TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS
PROFESOR DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL
EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
RICARDO CÉSAR ROJAS LEÓN
PROFESOR INVESTIGADOR
DEL INSTITUTO DERECHO Y JUSTICIA

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

TOMO I
(INTRODUCCIÓN A LA PARTE GENERAL)

D'JUS
INSTITUTO DERECHO Y JUSTICIA

JURISTA
editores

Investigación del Instituto Derecho y Justicia



Director académico: Tomás Aladino Gálvez Villegas
Integrantes: Walther Javier Delgado Tovar
Ricardo César Rojas León
Rocío Gala Gálvez
Mayda Mori Anto
Susana Ivonne Guerrero López
Renato Gálvez Barbieri
Luis Nelson Ancco Barrial
Camilo Arbieto Fuentes
José Eduardo Prado Soriano

© **Tomás Aladino Gálvez Villegas**
© **Ricardo César Rojas León**

DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL
Tomo I. (Introducción a la Parte General)

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Edición: Marzo 2017.

© Derechos de autor reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2017-02281

ISBN: 978-612-4184-95-6

Composición, Diagramación
y Diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

A la memoria de mis Padres:
Rosa Villegas Becerra y
Marcial Gálvez González.

A mi esposa:
Susana Ivonne Gerrero López.

A mi hijo:
Renato Tomás Gálvez Barbieri.

TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS

A mis Padres:
Cesar y Elizabeth,
Por haberme dado la vida y
haberme permitido ser lo que soy.

RICARDO CÉSAR ROJAS LEÓN

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN ... 41

Primera Parte
CRITERIOS GENERALES PARA EL ANÁLISIS DE LA PARTE ESPECIAL

I. INTRODUCCIÓN A LA PARTE ESPECIAL ... 47

II. CRITERIOS DE ORDEN CONSTITUCIONAL ... 53

1. EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ... 53

1.1. SUPREMACÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, LOS VALORES Y PRINCIPIOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ... 67

1.2. SUPREMACÍA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y SU APLICACIÓN DIRECTA ... 76

1.3. PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD ... 91

1.4. LÍMITES A LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ... 96

1.5. INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ... 100

1.6. JURISDICCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO 101

1.7. NECESIDAD DE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES ... 106

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y NUEVO SISTEMA DE FUENTES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO 110
2.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. ... 115
2.2. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES. ... 116
2.3. LAS LEYES ORGÁNICAS Y ORDINARIAS.. ... 116
2.4. DECISIONES DE LOS CORTES Y ORGANISMOS INTERNACIONALES 117
2.5. DECISIONES DE TRIBUNALES Y CORTES CONSTITUCIONALES 117
2.6. DECISIONES DEL ÓRGANO JURIDISDICIONAL ... 118
2.7. LA DOCTRINA 119
3. ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL Y DECISIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ... 124
3.1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL Y NUEVOS OPERADORES JURISDICCIONALES. ... 124
3.2. DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 126
3.3. DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 128
3.4. DE LOS DEMÁS ORGANISMOS INTERNACIONALES ... 129
3.4.1. Comité Internacional de Derechos Humanos (CDHNU) 129
3.4.2. Corte Penal Internacional ... 130
4. LOS PRECEDENTES Y LA JURISPRUDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. ... 132
4.1. SISTEMA DEL *COMMON LAW* Y SISTEMA ESCRITO *(CIVIL LAW)*. ... 132
4.2. CONSOLIDACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL SISTEMA DEL DERECHO ESCRITO *(CIVIL LAW)* ... 135
4.3. LOS PRECEDENTES JUDICIALES VINCULANTES EN EL PERÚ ... 139
5. EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.. ... 141

III. CRITERIOS SOBRE TEORÍA DEL DELITO E IMPUTACIÓN PENAL ... 157

1. BIEN JURÍDICO, DOGMÁTICA PENAL Y TEORÍA DEL DELITO 157

1.1. DERECHO PENAL Y BIEN JURÍDICO. ... 157

1.2. FUNCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL Y LA TEORÍA DEL DELITO ... 166

2. ESTRUCTURA DEL DELITO Y PUNIBILIDAD. ... 177

2.1. IMPUTACIÓN O ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL. ... 177

2.2. PRESUPUESTOS PARA LA IMPUTACIÓN O ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL. ... 181

2.2.1. Concepto y niveles de análisis del delito doloso ... 182

2.2.1.1. Concepto de delito ... 182

A. *La acción penal*. ... 184

B. *El tipo penal (tipicidad)* ... 189

a) Clases de tipos penales ... 190

b) Elementos del tipo ... 199

b).1. Elementos objetivos. ... 199

b).1.1. Elementos descriptivos ... 200

b).1.1.1. Los sujetos del delito ... 200

b).1.1.2. La conducta ... 201

b).1.1.3. El resultado ... 201

b).1.1.4. Relación de causalidad ... 201

b).1.1.5. Objeto del delito o de la infracción 207

b).1.1.6. Efecto y ganancias del delito ... 208

b).1.1.7. Otros ... 208

b).1.2. Elementos normativos ... 209

b).2. Elementos subjetivos ... 210

b).2.1. El dolo ... 211

b).2.2. Otros elementos subjetivos ... 215

b).2.3. Error de tipo ... 216

C. *La antijuricidad* ... 216

a) Causales de justificación ... 217
a).1. Legítima defensa ... 218
a).2. Estado de necesidad justificante ... 219
a).3. Obrar por mandato legal o cumplimiento de un deber ... 219
a).4. Por orden de autoridad competente ... 220
a).5. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo ... 221
a).6. Consentimiento ... 222
D. *La culpabilidad* ... 222
a) Imputabilidad ... 229
b) Posibilidad de conocimiento de la prohibición 230
b).1. Error de prohibición ... 230
c) Exigibilidad ... 231
2.2.2. Imputación objetiva ... 231
A. Creación de un riesgo no permitido ... 243
B. Realización del riesgo en un resultado comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida ... 254
C. Principio de confianza ... 257
D. Prohibición de regreso ... 264
E. Ámbito de competencia de la víctima. Actuación a propio riesgo ... 268
2.2.3. Punibilidad y exclusión de la punibilidad ... 270
A. Excusas absolutorias ... 275
B. Condiciones objetivas de punibilidad ... 277
C. Exención de pena ... 281
D. Casos de condicionamiento de la pena (Supuestos de orden procesal) ... 283
3. TIPOS DOLOSOS IMPERFECTAMENTE REALIZADOS (Tentativa y consumación) ... 284
3.1. *ITERCRIMINIS* ... 284
3.2. ACTOS PREPARATORIOS ... 285
3.3. TENTATIVA ... 286

3.4. CONSUMACIÓN ... 289
3.5. AGOTAMIENTO ... 291
4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN ... 291
4.1. CUESTIONES GENERALES ... 291
4.2. LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE DOMINIO ... 292
4.2.1. Autoría ejecutiva, directa o inmediata ... 296
4.2.2. Coautoría ... 297
4.2.3. Autoría mediata ... 299
4.2.4. La participación en los delitos de dominio ... 302
4.2.4.1. Inducción o instigación ... 302
4.2.4.2. Complicidad en delitos de dominio ... 305
4.3. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER ... 311
4.3.1. Autoría ejecutiva en delitos de infracción de deber ... 315
4.3.2. Coautor en delitos de infracción de deber ... 315
4.3.3. Autoría mediata en delitos de infracción de deber ... 316
4.3.4. Participación en delitos de infracción de deber ... 317
4.4. EXCURSO: AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN. CRITERIOS APLICADOS AL CASO FUJIMORI FUJIMORI (CRÍMENES DE BARRIOS ALTOS Y LA CANTUTA) 325
5. CONCURSO DE DELITOS ... 340
6. APARENTE CONCURSO DE NORMAS PENALES ... 345

SEGUNDA PARTE
ANÁLISIS DE LOS DIVERSOS TIPOS PENALES

TÍTULO PRIMERO
DELITOS CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD

1. **LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO** 363
   1.1. EL DERECHO A LA VIDA Y SU PROTECCIÓN PENAL 363
   1.2. CONCEPCIÓN NATURALÍSTICA vs. UNA CONCEPCIÓN VALORATIVA DE LA VIDA 371
   1.3. LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO DISPONIBLE 374
   1.4. LÍMITES TEMPORALES DE PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA 383
      1.4.1. Inicio de la vida humana y su protección jurídico – penal 384
      1.4.2. Extinción o fin de la vida humana 390
   1.5. VIDA HUMANA DEPENDIENTE 394
   1.6. VIDA HUMANA INDEPENDIENTE 395
   1.7. ACTUACIONES PRENATALES. ENTRE EL HOMICIDIO Y EL DELITO DE ABORTO 399

CAPÍTULO I
DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE (HOMICIDIO)

1. **HOMICIDIO SIMPLE** 407
   1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO 408
   1.2. TIPO OBJETIVO 410
      1.1.1. Sujetos 410
      1.2.2. Comportamiento típico 411

a) **Relación de causalidad** ... 413
b) **Imputación objetiva** ... 417
c) **Comisión por omisión** ... 418
1.2.3. Medios utilizados... 422
1.3. TIPO SUBJETIVO ... 423
1.3.1. El error ... 429
a) **Error sobre el curso o nexo causal** ... 429
b) ***Dolus generalis*** ... 434
c) **Consumación anticipada** ... 437
d) **Error sobre el objeto (*error in personam*)** ... 438
e) ***Aberratio ictus*** ... 440
1.3. ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD ... 444
1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 446

2. DELITO DE PARRICIDIO ... 447
2.1. NOCIONES GENERALES ... 447
2.2. ¿AUTONOMÍA DEL PARRICIDIO? ... 449
2.3. FUNDAMENTOS DE LA AGRAVACIÓN ... 451
2.4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 454
2.5. TIPO OBJETIVO ... 454
2.5.1. Sujetos ... 454
a) **Ascendientes y descendientes (naturales)** ... 455
b) **Ascendiente o descendiente adoptivo** ... 456
c) **Cónyuge** ... 458
d) **Concubino o conviviente** ... 461
e) **Persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia** ... 462
f) **Criterios probatorios** ... 463
2.5.2. Comportamiento típico ... 465
2.5.3. Supuestos agravados ... 465
2.5.4. Caso especial de inhabilitación ... 466

2.6. TIPICIDAD SUBJETIVA ... 466
2.6.1. Error ... 467
2.7. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 468
2.8. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN ... 468
2.9. CONCURSO ... 470

3. HOMICIDIO CALIFICADO (ASESINATO) ... 471
3.1. ANTECEDENTES Y CAMBIOS LEGISLATIVOS ... 471
3.2 AUTONOMÍA DEL ASESINATO ... 472
3.3. FUNDAMENTO DE LA AGRAVACIÓN ... 473
3.4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 473
3.5. ELEMENTOS DEL TIPO ... 474
3.5.1. Sujetos activo y pasivo ... 474
3.5.2. Comportamiento típico ... 474
3.5.3. Tipo subjetivo ... 474
3.5.4. Circunstancias concretas que califican el asesinato ... 476
a) Asesinato por lucro ... 476
a).1. Fundamento de la agravación ... 476
a).2. Análisis de la agravante ... 477
a).3. Tentativa y consumación ... 480
a).4. Autoría y participación ... 481
a).5. Acción por omisión u omisión impropia ... 481
b) Asesinato por codicia ... 481
c) Asesinato por ferocidad ... 482
c).1. Fundamento ... 482
c).2. Definición y análisis de la agravante ... 482
d) Asesinato por placer ... 489
d).1. Fundamento ... 489
d).2. Definición ... 489
d).3. Ejecución de esta agravante en comisión por omisión 492
e) Asesinato para facilitar otro delito ... 492
e).1. Fundamento ... 492

e).2. Análisis de la agravante ... 492
e).3. La posibilidad del dolo eventual. ... 498
e).4. Ejecución de esta agravante en comisión por omisión 498
e).5. Concurso real de delitos... ... 498
f) Asesinato para ocultar otro delito ... 499
f).1. Fundamento... ... 499
f).2. Análisis de la agravante ... 499
f).3. Concurso real de delitos... ... 503
g) Asesinato con gran crueldad. ... 503
g).1. Fundamento... ... 503
g).2. Definición 504
g).3. Elementos... ... 505
g).3.1. Causación de un dolor y sufrimiento. 505
g).3.2. La innecesariedad del dolor y sufrimiento .. 507
g).3.3. Elemento Subjetivo: El dolo. 509
g).3.4. Ejecución de esta agravante en comisión por omisión... ... 510
h) Asesinato con alevosía... ... 510
h).1. Fundamento... ... 510
h).2. Definición 512
h).3. Elementos... ... 514
h).3.1. Elemento objetivo: *Modus operandi* 515
h).3.2. Elemento subjetivo 517
h).4. Clases.. ... 518
h).5. Casos de desaparición de la alevosía inicial y de alevosía sobrevenida.. ... 523
h).6. Conocimiento de la víctima del número de agresores y su nivel de peligrosidad... ... 524
h).7. El dolo eventual. ... 525
h).8. Ejecución de esta agravante en comisión por omisión 526
h).9. La alevosía y la grave alteración de la conciencia. .. 526
h).10. Alevosía por empleo de veneno.. ... 526
i) Asesinato por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas 530

i).1. Fundamento... 530
i).2. Medios catastróficos. 531
i).3. Idoneidad de los medios. 533
i).4. Requisito subjetivo: El dolo. 534
i).5. Ejecución de esta agravante en comisión por omisión 535
i).6. Tentativa y Consumación 535

4. HOMICIDIO CALIFICADO POR LA CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA 537
4.1. FUNDAMENTO 537
4.2. SUJETOS PASIVOS ESPECIALES 538
4.2.1. Altos funcionarios comprendidos en el artículo 99° de la Constitución Política del Estado 538
4.2.2. Miembro de la Policía Nacional del Perú 541
4.2.3. Personal de las Fuerzas Armadas 541
4.2.4. Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público 542
4.2.5. Miembros del Tribunal Constitucional. 542
4.2.6. Cualquier autoridad elegida por mandato popular 542
4.3. CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES. 543
4.4. ELEMENTO SUBJETIVO: EL DOLO. 545

5. FEMINICIDIO 547
5.1. CRITERIOS POLÍTICO CRIMINALES Y FUNDAMENTACIÓN 548
5.2. SUJETO ACTIVO Y ACCIÓN TÍPICA 553
5.3. TIPOS DE FEMINICIDIO 554
5.4. SUPUESTOS DE FEMINICIDIO. 555
5.4.1. Supuestos básicos 555
A. Violencia familiar 555
B. Coacción, hostigamiento o acoso sexual 558
C. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente 558

D. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente ... 559

5.4.2. Supuestos agravados ... 559

5.5. ELEMENTOS SUBJETIVOS ... 565

6. SICARIATO ... 567

6.1. CRITERIOS POLÍTICO CRIMINALES Y FUNDAMENTACIÓN 568

6.2. ANÁLISIS DOGMÁTICO ... 569

6.2.1. Elementos típicos ... 571

A. La acción típica ... 571

B. El sicario ... 571

C. El "encargante" o contratante de la muerte ... 572

D. El intermediario ... 573

E. El acuerdo criminal ... 573

F. Ventaja o beneficio económico o de cualquier otra índole 574

G. Tipicidad subjetiva ... 575

a) Finalidad o propósito de obtener el beneficio ... 575

6.2.2. Supuestos agravados ... 578

A. Valerse de un menor de edad o de otro inimputable para ejecutar la conducta ... 578

B. Para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal ... 579

C. Cuando en la ejecución intervienen dos o más personas 584

D. Cuando las víctimas son dos o más personas ... 585

E. Cuando las víctimas estén comprendidas en los artículos 107° primer párrafo, 108°-A y 108°-B primer párrafo ... 585

a) Parricidio por sicariato (art. 107° primer párrafo del CP) ... 585

b) Homicidio calificado por la condición especial de la víctima del sicariato (art. 108°-A del CP) ... 586

c) Feminicidio por sicariato (art. 108°-B primer párrafo del CP) ... 586

F. Cuando se utilice armas de guerra ... 586

6.2.3. Supuestos de acción por omisión ... 587
6.2.4. Actos preparatorios, tentativa y consumación ... 588
A. Desistimiento ... 588
6.2.5. Autoría y participación ... 589
6.2.6. Concurso aparente de leyes ... 591
6.2.7. Penalidad ... 592

7. CONSPIRACIÓN Y OFRECIMIENTO PARA EL SICARIATO 593
7.1. CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL ... 594
7.2. TIPO DE DELITO ... 595
7.3. BIEN JURÍDICO ... 596
7.4. SUJETOS ... 596
7.5. TIPICIDAD OBJETIVA ... 597
7.5.1. Participación en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato ... 597
7.5.2. Solicitar a otros cometer el delito de sicariato ... 600
7.5.3. Ofrecer a otros cometer el delito de sicariato ... 601
7.5.4. Actúa como intermediario ... 602
7.5.5. Supuesto agravado. Participación de menor de edad u otro inimputable ... 602
7.6. TIPICIDAD SUBJETIVA ... 603

8. HOMICIDIO POR EMOCIÓN VIOLENTA ... 605
8.1. NOCIONES GENERALES ... 605
8.2. ANTECEDENTES ... 605
8.3. FUNDAMENTO ... 607
8.4. AUTONOMÍA ... 607
8.5. ELEMENTOS DEL TIPO ... 608
8.5.1. Sujetos ... 608
8.5.2. Comportamiento típico ... 608
8.5.3. Estado emocional violento ... 608

8.5.4. Excusabilidad del estado emocional violento ... 612
a) Circunstancias excusantes ... 613
b) Excusabilidad subjetiva ... 616
c) Excusabilidad objetiva ... 617
8.5.5. La emoción violenta excusable en la praxis judicial ... 617
8.5.6. Error en las circustancias excusantes ... 624
8.5.7. Comunicabilidad de la atenuante ... 624
8.5.8. Tipo subjetivo ... 625
8.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 625

9. DELITO DE INFANTICIDIO ... 627
9.1. NOCIONES GENERALES ... 627
9.2. FUNDAMENTO Y SUSTANTIVIDAD ... 629
9.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 631
9.4. TIPO OBJETIVO ... 631
9.4.1. Sujetos activo y pasivo ... 631
9.4.2. Comportamiento típico ... 632
a) Influencia del estado puerperal ... 633
9.5. TIPO SUBJETIVO ... 635
9.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 636
9.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN ... 636

10. HOMICIDIO CULPOSO ... 639
10.1. NOCIONES GENERALES ... 640
10.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 642
10.3. TIPO OBJETIVO ... 642
10.3.1. Sujetos ... 642
10.3.2. Comportamiento típico ... 643
10.4. TIPO SUBJETIVO ... 648
10.5. AGRAVANTES ... 649
i) Inobservancia de reglas de profesión, ocupación o industria ... 649
ii) Cuando son varias las víctimas del mismo hecho ... 651

iii) Cuando el resultado y consecuencia de la conducción de vehículo motorizado bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas o bajo los efectos del alcohol ... 652
iv) Cuando el resultado es consecuencia del empleo de armas de fuego bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas o bajo los efectos del alcohol .. 654
v) Cuando el delito resulta de la inobservancia de reglas técnica de tránsito ... 655
10.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 658
10.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN ... 658
10.8. CONCURSO ... 658

11. HOMICIDIO A PETICIÓN O PIADOSO ... 659
11.1. ANTECEDENTES ... 659
11.2. DEFINICIÓN ... 660
11.2.1. Eutanasia activa ... 662
11.2.2. Eutanasia pasiva ... 665
11.2.3. Eutanasia "precoz" ... 667
11.3. ENTRE EL HOMICIDIO A PETICIÓN Y LA INSTIGACIÓN O AYUDA AL SUICIDIO ... 668
11.4. INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE HOMICIDIO A PETICIÓN ... 669
11.5. TIPO OBJETIVO ... 675
11.5.1. Sujetos ... 675
11.5.2. Comportamiento típico ... 677
a) Manifestación expresa y consciente ... 678
11.6. TIPO SUBJETIVO ... 680
11.7. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 681

12. INSTIGACIÓN Y AYUDA AL SUICIDIO ... 683
12.1. EL SUICIDIO ... 683
12.1.1. Antecedentes ... 683

a) Fundamento de la impunidad del suicidio. ... 684
b) Definición jurídico-penal del suicidio ... 685
c) Características del suicidio ... 686
d) El suicida como sujeto responsable. ... 689
12.2. LA INSTIGACIÓN O AYUDA AL SUICIDIO. ... 691
12.2.1. Antecedentes y técnica legislativa ... 691
12.2.2. La muerte como resultado material del tipo ... 692
12.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 693
12.4. TIPO OBJETIVO ... 693
12.4.1. Comportamiento típico ... 693
c) Instigar a otro al suicidio ... 693
b) Ayuda al suicidio ... 699
12.4.2. Agravante ... 701

CAPÍTULO II
DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE (ABORTO)

1. NOCIONES GENERALES ... 705
1.1. POSICIONES RESPECTO AL ABORTO ... 706
1.1.1. Posición mortícola. ... 706
1.1.3. Posición vitalista ... 707
1.2. TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DEL ABORTO ... 708
1.2.1. Sistema de plazos ... 708
1.2.2. Sistema de indicaciones ... 709
a) Indicación terapéutica ... 709
b) Indicación ética ... 709
c) Indicación ... 710
d) Indicación social. ... 710
1.3. DEFINICIÓN DEL ABORTO ... 710

1.4. BIEN JURÍDICO Y OBJETO MATERIAL ... 714
1.5. SUJETO PASIVO ... 717
1.6. EL EMBARAZO ... 719
1.7. MEDIOS ... 720

2. AUTO - ABORTO ... 721
2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 722
2.2. TIPO OBJETIVO ... 722
2.2.1 Sujetos ... 722
a) Activo ... 722
b) Pasivo ... 723
2.2.2. Comportamiento típico ... 723
a) La mujer causa su aborto ... 723
b) La mujer que consiente que otro le practique el aborto ... 724
2.3. TIPO SUBJETIVO ... 727
2.4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN ... 727
2.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 729

3. ABORTO CONSENTIDO ... 733
3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 736
3.2. TIPO OBJETIVO ... 736
3.2.1. Sujetos ... 736
a) Activo ... 736
b) Pasivo ... 736
3.2.2. Comportamiento típico ... 737
3.3. TIPO SUBJETIVO ... 738
3.4. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE ... 739
3.5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN ... 742

4. ABORTO NO CONSENTIDO ... 743
4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 744

4.2. TIPO OBJETIVO ... 744
4.2.1. Sujetos ... 744
a) Activo ... 744
b) Pasivo ... 744
4.2.2. Comportamiento típico ... 744
4.3. TIPO SUBJETIVO ... 746
4.4. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE ... 746

5. ABORTO PRACTICADO POR PROFESIONALES DE LA SALUD ... 747
5.1. MÉDICO, OBSTETRA, FARMACÉUTICO O CUALQUIER PROFESIONAL SANITARIO ... 748
5.2. ABUSO DE SU CIENCIA O ARTE ... 750
5.3. ALCANCE DE ESTA DISPOSICIÓN ... 751

6. ABORTO CULPOSO ... 753
6.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 756
6.2. TIPO OBJETIVO ... 756
6.2.1. Sujetos ... 756
a) Activo ... 756
b) Pasivo ... 756
6.2.2. Comportamiento típico ... 756
a) El Comportamiento violento ... 757
6.3. TIPO SUBJETIVO ... 759
6.3.1. Sin propósito ... 759
6.3.2. Notoriedad y constancia del embarazo. Culpa consciente y culpa inconsciente ... 759
6.4. TENTATIVA Y CONCURSOS ... 761

7. ABORTO TERAPÉUTICO ... 763
7.1 NOCIONES GENERALES ... 763
7.2. DEBE SER PRACTICADO POR UN MÉDICO ... 767

7.3. CONSENTIMIENTO DE LA MUJER GESTANTE .. 769
7.4. NECESIDAD DEL ABORTO .. 772

8. ABORTO ÉTICO Y EUGENÉSICO. .. 779
8.1. CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD. .. 780
8.2 ABORTO ÉTICO .. 783
8.2.1. El embarazo como consecuencia de una violación sexual 785
8.2.2. El embarazo como consecuencia de una Inseminación artificial no consentida. .. 787
8.2.3. Embarazo fuera del matrimonio .. 788
8.2.4. Denuncia de los hechos o investigación policial. .. 789
8.3. ABORTO EUGENÉSICO.. .. 792
8.3.1. Taras físicas o psíquicas .. 792
8.3.2. Gravedad .. 793
8.3.3 Probabilidad .. 794
8.3.4. Diagnóstico médico .. 794
8.4. INTERVENCIÓN MÉDICA Y CONSENTIMIENTO.. .. 795

CAPITULO III
DELITO DE LESIONES

1. NOCIONES GENERALES.. .. 799
1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.. .. 801
1.2. DEFINICIÓN Y CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO "SALUD INDIVIDUAL" .. 809
1.3. CONCEPTO DE LESIÓN. .. 815
1.4. COMPORTAMIENTO TÍPICO DEL DELITO DE LESIONES Y MEDIOS DE COMISIÓN.. .. 820
1.4.1. Entre el delito de lesiones y faltas contra la persona .. 823
1.5. LA DISPONIBILIDAD DE LA SALUD PERSONAL Y EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES .. 824
1.6. LESIONES DEPORTIVAS. .. 831

2. LESIONES GRAVES ... 833
2.1. ANÁLISIS DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE LESIONES ... 834
2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 838
2.3. TIPO OBJETIVO ... 838
2.3.1. Sujetos ... 838
2.3.2. Comportamientos típicos ... 839
a. Supuestos básicos (Pena no menor de 4 ni mayor de 8 años) ... 840
a) Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima ... 840
b) Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo, o lo hacen impropio para su función, o causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente, o la desfiguran de manera grave y permanente ... 843
b).1. Mutilación de un miembro u órgano principal del cuerpo o la inutilización para su función ... 843
b).2. Las que causan incapacidad para el trabajo ... 846
b).3. Las que causan invalidez permanente ... 846
b).4. Las que causan anomalía psíquica ¿permanente? 847
b).5. Desfiguración grave y permanente ... 850
c) Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera de treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa o se determina un nivel grave o muy grave de daño psíquico .. 851
d) La afectación psicológica generada como consecuencia de que el agente obligue a otro a presenciar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, o pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho ... 852
b. Supuestos agravados de primer nivel (pena no menor de 6 ni mayor de 12 años) ... 855
a) La víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, magistrado del Tribunal

Constitucional, autoridad elegida por mandato popular, o servidor civil, y es lesionada en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas ... 855
a).1. Los sujetos especiales considerados en el presente numeral ... 855
a).1.1. Miembros de la Policía Nacional del Perú 855
a).1.2. Personal de las fuerzas armadas ... 856
a).1.3. Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público ... 856
a).1.4. Magistrados del Tribunal Constitucional ... 857
a).1.5. Cualquier autoridad elegida por mandato popular ... 858
a).1.6. Servidor civil ... 858
a).2. Cumplimiento de sus funciones ... 860
b) La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición 862
b).1. La víctima es menor de edad ... 862
b).2. La víctima es adulta mayor ... 864
b).3. La víctima sufre de discapacidad ... 865
b).4. Circunstancia común a los tres supuestos anteriores 865
c) Para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima ... 866
d) El delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía. 873
c. Supuesto agravado de segundo nivel (pena no menor de 8 ni mayor de 12 años) ... 879
a) Lesiones graves seguidas de muerte (**Homicidio preterintencional**) ... 879
d. Supuestos agravados de tercer nivel (Pena no menor de 15 ni mayor de 20 años) ... 882
a) Lesiones graves seguidas de muerte en casos agravados 882
2.4. TIPO SUBJETIVO ... 882
2.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 882
TABLA REFERENCIAL DE VALORACIÓN MÉDICO-LEGAL DE LAS LESIONES CORPORALES ... 883

3. LESIONES GRAVES POR VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES E INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR 891

3.1. ANTECEDENTES 892

3.2. SUPUESTOS TÍPICOS 893

3.2.1. Lesiones causadas a la mujer por su condición de tal (numeral 1) 893

A. Fundamentos de la agravación 893

B. Sujetos y acción típica 895

C. Supuestos en los que pueden causarse las lesiones conforme al artículo 208°- B del Código Penal 896

a) Supuestos básicos de feminicidio 896

a).1. Violencia familiar 896

a).2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual 898

a).3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que confiera autoridad al agente 899

a).4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente 899

b) Supuestos agravados previstos por el artículo 108°-B del CP 900

D. Elementos subjetivos 901

E. Concurso aparente de normas penales 902

3.2.2. La víctima se encuentra en estado de gestación (numeral 2) 904

3.2.3. La víctima es padrastro, madrastra, asecendiente o descendiente por consanguinidad o por adopción, pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, pariente por afinidad hasta el segundo grado, habitan en el mismo hogar, cónyuge o conviviente del agente (numeral 3) 905

A. Fundamento de la agravación 905

B. Conducta típica 906

C. Sujetos 906

a) Padrastro o madrastra 909

b) Ascendientes y descendientes por consanguinidad .. 910
c) Ascendiente o descendiente por adopción 911
d) Pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad .. 911
e) Personas que habitan en el mismo hogar. 912

3.2.4. La víctima mantiene cualquier tipo de relación de dependencia o subordinación sea de autoridad, económica, laboral o contractual y el agente se hubiera aprovechado de esta situación (numeral 4) 912

3.2.5. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima (numeral 5). 914

3.2.6. El delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía (numeral 6). 914

3.2.7. Afectación psicológica causada a los hijos, hijas, niñas, niños o adolescentes bajo el cuidado de la víctima de feminicidio, de lesiones en contextos de violencia familiar o de violación sexual (numeral 7) 914

3.2.8. Lesiones graves por la condición especial de la víctima seguidas de muerte. 917

4. LESIONES LEVES 919

4.1. TIPO OBJETIVO 921

4.1.1. Sujetos 921

4.1.2. Comportamiento típico 921

4.1.3. Daño psíquico. 923

4.2. SUPUESTOS AGRAVADOS. 925

4.3. LESIONES LEVES SEGUIDAS DE MUERTE 926

5. AGRESIONES EN CONTRA DE LAS MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR 927

5.1. CUESTIONES GENERALES 928

5.2. SUJETOS 928

5.3. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS 930

5.4. SUPUESTOS AGRAVADOS ... 932

6. LESIONES CON RESULTADO FORTUITO ... 933

6.1. RESULTADO FORTUITO ... 935

7. LESIONES CULPOSAS ... 937

7.1. NOCIONES GENERALES ... 938

7.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 940

7.3. TIPO OBJETIVO ... 940

7.3.1. Sujetos ... 940

7.3.2. Comportamiento típico ... 940

7.4. TIPO SUBJETIVO ... 941

7.5. AGRAVANTES ... 942

a) Cuando resulten lesiones graves ... 942

b) Inobservancia de las reglas de profesión, de ocupación o industria 943

c) Cuando sean varias las víctimas del mismo hecho ... 944

d) Cuando el resultado es consecuencia de la conducción de vehículo motorizado bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas o bajo los efectos del alcohol ... 944

e) Cuando el resultado es consecuencia del empleo de armas de fuego bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas o bajo los efectos del alcohol ... 947

f) Cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito ... 947

7.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 950

7.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN ... 950

7.8. CONCURSO ... 950

8. LESIONES AL CONCEBIDO ... 951

8.1. CUESTIONES GENERALES ... 951

8.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 953

8.3. TIPO OBJETIVO ... 953

8.3.1. Sujetos ... 953
8.3.2. Comportamiento típico ... 953
8.4. TIPO SUBJETIVO ... 954
8.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 954

9. EL DAÑO PSÍQUICO Y LA AFECTACIÓN PSICOLÓGICA, COGNITIVA Y CONDUCTUAL ... 955
9.1. CUESTIONES GENERALES ... 955
9.2. SALUD MENTAL ... 957
9.3. DAÑO O LESIÓN A LA SALUD MENTAL; DAÑO PSÍQUICO; LESIÓN PSICOLÓGICA, AFECTACIÓN PSICOLÓGICA, COGNITIVA O CONDUCTUAL; DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA ... 959
9.3.1. Lesión a la salud mental ... 959
9.3.2. Daño psíquico o psicológico ... 961
a) Lesión psíquica o psicológica ... 964
b) Secuelas emocionales ... 965
9.3.3. Afectación psicológica, cognitiva o coductual ... 966
9.3.4. Daño moral y daño a la persona ... 970
9.3.5. Tipos de daños psíquicos o lesiones psicológica ... 972
a) Daños psíquicos causados por traumatismos encéfalo -craneanos ... 972
b) Daños psíquicos causados por delitos violentos ... 972
c) Daños psíquicos causados por maltratos continuos (violencia familiar) ... 973
9.4. DETERMINACIÓN DEL DAÑO PSÍQUICO Y LAS AFECTACIONES PSICOLÓGICAS, COGNITIVAS Y CONDUCTUALES 974

CAPITULO IV
EXPOSICIÓN A PELIGRO O ABANDONO DE PERSONAS EN PELIGRO

1. **NOCIONES GENERALES** ... 981

1.2 INTRODUCCIÓN ... 981

1.2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 983

2.3. SOBRE LA NOCIÓN DEL PELIGRO CONCRETO ... 988

2.4. DOLO DE PELIGRO vs DOLO DE LESIÓN ... 989

2. **EXPOSICIÓN O ABANDONO DE MENORES O INCAPACES** 993

2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 997

2.2. TIPO OBJETIVO ... 997

2.2.1. Sujetos ... 997

a) Sujeto Activo ... 997

b) Sujeto pasivo ... 998

2.2.2. Comportamiento típico ... 999

a) Exposición a peligro de muerte o grave daño a la salud 999

b) Abandono de personas en peligro ... 1002

2.3. TIPO SUBJETIVO ... 1006

2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 1009

2.5. CONCURSOS ... 1010

3. **OMISIÓN DEL DEBER SOCORRO** ... 1011

3.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 1011

3.2. TIPO OBJETIVO ... 1011

3.2.1. Sujetos ... 1011

3.2.2. Comportamiento típico ... 1011

A. Presupuestos del tipo objetivo: ... 1018

i) La existencia de una situación típica ... 1018

ii) Capacidad de acción y auxilio exigible ... 1021

iii) Sin riesgo propio o de tercero ... 1022

3.3. TIPO SUBJETIVO ... 1023
3.4 TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 1024

4. OMISIÓN DE AUXILIO ... 1025
4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 1027
4.2 TIPICIDAD OBJETIVA ... 1027
4.2.1. Sujetos ... 1027
a) Sujeto Activo ... 1027
b) Sujeto Pasivo ... 1029
4.2.2. Comportamiento típico ... 1031
a) La prestación de socorro o de auxilio ... 1031
i) La existencia de una situación típica ... 1032
ii) Capacidad objetiva de salvaguarda en el auxiliador 1038
iii) Sin riesgo propio o de tercero ... 1038
b) Omisión de solicitar auxilio ... 1040
4.3. TIPO SUBJETIVO ... 1042
4.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 1042

5. EXPOSICIÓN A PELIGRO A PERSONAS DEPENDIENTES 1043
5.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 1044
5.2. TIPO OBJETIVO ... 1045
5.2.1. Sujetos ... 1045
a) Sujeto activo ... 1045
b) Sujeto pasivo ... 1046
5.2.2. Comportamiento típico ... 1046
a) Privación de alimentos ... 1046
b) Privación de cuidados indispensables ... 1047
c) Abusos de los medios de corrección y/o disciplinarios ... 1048
d) Cualquier otro medio análogo ... 1053
5.3. SUPUESTOS AGRAVADOS ... 1053
5.4. TIPO SUBJETIVO ... 1054
5.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN ... 1054

6. ABANDONO O EXPOSICIÓN A PELIGRO SEGUIDO DE MUERTE O LESIÓN GRAVE ... 1055

6.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ... 1055

6.2. TIPO OBJETIVO ... 1055

Bibliografía ... 1059

INTRODUCCIÓN

Como se sabe, todos los ordenamientos jurídico-penales (Códigos Penales), se dividen en una Parte General y una Especial, la primera dedicada al tratamiento de los principios generales del Derecho penal, los criterios de aplicación territorial y personal de la ley penal, la teoría del delito, la teoría del sujeto responsable y la teoría de la pena y demás consecuencias aplicables al delito; y la segunda, dedicada al tratamiento de cada uno de los delitos en particular y la pena específica a imponer en cada caso, a la vez que las demás consecuencias jurídicas correspondientes. La parte general realiza una abstracción de los conceptos y categorías jurídico-penales aplicables a todos los delitos, en cambio la parte especial da concreción a estas categorías en la estructuración, descripción y análisis de cada delito en forma específica. Sin embargo, ambas partes se forman y funcionan en una interrelación dialéctica, influyéndose recíprocamente; pues, la parte general se diseña y estructura a partir del desarrollo y análisis de los casos específicos, y una vez que sus conceptos y categorías alcanzan el consenso o la aceptación mayoritaria, a su vez, sirven para analizar y aplicar las normas que contienen de los tipos penales específicos.

Para el análisis, conocimiento y aplicación de los diversos tipos configurativos de la parte especial necesariamente se tiene que desarrollar o conocer las categorías o conceptos correspondientes a la teoría del delito, propios de la parte general del Derecho penal; solo así, será

posible entender debidamente el hecho imputado y los criterios de imputación necesarios para hacer responsable, por el hecho, al agente del delito, y de este modo validar y legitimar la imposición de la pena y demás consecuencias previstas para el delito.

Pero claro, todas estas ideas se deben analizar y desarrollar teniendo en cuenta la evolución del Estado de Derecho, que ha venido delineando el llamado ***Estado Constitucional de Derecho***, el mismo que viene influyendo en la configuración de todos los conceptos y categorías del Derecho en general, y desde luego, en las categorías propias del Derecho penal. En tal sentido, no debe perderse de vista que todo el Ordenamiento Jurídico, tal como lo establece el artículo 1° de la Constitución Política del Estado, tiene como fin la defensa de la persona humana y la defensa de su dignidad. Ello, obviamente, establece límites infranqueables a la actuación del control penal y a la configuración del Derecho penal, así como a su aplicación.

En el presente trabajo, tanto en el primer volumen así como los demás, vamos a tratar de la Parte especial del Derecho penal, esto es, de los delitos en específico. Sin embargo, antes de desarrollar los tipos penales concretos, hemos creído necesario desarrollar algunas ideas sintéticas respecto al *Estado Constitucional de Derecho,* al concepto del delito (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad), así como los criterios de imputación penal, y los necesarios para determinar cuándo estamos ante un hecho consumado, quién es realmente el responsable o autor, así como los criterios para resolver los concursos de delitos y aparentes concursos de normas penales. Pues, esto nos servirá para analizar los diversos tipos penales específicos, a la vez que nos proporcionará sintéticamente el contexto o marco constitucional y de teoría del delito, dentro del cual desarrollaremos el análisis de los diversos tipos penales.

En el primer volumen desarrollamos específicamente de modo detallado, los Delitos contra la Vida el Cuerpo y la Salud; en el segundo volumen iniciamos con los Delitos contra el Honor, los delitos contra la Familia hasta concluir con los delitos contra la libertad; en el tercer

volumen concluimos el desarrollo de los delitos contra la libertad y finalizamos con los delitos contra el patrimonio. Precisando que en el análisis de cada uno de los tipos penales a través de los cuales se busca proteger a estos bienes jurídicos (vida y salud, honor, familia, libertad y patrimonio) en sus diversas facetas, más allá de los criterios doctrinarios nacionales y extranjeros (incidiendo en los nacionales), hemos tomado en cuenta los criterios jurisprudenciales, tanto del Órgano Jurisdiccional así como del Tribunal Constitucional, los cuales han venido a llenar muchos vacíos legales, precisando el contenido de las normas penales, así como corrigiendo ciertas orientaciones doctrinarias que no responden a nuestra tradición jurídica o a los criterios político-criminales que dieron origen a los tipos penales en cuestión. Pues debe quedar claro que, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y muchas expedidas por los órganos jurisdiccionales, resultan vinculantes para los operadores jurídicos, a diferencia de la doctrina que solo constituye la opinión sustentada del autor. Obviamente, en algunos casos mostramos nuestra postura crítica respecto a ciertos pronunciamientos del Tribunal Constitucional así como del Poder Judicial, a los que consideramos no necesariamente afortunados o adecuados; por lo que desarrollamos nuestros propios argumentos con los cuales consideramos que puede resolverse la problemática correspondiente.

Con estas palabras presentamos el presente trabajo a la comunidad jurídica, especialmente a los miembros del Ministerio Público y del Poder Judicial, esperando que pueda serles de alguna utilidad para el desempeño de su delicada función. Pues, los criterios que hemos desarrollados en este, han sido inspirados fundamentalmente por el desempeño de nuestra función como Fiscales del Ministerio Público y de la experiencia Jurisdiccional adquirida durante nuestro desempeño de labores jurisdiccionales en el Poder Judicial. Debiendo quedar claro que no pretendemos presentar criterios doctrinarios avanzados o eruditos, sino únicamente algunas ideas operativos sobre los delitos mencionados. Por ello mismo, desde ya ofrecemos disculpas a la comunidad jurídica por los errores que pudiera contener el presente, a

la vez que agradecemos por adelantado las críticas constructivas que pudiera merecer el presente trabajo.

De otro lado, dejamos sentado que en la revisión, actualización y desarrollo de las instituciones nuevas incorporadas al Código Penal por normas recientes, especialmente por el paquete legislativo promulgado por el actual gobierno, y que han sido desarrolladas en la presente edición, no ha tenido participación Ricardo César Rojas León, coautor de la anterior edición del presente trabajo así como en la presente, por lo que cualquier error o deficiencia son de la absoluta responsabilidad del suscrito.

Finalmente, queremos agradecer a toda la comunidad jurídica, especialmente a los miembros del Ministerio Público y del Poder Judicial por la acogida prodigada a la anterior edición del presente trabajo, así como a todas las personas que de una u otra forma han contribuido a que la presente edición sea una realidad, especialmente a LUIS NELSON ANCCO BARRIAL y a JOSÉ EDUARDO PRADO SORIANO y obviamente a Jurista Editores, en la persona de su Gerente General, Sr. Edgar Jara Cajamarca, por la confianza depositada y por su paciencia frente a las múltiples postergaciones imputables a nuestra parte.

Lima, marzo del 2017.

Tomás Aladino Gálvez Villegas

Primera Parte
CRITERIOS GENERALES PARA EL ANÁLISIS DE LA PARTE ESPECIAL

I. INTRODUCCIÓN A LA PARTE ESPECIAL

Como se ha indicado, en todos los ordenamientos jurídico-penales (Códigos Penales), se maneja unánimemente el criterio de dividir al Derecho penal en dos partes, una general y otra especial; la primera dedicada al tratamiento de los principios generales del Derecho penal, los criterios de aplicación territorial y personal de la ley penal, la teoría del delito, la teoría del sujeto responsable y la teoría de la pena y demás consecuencias aplicables al delito; y la segunda dedicada al tratamiento de cada uno de los delitos en específico y la pena aplicable a cada delito en particular así como las demás consecuencias jurídicas correspondientes. La parte general realiza una abstracción de los conceptos y categorías jurídico penales aplicables a todos los delitos, en cambio la parte especial da concreción a estas categorías en la estructuración, descripción y análisis de cada delito en forma específica[1].

En algún momento, ciertos autores consideraban que la parte especial del Derecho penal no era importante en el sistema jurídico - penal y que era suficiente la parte general, a partir de la cual el juzgador debía determinar los hechos que resultaban punibles conforme a las propias valoraciones sociales, con la única obligación de motivar

---

[1] RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Dikinson, Madrid, 1994, p. 3.

ampliamente las razones por las que consideraba a una acción como socialmente peligrosa (como delito)[2]. Sin embargo, actualmente, en observancia del principio de legalidad y de la seguridad jurídica que exige un Estado Social y Democrático de Derecho o más precisamente, el Estado Constitucional de Derecho -en el cual debe quedar proscrita la arbitrariedad de los gobernantes y en general de todos los operadores jurídicos-, la parte especial del Derecho penal se ha convertido en elemento sustancial del control penal; puesto que solo en esta se determinan en forma específica, cuáles son las conductas prohibidas (comisivas u omisivas, dolosas o culposas), llegándose a sostener que se puede concebir un Derecho Penal sin parte general, pero jamás uno sin parte especial[3]. Claro que debemos tener en cuenta que ambas partes se forman y funcionan en una interrelación dialéctica, influyéndose recíprocamente; pues, la parte general se diseña y estructura a partir del desarrollo y análisis de los casos específicos, y una vez que sus conceptos y categorías han alcanzado el consenso o la aceptación mayoritaria, a su vez, sirven para analizar y aplicar las normas continentes de los tipos penales específicos.

La parte especial del Derecho penal y consecuentemente, del Código Penal, al tratar de los delitos en particular, realiza la descripción y análisis de los tipos penales conforme a criterios específicos que facilitan una adecuada exposición y sistematización de los mismos. Esta sistematización se realiza fundamentalmente en base a criterios de clasificación que dan consistencia científica y permiten formar grupos y subgrupos que hacen posible el manejo de la ley penal así como su aplicación[4]. A lo largo del desarrollo de la dogmática de la parte

---

[2] MAGGIORE, Guiseppe: *Derecho Penal. Parte Especial.* Temis, Bogotá, 1985, p. 5.

[3] BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Ariel, Barcelona, 1991, p. 2.

[4] El producto de la abstracción, configura en el proceso del conocimiento, la unidad fundamental del pensamiento llamada ***Concepto.*** Los conceptos poseen dos propiedades fundamentales, la primera es ***la extensión,*** referida al número de elementos que comprende el concepto, o el número de objetos

especial, se han realizado diversas sistematizaciones y clasificaciones, teniendo en cuenta distintos criterios de ordenación, tales como la gravedad de los hechos, la naturaleza del sujeto activo o pasivo, los medios o instrumentos utilizados, el bien jurídico afectado, etc. Sin

---

que caen dentro de su ámbito; la segunda es la ***comprensión o contenido,*** referido a las características propias de los objetos que comprende. Un concepto será más extenso en la medida en que abarque a mayor cantidad de objetos, pero en este caso, la cantidad de características relativas a los objetos comprendidas en su ámbito será menor; y al contrario, un concepto tendrá mayor contenido cuando sea menos extenso, comprenda a menor cantidad de objetos, pero los defina o comprenda con todas sus características o propiedades. Los conceptos más extensos o más amplios, aquellos cuya generalización es máxima, constituyen las llamadas ***categorías***. MANRIQUE ENRÍQUEZ, Fernando: *Teoría del Conocimiento. Proyección Epistemológica.* Colección Episteme, Editor Marcos Pflücker N. Lima, 1986, p. 159.
Considerando las propiedades del concepto, esto es, su ***extensión*** y su ***comprensión o contenido,*** podemos realizar distintas operaciones lógicas con los objetos comprendidos en el ámbito de dicho concepto y con las propiedades o características de estos objetos, cuando estas operaciones sean necesarias para la formación del conocimiento relativo al objeto u objetos investigados con la finalidad de precisarlos, delimitarlos o agruparlos conforme a criterios necesarios a los fines de la investigación. Estas operaciones son: *la limitación, la generalización, la definición, la división y la clasificación.*
La ***clasificación,*** es la operación conceptual por la cual los objetos integrantes del concepto, se organizan o distribuyen en conjuntos o especies llamados clases, con el fin de enumerarlos o delimitarlos. Esta organización o distribución se realiza conforme a determinado rasgo, criterio o fundamento que deben presentar todos los objetos integrantes de cada clase; es decir, conforme a las propiedades comunes que estos presentan. El criterio de ***división*** se elegirá conforme al interés o fines con que ésta se realiza. Según Castañeda el procedimiento de división sigue cuatro reglas que deben ser respetadas rigurosamente: "1) La división ha de ser proporcionada. Esto es, que la suma de extensiones de las partes divididas sea igual a la extensión del concepto inicial dividido. 2) La división ha de darse a partir de un solo fundamento. Esto implica que debe existir un solo criterio de división. 3) Los miembros de la división han de excluirse mutuamente. Significa que una de las partes dividida no puede incluirse en otra del mismo nivel. 4) La división ha de ser ininterrumpida. Quiere decir, que en la operación de dividir, se debe partir de un género a otro inmediatamente inferior. De otra manera, no se debe saltar niveles o géneros". CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Juan: *Métodos de Investigación.* Mc Graw Hill, México, 1996, p. 14.

embargo, "... la técnica legal tiene que atenerse a la más rigurosa economía, que en ocasiones obliga a la agrupación de delitos heterogéneos como sucede en el cohecho activo y pasivo"[5], esto es, puede conjugarse varios criterios, en este caso, agruparse en forma conjunta supuestos en los que lo fundamental es la infracción de un deber por parte del funcionario frente a la administración pública, y otros supuestos en que interviene un sujeto que no es portador de deber alguno.

Actualmente, y en consonancia con el principio mayoritariamente admitido, de que el Derecho penal únicamente puede actuar para proteger ***bienes jurídicos***[6], el criterio que se ha convertido en dominante, en la sistematización y clasificación de los delitos de la parte especial, no solo en las legislaciones sino también en la doctrina, es precisamente el *bien jurídico* protegido por la norma penal; lo cual significa que la determinación de los grupos y subgrupos (títulos, capítulos o secciones) se realizará teniendo como base un determinado

---

Finalmente, cabe precisar que, si bien es cierto se dividen en grupos, los objetos integrantes del concepto, cada uno de estos grupos o cada objeto de los mismos, mostrará todas las características esenciales del concepto inicial, es decir sin dividir; así por ejemplo: "Los seres vivos se dividen en vegetales y animales. Esta es una división dicotómica, en dos partes y en la cual advertimos que, efectuada la división, puedo decir: los vegetales son seres vivos; los animales son seres vivos. Esta comprobación asegura lo precedente de la división en sí. En cambio en el siguiente ejemplo: el dedo consta de falange, falangina y falangeta, parece existir una división pero no es así porque lo real es que se ha producido una "disgregación" comprobable cuando procedemos a decir: la falange es un dedo, la falangina es un dedo, la falangeta es un dedo, que es algo no aceptable". MANRIQUE: *Ob. Cit.* p. 124.

[5] RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ: *Ob. Cit.* p. 7.

[6] Al respecto, si bien desde una perspectiva funcional normativista se niega al *bien jurídico* como fundamento de la protección jurídico penal, aún sigue siendo mayoritario el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos.* Más aún, en nuestro medio el propio intérprete supremo de la Constitución, como es el Tribunal Constitucional ha justificado el recurso al Derecho penal sólo cuando se trata de proteger bienes jurídicos, de otro modo no justifica a la pena. Exp. 00012-2006-AI/TC.15/12/2006. Caso: CAL contra C. JUST. MILITAR. FJ.: 32.

bien jurídico. Aun cuando en la mayoría de casos, un solo tipo penal no es suficiente para proteger determinados bienes jurídicos, en cuyo caso se considera un bien jurídico general y mediato, y diversos bienes jurídicos inmediatos y específicos; tal sería el caso, por ejemplo, de la libre competencia y la eficacia de la Administración de Justicia como bienes jurídicos específicos (inmediatos) protegidos por los delitos de lavado de activos, en cuanto estos constituyen objetos con función representativa del bien jurídico abstracto y general que es el "orden o sistema económico" (bien jurídico mediato)[7]. Asimismo, a través de un solo tipo penal puede abarcarse o protegerse diversos bienes jurídicos, esto sucede cuando la conducta abarcada por un tipo penal resulta ser pluriofensiva, como sucede en el caso del delito de robo, en el que además de protegerse el patrimonio, se protege también la vida e integridad física de la persona.

De otro lado, para el análisis, conocimiento y aplicación de los diversos tipos configurativos de la parte especial, necesariamente se tiene que desarrollar o conocer las categorías o conceptos correspondientes a la teoría del delito, propios de la parte general del Derecho penal; solo así, será posible entender debidamente el hecho imputado y los criterios de imputación necesarios para hacer responsable, por el hecho, al agente del delito; solo de este modo podrá validarse y legitimarse la imposición de la pena y demás consecuencias previstas para el delito.

Pero claro, todas estas ideas se deben analizar y desarrollar teniendo en cuenta la evolución del Estado de Derecho, que ha devenido a delinear el llamado *Estado Constitucional de Derecho*, el mismo que viene influyendo en la configuración de todos los conceptos y categorías del Derecho en General, y desde luego en las categorías propias del Derecho penal. Pues, los derechos fundamentales así como los valores y principios constitucionalmente valiosos, deben ser tomados en cuenta

---

[7] Al respecto, ver GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A.: *El delito de Lavado de Activos*. 2ª Edición, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 57.

en la construcción de los conceptos y en la interpretación así como en la formulación de los tipos penales y en la aplicación de las normas jurídicas, especialmente las limitativas de derechos, como las penales.

Por ello mismo, será necesario tener algunas ideas concretas respecto al *Estado Constitucional de Derecho,* al concepto del delito (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad), así como los criterios de imputación penal, y los necesarios para determinar cuándo estamos ante un hecho consumado, quién es realmente el responsable o autor, así como los criterios para resolver los concursos de delitos y aparentes concursos de normas penales.

Para tal fin, y a efectos de viabilizar las ideas desarrolladas en la parte especial del Derecho penal abordadas a lo largo del presente trabajo, es que empezamos presentando una síntesis ajustada y muy preliminar del Estado Constitucional de Derecho y de la teoría del delito; para luego desarrollar los tipos penales específicos, precisamente, manejando las ideas desarrolladas en los dos primeros puntos.

II. CRITERIOS DE ORDEN CONSTITUCIONAL

1. EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Superados los órdenes jurídicos regidos por la voluntad soberana del gobernante, y consolidado el Estado de Derecho como sistema social, económico y jurídico imperante en la vida de los pueblos y de la comunidad internacional, es el Derecho, constituido por las normas (reglas y principios), el que se ha consagrado como ente rector de la vida social. Pero el Estado de Derecho, como orden social, no ha tenido siempre el mismo contenido y no se ha orientado siempre por los mismos principios o fundamentos.

Así, inicialmente se constituyó el llamado *Estado liberal,* como una real conquista histórica frente al absolutismo; en este se reconocieron y justificaron, así como se asumió la protección preeminente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad de pensamiento y de expresión, a una información veraz, a la libertad de religión y de creencia, a la libertad de reunión y asociación, libertad de circulación y residencia (derechos políticos básicos para la institucionalización de la democracia), a la igualdad ante la ley, a la seguridad y garantía en la administración de justicia (concebida independiente de toda instancia política)[8], esto es, fundamentalmente los derechos civiles y políticos;

---

[8] DÍAZ, Elías: *Estado de Derecho y sociedad democrática.* Taurus, Madrid, 1998, p. 41.

pero no se comprendía en este a los derechos económicos y sociales ni las prestaciones a cargo del Estado. En buena cuenta se trataba de la consagración de los derechos naturales de la burguesía democrática. El reconocimiento de estos derechos fue más o menos absoluto e inviolable y se esperaba del Estado solo la vigilancia y represión de las posibles perturbaciones a su ejercicio[9](Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Condorcet, Von Mohl, entre otros).

En líneas generales, se reconoció al pueblo la potestad de autorregularse a través de las normas elaboradas por sus representantes constituidos en uno de los principales "Poderes del Estado" (el Poder Legislativo o cuerpo de representantes) el mismo que, se asumía, representaba a la comunidad o al pueblo en su conjunto, el que a la vez, era el titular de la soberanía, que por delegación la concedía a sus representantes Legislativos[10].

A estas alturas de la evolución social, obviamente la manifestación de la soberanía, estaba constituida, de modo exclusivo, por las decisiones del Poder Legislativo expresadas en la ***ley,*** y si bien la norma de mayor jerarquía era la Constitución (como expresión del Constituyente), esta solo constituía una norma programática, de optimización de derechos e instituciones, pero no configuraba una norma de aplicación directa; pues para ello, se requería de una norma o ley de desarrollo (leyes). Los principios y valores eran vistos solo como componentes externos, metajurídicos o de derecho natural; pues, no estaban positivisados (contenidos en normas expresas) dentro del sistema jurídico. En estas condiciones el desarrollo e interpretación del Ordenamiento Jurídico se realizaba únicamente teniendo como base la ley. Los operadores

---

[9] GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional.* Colex, Madrid, 2007, p. 38.

[10] Aun cuando debe tenerse en cuenta que esta soberanía adjudicada al pueblo, después se cambió por la concepción de soberanía de la nación, término que no se identifica con las personas que la componen. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Ob. Cit.* p. 38.

jurídicos se limitaban a realizar una labor de *subsunción* de los casos concretos (de la vida real y que exigían solución) en el supuesto fáctico-hipotético previsto por la ley. Los Derechos Fundamentales solo constituían una aspiración o exigencia ética.

El ejercicio absoluto de los derechos reconocidos en el Estado de Derecho Liberal generó disfunciones y excesos así como la concentración del poder y la riqueza en manos de unos pocos y en desmedro de las mayorías, lo que exigió un cambio en la propia configuración del Estado de Derecho, generándose el llamado ***Estado Social;*** este cambió la propia concepción del Estado, al que ya no se concebía solo como vigilante del ejercicio de los derechos reconocidos o represor de los infracciones a los mismos, sino que se concibió como un Estado obligado a prestaciones sociales a favor de sus ciudadanos, con lo que se configuraron los "derechos económicos y sociales". Con ello se propugna la superación de las concepciones individualistas del Estado Liberal, para dar paso a la defensa y preeminencia de ciertos intereses colectivos y la atención de los grandes sectores sociales excluidos así como a la implementación de programas desde perspectivas colectivistas; además, se busca superar la formulación únicamente jurídica de los derechos para pensar en su ejercicio efectivo por parte de todos[11]. No obstante, lo esencial en esta concepción del estado, es que para evitar las desigualdades existentes, se llegó a reconocer que existe una

[11] La nueva concepción social exige una doble vía de realización: "De un lado, cambiar el estatuto del ciudadano, que no debe ser ya solo una persona integrada política y jurídicamente en un país, sino también económica, social y culturalmente; de otro, cambiar el estatuto jurídico-político del poder público, que, de ser meramente vigilante y represor pasa a ser ordenador y conformador de la sociedad, promoviendo la emergencia de ese nuevo ciudadano-partícipe. Desde el punto de vista del ciudadano, esta nueva concepción tiene reflejo en su acceso a los bienes y derechos sociales, económicos y culturales. Desde la óptica del poder público, este asume la obligación de realizar las prestaciones positivas necesarias para garantizar un mínimo existencial de los ciudadanos y promover las condiciones de satisfacción de las necesidades individuales y generales que el sistema de mercado no proporciona por sí solo". GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Ob. Cit.* p. 38.

igualdad en los procesos de tratamiento y reconocimiento de derechos, y una *igualdad en el resultado* de tratamiento y reconocimiento; priorizándose en ciertas ocasiones este último. Ello llevó a aceptar que en ciertas circunstancias se puede tratar desigualmente a los sujetos (desigualdad en el proceso, o desigualdad positiva) para asegurar una igualdad en el resultado. Este es el típico caso de atribuciones o reconocimientos especiales a ciertos sujetos (por cuestiones de género, de minusvalía, de su condición de indígenas (originarios) u otros supuestos de discriminación) para asegurar que no sean excluidos o asegurar su inclusión.

Esta forma de organización social, de algún modo, llevó al fracaso económico a las sociedades o países, por lo que se hizo necesario armonizar y conjugar ambas perspectivas (la del Estado liberal así como la del social), con la inclusión y consolidación de los criterios democráticos, con lo que se consolidó el llamado ***Estado Social y Democrático de Derecho***. En esta nueva concepción de Estado de Derecho, en primer lugar, se reconocen los derechos sociales y la atención a los sectores sociales desposeídos, a la vez que se acogen, sin mayores límites o condicionamientos, los derechos reconocidos por el Estado Liberal. Asimismo, se consolida el sistema democrático como forma de gobierno y organización social, con la consecuente consagración de los derechos, valores y principios que ello implica. El Estado social y democrático de Derecho está calificado como la expresión más moderna de la democracia y se fundamenta en los principios de división y equilibrio de poderes, la defensa de los derechos fundamentales de la persona y el sufragio universal, entre otros derechos y garantías para la defensa de la persona humana y su dignidad[12].

---

[12] GIMANO SENADRA y otros (*Ob. Cit.* p. 39), señalan que el concepto de democracia siempre comporta:
1. Participación ciudadana.
2. Igualdad. Es decir, que la democracia política sea también democracia social. Con lo que tenemos aunados ambos conceptos (lo democrático y lo social).
3. Pluralismo, principalmente pluralismo político.
4. División, control y responsabilidad del poder.

Esta situación evolucionó con el desarrollo constitucional de la Dogmática de los derechos fundamentales, así como también con el hecho de que los principios y valores (que hasta entonces eran solo mandatos de derecho natural) fueran positivizados en las normas fundamentales (Constituciones) y desarrollados en los Instrumentos o Convenios Internacionales vinculantes para la Comunidad Internacional en su conjunto y para los países en particular. Más aún, se configuraron los Derechos Fundamentales como valores preeminentes en torno a los cuales debía articularse todo el Ordenamiento Jurídico así como todas sus instituciones, categorías y conceptos integrantes de la ciencia del Derecho[13]; asimismo, se establecieron principios y reconocieron

5. Gobierno de las mayorías y respeto de las minorías. Institucionalización de la Oposición y reversibilidad de las opciones políticas.
6. Publicidad. Régimen de la opinión pública.

[13] "La función de los derechos en este caso se vincula al contenido posible y a los límites del resto de las normas del Ordenamiento y se sitúa en al ámbito de la interpretación, producción y aplicación de estas. El Tribunal Constitucional español, en esta misma línea identificará esta función en varias sentencias (...) 'los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y que asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico...'. La segunda sentencia se refiere, desde esta función, a los derechos como 'elemento fundamental de un ordenamiento objetivo', que 'dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso, al del Estado social y democrático de Derecho'". PECES-BARBA, Gregorio: *Lecciones de Derechos fundamentales.* Dykinson, Madrid, 2004. pp. 275 y 276 Criterio idéntico ha sido desarrollado por nuestro TC en la STC 5854-2005-PA (FJ 3), en la que ha sostenido, "... *superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo*" STC 5854-2005-PA, FJ 3.

valores que emanaban de la propia forma social y democrática de gobierno así como de la necesidad de orientar la organización social a ciertos valores supremos como la justicia, la paz, la seguridad, la solidaridad, el desarrollo etc.; a la vez que se consagró la supremacía de la Constitución, tanto en la organización del Estado, así como en la configuración del ordenamiento jurídico.

Con la positivización de los derechos fundamentales, los valores y los principios supremos en las Constituciones y los Instrumentos Internacionales[14], estas normas supremas e internacionales pasaron a ser directamente aplicables, con lo que cambió el contenido y perspectiva del Ordenamiento Jurídico, y sobre todo, se generó lo que ha devenido en llamarse la "crisis de la ley ordinaria"[15] o devaluación

---

[14] "En este contexto, no falta razón a quienes advierten que el viejo Derecho natural se ha positivizado y que, además, lo ha hecho al máximo nivel". ESCUDERO ALDAY, Rafael: *La respuesta positivista al desafío del neo constitucionalismo: El positivismo jurídico incluyente.* En: Pozzolo Susana: Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos. Palestra, Lima, 2011. p. 90.

[15] Se sostiene que la crisis de la ley ordinaria ha tenido como ***causas***:

a) El hecho de que muchas normas (leyes) dejan de cumplirse y el Estado no hace nada para revertir tal situación, lo que emite un mensaje de inexistencia, invalidez o inutilidad de la ley.
b) Transformación del sentido de valor de la Constitución, la que ahora toma como preeminentes a los Derechos Fundamentales, los Valores y Principios como la democracia, paz, seguridad, solidaridad, desarrollo, por encima de los derechos individuales considerados absolutos en su momento.
c) El Legislativo pierde preeminencia, y ahora sus decisiones se revisan o puede interpretarse de modo distinto al querido por el legislador.
d) No se reconoce soberanía propiamente al Legislativo sino al Poder que crea la Constitución -Constituyente-.
e) La ley pierde sus tradicionales rasgos de generalidad y abstracción, y se dictan leyes para solucionar problemas específicos y a veces auspiciando intereses particulares, no necesariamente los más legítimos.

Ello tiene como ***efectos***: ***i)*** sustitución del principio de legalidad por el de constitucionalidad; ***ii)*** reformulación de la Seguridad Jurídica, basada en el imperio de la Ley (subsunción); ***iii)*** necesidad de argumentación y motivación de decisiones; ***iv)*** necesidad de ponderación de las pretensiones y

de la función legislativa; puesto que ahora la ley será aplicable solo en tanto y en cuanto no contradiga a las normas constitucionales y a las contenidas en los convenios internacionales relativas a los Derechos Fundamentales. Asimismo, la propia actividad de los operadores jurídicos ya no se limitará a la simple actividad de *subsunción* de los hechos en la ley, sino que, además, tendrán que realizar una labor orientada a hacer posible la vigencia de los contenidos de los referidos Derechos Fundamentales así como de los valores y principios constitucionalmente valiosos.

Con ello, como puede apreciarse fácilmente, asistimos a la *Constitucionalización del Derecho* y a la configuración de un orden jurídico de fuerte influencia internacional o externa, puesto que ahora, las decisiones más importantes sobre los derechos y valores supremos, serán dictadas por Cortes u Organismos Internacionales; o en todo caso, en el ámbito interno, se tendrá que resolver de conformidad con la regulación internacional contenida en los convenios internacionales y con los decisiones de las Cortes u Organismos internacionales[16].

Así las cosas, tal como señala Robert ALEXY: "La constitución no es ya solo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como la *dignidad, la libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y estado social,* la constitución proporciona

---

posiciones; ***v)*** cambio en el sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico; ***vi)*** influencia de normatividad internacional y externa; ***vii)*** pérdida de jerarquía de la *ley.*
Al respecto ver: ANSUÁTEGUI: *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución.* Grijley, Lima, 2007.

[16] En este sentido, cobra realidad la frase de FERRAJOLI, en cuanto refiere: "En la era de la globalización, en efecto, el destino de cualquier país, con la única excepción de los Estados Unidos, depende cada vez menos de las decisiones internas adoptados por sus gobernantes, sobre todo, si se trata de países pobres, y cada vez más de decisiones externas, son adoptadas en sedes o por poderes políticos o económicos de carácter supra o extra estatal". *Razones jurídicas del pacifismo.* Trotta, Madrid, 2004, p. 72.

un contenido substancial al sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo *reglas jurídicas* por una ponderación según *valores y principios* constitucionales"[17].

Pero obviamente, no todas las normas contenidas en la Constitución y los convenios internacionales, son susceptible de aplicación concreta y directa, puesto que no tienen la misma estructura y naturaleza, ya que se distingue entre los llamados *principios y las reglas*, aun cuando ambos constituyen normas positivas y vigentes[18]. ***Los Principios***, son mandatos de optimización; ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas y tomando en cuenta los principios opuestos; son normas abiertas susceptibles de *ponderación*[19]. Los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de las reglas; pues, aportan criterios para

---

[17] ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 159.

[18] "... las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que la normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (...). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley". ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil: ley, derecho y justicia*. 2ª Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 109.

[19] "... normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas). Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un 'balance, ponderación y compromiso' entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de norma abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios". AGUILÓ REGLA, Josep: *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. En Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30, 2007, p. 670.

determinar el contenido y sentido de estas; pero las disposiciones o enunciados normativos sobre los principios "...son expresados en un lenguaje extremadamente vago, indeterminado, poseen amplitud en su campo de aplicación (puesto que no contienen un enunciado deóntico claramente determinado: mandato, prohibición o permiso) y la consecuencia normativa no está vinculada a un hecho condicionante, como sí ocurre con las reglas"[20]. ***Las Reglas***, tienen el carácter de mandatos definitivos o mandatos cerrados; si una regla vale y es aplicable, está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, nada más y nada menos; contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible; la *subsunción* es para ellas la forma característica de aplicación del derecho[21].

En muchos casos nos encontramos ante colisiones de estas normas (principios y reglas); así, pueden colisionar *las reglas entre sí;* en este caso, ambas son válidas: una permite y la otra prohíbe; se resuelve esta colisión declarando nula, inaplicable o excluyéndola del Ordenamiento Jurídico a una de ellas. Asimismo, pueden colisionar *los principios entre sí,* estos casos se solucionan aplicando el principio de proporcionalidad; ninguno es excluido del sistema; no se trata de una dimensión de validez, sino solo de la dimensión de ponderación; el principio preeminente restringe las posibilidades jurídicas de la satisfacción del principio desplazado. La solución depende de los pesos relativos de

---

[20] GUASTINI, Ricardo: *Distinguiendo. Estudios sobre teoría y metatoría del derecho.* Gedisa, Barcelona, 1999, p. 145.

[21] Las reglas son soluciones normativas cerradas de un caso. "La normas abiertas son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces o los órganos administrativos). La normas abiertas al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conducta". AGUILÓ REGLA: *Ob. Cit.* p. 669.

los principios opuestos; se trata de encontrar una coherencia valorativa[22]. En el caso de colisión entre *una regla y un principio,* tampoco se buscará la exclusión de la regla o la inaplicación del principio, por el contrario, dependiendo de la ponderación, se aplicará la regla pero tamizada o morigerada por el contenido del principio.

Pero claro, como quiera que todo sistema está constituido por reglas y principios, deberán viabilizarse criterios de *razón práctica,* a través de un procedimiento que asegure la racionalidad del ordenamiento, de modo que se armonicen las normas desde su formulación así como en su aplicación. Pues, el llamado constitucionalismo moderado, incluye reglas, y por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de los principios y con ellos de *los valores.* Los principios no excluyen a las reglas, por el contrario, sirven de faro para formularlas, interpretarlas y aplicarlas.

En este nuevo contexto, regido por la vigencia de los Derechos Fundamentales y de los valores y principios constitucionalmente valiosos, así como por la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[23], y constituido por normas generales y especí-

---

[22] Diversas normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presenten una unidad de sentido y/o propósitos prácticos; y son incoherentes, cuando esa unidad no se da.

[23] Al respecto la Corte Interamericana de Derechos humanos ha señalado que ni siquiera la normatividad de la Constitución del Estado debe ser motivo para no cumplir con las obligaciones de los Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, que según el Derecho Internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse, para su incumplimiento, el derecho interno, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional. Igualmente, que los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos están orientados a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano y sirven al fin de proteger los derechos fundamentales de los seres humanos frente a su propio Estado y ante los otros estados contratantes. Se inspiran en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano
Igualmente, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (caso Fujimori) afirma: "... la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

ficas (reglas y principio), la única forma de preservar la vigencia del Ordenamiento Jurídico, con sus características de unidad, coherencia y plenitud, es a través de la aplicación de los criterios de *proporcionalidad, ponderación y razonabilidad*[24], a la vez que implementando

---

Las normas que lo integran son vinculantes, de aplicación directa e inmediata, en la medida que contengan normas más favorables a los derechos fundamentales de la persona que la contenida en la Constitución. (...). Las pautas interpretativas de la Convención Americana de Derechos Humanos y los principios jurisprudenciales que dimanan de la CIDH son, pues, además de una guía insoslayable para interpretar los derechos reconocidos en la Convención, vinculantes a este Tribunal (...)".

[24] Para tener mayores ideas respecto ***a proporcionalidad, ponderación y razonabilidad,*** resulta necesario hacer algunas precisiones; puesto que solo será posible hablar de estas partiendo de que no existe derechos absolutos, y por ello, importa cómo y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. ***La proporcionalidad*** constituye una técnica de interpretación para tutelar de mejor manera los derechos; busca la compatibilidad de los derechos en la mayor medida posible y garantiza la afectación o reconocimiento del derecho en la medida estrictamente necesaria. Para concretar la proporcionalidad en el caso específico se aplica el llamado *Test de proporcionalidad*, consistente en la verificación de 4 aspectos vinculados a esta; estos son:

1. *Razonabilidad:* Determinación si se trata de un fin constitucionalmente valioso (no arbitrario).
2. *Idoneidad:* Si la medida a aplicarse o implementarse resulta idónea o adecuada para logra el fin perseguido (eficaz).
3. *Necesidad:* Para aplicar la medida, deben haberse descartado medidas menos gravosas.
4. *Proporcionalidad propiamente dicha:* Referida a la intensidad de la afectación de los derechos, intereses o valores en conflicto (duración o gravedad).

La razonabilidad, guarda estrecha relación con el carácter práctico del Derecho. Alude a la necesidad de un espíritu de adaptación de alguien respecto a algo o a algún otro, con el fin de evitar conflictos, mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. Razonable, en el lenguaje común (sé razonable) es quien se da cuenta de lo necesario que es para la coexistencia llegar a "composiciones" en las que haya espacio, no solo para una, sino para muchas razones. Resolución conforme al pluralismo reinante en las actuales democracias. En la aplicación judicial, el carácter razonable del Derecho se evidencia en la categorización de los casos a la luz de los principios y en la

criterios de razón práctica idóneos para hacer funcionales las instituciones jurídicas y lograr el rendimiento práctico del sistema jurídico.

Obviamente, la concreción de los criterios de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad, en la operatividad del ordenamiento jurídico, únicamente podrá realizarla el *operador jurídico* (Jueces, magistrados de los Tribunales Constitucionales y demás Cortes u Organismos Internacionales) al conocer o resolver el caso concreto, y será la decisión del operador la que finalmente redefina el contenido de la propia norma (regla o principio); con ello, la ley ha perdido preeminencia y asistimos prácticamente a una especie de *Jurisdiccionalización del Derecho*. Pues, el operador jurisdiccional puede ahora: a) Dejar de aplicar la ley, cuando es incompatible con un derecho fundamental, un valor o un principio supremo plasmado normativamente en la Constitución o en un Convenio Internacional de modo explícito o implícito; b) Determinar su sentido, el mismo que puede ser diverso del sentido que orientó la propia promulgación de la ley, siendo suficiente que la interpretación dada por el operador sea compatible con una norma continente de un derecho fundamental, valor o principio; c) Racionalizar la ley en base a la proporcionalidad y ponderación[25].

---

búsqueda de la regla aplicable al caso. Es razonable la categorización de los hechos que toma en cuenta todos los principios concernidos. Es razonable la regla, individualizada en el marco de las condiciones limitadoras del derecho como ordenamiento, que responde a las exigencias del caso. Con la razonabilidad se concreta las exigencias de justicia y equidad.
Ponderación, significa, poner en la balanza de la valoración o medición, todos los intereses en juego a fin de encontrar el punto de equilibrio de todos estos y resolver conforme al resultado obtenido. Para ello se sigue más o menos el siguiente procedimiento: Se fija una topografía del conflicto; se determina las pretensiones que se encuentran garantizadas por los derechos en conflicto; se optimiza ambos derechos hasta donde sea posible; se establece una escala de valor (ley del peso) en función de las circunstancias del caso; y finalmente, se resuelve el caso en función del peso de cada uno de los derechos

[25] "... el valor de cada precepto de la Constitución depende, en definitiva, del significado que le den sus intérpretes-operadores. La letra podrá decir claramente una cosa, la intención del constituyente podrá haber sido bien

Esta situación la vemos a diario en la aplicación del derecho en nuestro medio, donde constantemente se declara inaplicable una norma vigente o se racionaliza su aplicación más allá del propio contenido literal de la norma; habiéndose llegado al extremo de que un Juez paralice una disposición del Ejecutivo referida a la política económica del Estado. Tanto es así, que actualmente estamos a la expectativa de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional o de los fallos y jurisprudencia vinculantes de la Corte Suprema, que son los que, en definitiva, observan incuestionablemente los demás operadores jurídicos (Jueces, Fiscales, etc.). Inclusive, en muchos casos, los operadores sustentan sus fallos con el simple contenido de la jurisprudencia (tanto vinculante como ordinaria) en incluso de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema (que si bien no son propiamente vinculantes, configuran la doctrina jurisdiccional[26]), y más aún, estamos a la expectativa de los precedentes y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional[27], dejando de lado el propio contenido de la norma o dándole el sentido que aquellos establecen.

Obviamente, este estado de cosas, en que el operador tiene un margen amplio de discrecionalidad respecto a la interpretación y aplicación de

---

definida, pero, en última instancia, la cláusula constitucional regirá del modo con que sea interpretada y aplicada" [Néstor Pedro Sagüés]. Cita de JIM L. RAMIREZ FIGUEROA en: http://jimramirezfigueroa.blogspot.com Este estado de cosas también es constatado en nuestro medio; así: "Si revisamos las decisiones que en materia penal y procesal penal ha emitido nuestro máximo Tribunal (...) veremos que el contenido de uno de los principios que por antonomasia conforman el Derecho penal de corte europeo - continental, cual es el principio de sujeción de los jueces a la ley, ha sido notablemente modificado". REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: *El precedente judicial en materia penal.* Editorial Reforma, Lima, 2010, p. 12.

[26] Como veremos más adelante, al tratar la jurisprudencia vinculante del Poder Judicial (Corte Suprema).

[27] Aun cuando puede discutirse si estos Acuerdos o Doctrina Jurisprudencial, constituyen realmente fuentes del derecho y si configuran o no mecanismos que han generado enorme inseguridad jurídica, lo cierto es que asistimos a este estado de cosas en la aplicación del Derecho.

la norma (sobre todo de las norma principios), ha generado gran incertidumbre respecto a la aplicación y vigencia del Ordenamiento Jurídico, lo que ha llevado a la necesidad de la implementación de mecanismos de control de la actividad de los órganos jurisdiccionales como la viabilización de las acciones o procesos de garantía contra las resoluciones jurisdiccionales, la obligatoriedad de la motivación o fundamentación suficiente de las decisiones o resoluciones e inclusive algunos controles externos no vinculantes jurídicamente pero sí social y políticamente, como el proveniente de la Defensoría del Puebla, de la Prensa, del Poder Legislativo, etc.; y fundamentalmente el auto control de los propios órganos jurisdiccionales a través de los precedentes y jurisprudencia vinculantes.

Todo esto, especialmente la normativización de los Derechos Fundamentales, de los Valores y los Principios constitucionalmente valiosos, aunado a ciertas cuestiones de orden económico, social y político, así como la supremacía de la Constitución, tanto como instrumento político así como jurídico, ha devenido a determinar la evolución del tradicional *Estado de Derecho* al llamado *Estado Constitucional de Derecho,* caracterizado en síntesis y a grandes rasgos, tal como ya hemos venido refiriendo, por lo siguiente: a) desarrollo constitucional con la Dogmática de los Derechos Fundamentales; b) internacionalización y constitucionalización del Derecho; c) principios y valores del Derecho natural positivizados; d) disposiciones constitucionales y convenios internacionales directamente aplicables; e) plasmación de derechos fundamentales y valores preeminentes en torno a los cuales se articula el Ordenamiento Jurídico y todas las instituciones jurídicas; f) la labor del operador jurídico así como la aplicación del Derecho y el propio desarrollo dogmático de la ciencia jurídica, trasciende la mera *subsunción,* y es complementada y en muchos casos suplantada por los criterios de *proporcionalidad y de ponderación;* g) la ley pierde primacía frente a la constitucionalización[28] y la *"jurisdiccionalización" del Derecho;* la prohibición de la arbitrariedad.

[28] Un desarrollo concreto y sintético al respecto, ver en AGUILÓ REGLA, Josep: *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas*

No obstante, no debe entenderse al ordenamiento jurídico en el Estado Constitucional de Derecho como un sistema en el que se desborda la legalidad (constitucionalidad), o un orden jurídico en el que los jueces pueden libremente determinar el contenido de las normas, por el contrario, deben determinar dicho contenido sin perder de vista los valores y principios plasmados en las propias normas, buscando su sistematicidad y la optimización de la vigencia de los derechos fundamentales, también plasmados en el propio marco normativos[29]. Solo de este modo será posible salvar la seguridad jurídica que del ordenamiento jurídico se espera.

1.1. SUPREMACÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, LOS VALORES Y PRINCIPIOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Como se ha indicado, una de las características fundamentales del Estado Constitucional de Derecho es la consagración dentro del Ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales[30], valores y principios, como referentes básicos y preeminentes del sistema normativo en general[31]. Esto es, derechos, valores y principios son incorporados

---

palabras. En Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30, 2007, pp. 666 y 667. Al respecto, también ver STC N° 00014-2009-PI/TC del 25 de agosto del 2010, fjs. 12 y ss.

[29] "... la configuración básica e inamovible del propio Estado de Derecho es el imperio de la ley y el sometimiento del Estado y sus poderes en todas sus actuaciones a la más estricta legalidad". FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: *Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho*. En revista Sistema N° 38, Madrid, 1997, p. 17.

[30] Así, el orden axiológico de la Constitución encuentra su manifestación culminante en los derechos fundamentales. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 42.

[31] El concepto de ***derechos fundamentales*** comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana, sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en

positivamente en el Ordenamiento configurando verdaderos bienes jurídicos[32] materia de protección de parte del sistema jurídico. Con ello el Estado Constitucional de Derecho consolida su legitimación

---

norma básica material del ordenamiento, siendo instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.* Madrid, Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37.

"***Los valores*** surgen en el ámbito de la racionalidad moral, y el Poder Político los integra, pero no los crea. Son anteriores al Poder, aunque una vez incorporados al mismo serán objeto de deliberaciones y de acción comunicativa derivada del hecho de que el Poder está formado por individuos. En todo caso son obra al ser humano en la historia y se cristalizan en la cultura a partir de la idea radical de la dignidad humana, derivada de la razón, identificadora de la persona (capacidad de comunicación y de construcción de conceptos generales, búsqueda de la independencia o autonomía moral). Cuando se incorporan como referencia al Poder político no son una pieza acabada y definitiva, siguen modelándose en el ámbito de la deliberación política. Tampoco se incorporan definitiva y totalmente, ni permanecen encerrados en el ámbito político. La deliberación moral sigue aportando nuevos materiales que enriquecen permanentemente a los valores". PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; DE ASIS ROIG, Rafael y BARRANCO AVILÉS, María del Carmen: *Lecciones de Derechos fundamentales.* Dykinson, Madrid 2004, p. 238.

Los principios son criterios generales para dar unidad y sistematicidad al ordenamiento jurídico a la vez que para hacerlo funcional respecto a las necesidades de organización y condiciones de vigencia de los derechos fundamentales y demás valores. "Junto a los ***principios*** de organización aparecen los principios de interpretación, que ayudan a la producción o a la aplicación de otras normas o a la solución de casos difíciles en caso de ausencia de normas-regla directamente aplicables al caso". PECES-BARBA MARTÍNEZ, DE ASIS ROIG y BARRANCO AVILÉS: *Ob. Cit.* p. 247.

[32] Los bienes jurídicos son verdaderos intereses considerados positivos para la sociedad y los ciudadanos en general; buscan la concreción de la organización social, la funcionalidad del orden jurídico y vigencia de condiciones de vida social e individualmente positivas. "Es evidente que los ***bienes jurídicos*** más importantes de que son titulares las personas son los derechos fundamentales". BERNAL PULIDO: *El derecho de los derechos.* Universidad externado de Colombia. Bogotá, 2005, p. 126.

organizacional así como los elementos fundantes de su cohesión, coherencia y unidad. Pues, tal como refiere la doctrina, hablamos de Estado Constitucional de Derecho, precisamente para referirnos a los estados "...que han dotado de valor normativo a su constitución y que además de someterse a una norma suprema que regula las relaciones entre sus poderes superiores, han garantizado en ella un catálogo de derechos fundamentales sobre los que ningún poder superior del Estado puede decidir por más democrático que sea"[33]. Con ello los grandes contenidos del iusnaturalismo racionalista de los llamados derechos naturales (que en el Estado liberal, iluminaban el sistema jurídico solo desde una posición externa, sin efecto propiamente vinculante) son positivados en la norma fundamental[34]. Lo que determina que su exigencia y eficacia se deduzca, ya no de la importancia de los valores y bienes protegidos por los derechos, sino más bien de su plasmación en las normas constitucionales. "Los valores y principios morales presentes en textos constitucionales irradian su contenido a lo largo de todo el sistema jurídico"[35].

Ello implica a la vez, un cambio en las condiciones de validez de las leyes; esta ya no dependerá únicamente de las formas de su producción, sino sobre todo, de la coherencia de sus contenidos con los derechos fundamentales y con los valores y principios constitucionalmente valiosos; coherencia que será determinada por los órganos jurisdiccionales (jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional)[36].

---

[33] SERRANO, José Luis: *Validez y Vigencia.* Trotta, Madrid, 1999, p. 14.

[34] "... la forma jurídica positiva de los derechos naturales, teorizados como pre o meta o supra-jurídicos en los orígenes del Estado moderno". FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón.* Trad. de Perfecto Ibáñez, Trotta, Madrid, 1995, p. 356.

[35] ESCUDERO ALDAY: *Ob. Cit.* p. 97.

[36] Debe precisarse no obstante, que existen autores que sostienen que estos desarrollos del ordenamiento jurídico están poniendo en crisis al estado de derecho mismo; al debilitar las exigencias normativas derivadas del gobierno de las leyes. Al respecto ver por todos: LAPORTA, Francisco: *El imperio de la ley. Una visión actual.* Trotta, Madrid, 2007.

Así, los derechos fundamentales y demás valores y principios, a la vez que suponen la identidad del Poder Político Democrático, constituyen su propia limitación, y al plasmarse en la Constitución configuran el propio contenido de esta y de las Leyes orgánicas y demás textos básicos; con ello sin embargo, no se configura un sistema cerrado o acabado, por el contrario, será la jurisprudencia constitucional la que paulatinamente vaya realizando la identificación de las Leyes conforme a la Constitución, y desarrollando su contenido al llenar su textura abierta, a la vez que esclareciendo sus zonas de penumbra, siempre tomando como objeto de referencia los derechos fundamentales y los valores supremos.

Los derechos fundamentales son la prolongación de los valores superiores y de los principios de organización y de interpretación[37]. Nuestro Tribunal Constitucional al respecto ha establecido que los derechos fundamentales actúan como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, así como también en su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana; asimismo, que los derechos fundamentales preexisten al orden estatal y se proyectan en él como su fin supremo. (EXP. N° 03052-2009-PA/TC. Caso: Lara Garay. 14/08/2010).

Los derechos fundamentales y valores superiores también se concretan en criterios como el de la promoción o remoción de obstáculos para auspiciar, reconocer y defender su propia vigencia; solo así se considerará debidamente configurado un sistema jurídico basado en los derechos fundamentales, más allá de su dimensión ética y política. Por ello se afirma que los derechos fundamentales ocupan un puesto jerárquico relevante en el conjunto del Ordenamiento jurídico, que desborda sus propios límites para influir en la configuración de todas y cada una de las normas del Ordenamiento; más aún, se sostiene que los derechos fundamentales se encuentran en contacto con las

[37] "Los principios se convierten, así, en criterios de validez normativa de carácter material: toda norma debe satisfacer su contenido si pretende formar parte del sistema jurídico". ESCUDERO ALDAY: *Ob. Cit.* p. 97.

fronteras exteriores del Ordenamiento, esto es, con la realidad social, con los intereses, los fines y los valores que en dicho Ordenamiento se defienden y se acogen, y también con la reflexión moral que es uno de los rasgos más relevantes de un sistema cultural[38].

Los derechos y principios incorporados en el orden constitucional comprenden no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera *implícita* se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. Consecuentemente, el catálogo de los derechos fundamentales incorporados en la Constitución, se complementa con aquel constituido por los derechos innominados, cuyo reconocimiento corre por cuenta de los jueces y, en especial, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, por el TC (STC N° 03052-2009-PA/TC, del 14 de agosto del 2010)[39]. En nuestra Constitución los principios, valores y derechos fundamentales quedan plasmados a lo largo de todo su contenido, pero especialmente en sus artículos 1° al 38° y 139° de la Constitución.

Los derechos fundamentales se convierten así en criterios, guías y límites de cualquier formulación o interpretación jurídica[40]. Su

---

[38] PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Ob. Cit.* p. 244.

[39] En este sentido, el TC en *el EXP. N° 0168-2005-PC/TC. 29/09/2005. Caso: Villanueva Valverde,* reconoce esta situación al sostener que "... es necesario tener presente que el artículo 3°, concordante con el artículo 43° de la Constitución, dispone que la enumeración de los derechos establecidos en su capítulo I del Título I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". Criterio que ya había sostenido en el Exp. N° 2488-HC, fundamento 12.

[40] "La garantía efectiva de los derechos fundamentales exige por lo tanto un control constitucional sobre la legislación que los configura, los articula y concreta las disposiciones constitucionales abiertas y vagas, en mandatos, prohibiciones, permisiones o habilitaciones determinadas". ANSUÁTEGUI: *Ob. Cit.* p. 96.

carácter de *normas básicas materiales* proporciona los criterios para la identificación e interpretación de las norma válidas del sistema jurídico[41]. En tal sentido, toda interpretación de las normas jurídicas debe respetar y guardar conformidad con los derechos fundamentales, valores y principios supremos[42]. No obstante, hay que considerar la dimensión histórica de los derechos y rechazar una racionalidad abstracta como fundamento permanente de los mismos.

Los operadores dotados de autoridad normativa están vinculados doblemente con los derechos fundamentales, ya que poseen no solo la obligación de no transgredirlos sino también la de promocionarlos. Puesto que junto a la tradicional dimensión de derechos de defensa que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, surge la vinculación positiva de los derechos. En esta segunda dimensión los derechos fundamentales imponen el Estado un conjunto de deberes de protección, que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan. Con ello los derechos fundamentales dejan de ser meras normas programáticas, hueras declaraciones de principio o normas objetivas, y se convierten en auténticos derechos subjetivos a obtener del Estado una protección efectiva. En muchos casos, esta exigencia de protección efectiva se transforma en la imposición al legislador del deber de expedir leyes penales. La creación del Derecho penal, entonces, abandona parcialmente el terreno de la discrecionalidad legislativa y se convierte en un mecanismo de cumplimiento de las exigencias de los derechos. Mediante el Derecho penal, el Estado protege los derechos fundamentales de las injerencias más intensas provenientes de los poderes públicos y de los particulares[43];

---

[41] PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Ob. Cit.* p. 302.

[42] "Incluso podría llegar a afirmarse que todo análisis sobre la interpretación jurídica debe comenzar con el examen de la interpretación de los derechos fundamentales, de los valores y de los principios". PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Ob. Cit.* p. 303.

[43] BERNAL PULIDO: *Ob. Cit.* p. 126.

pero también por esta vía, el legislador, no solo no puede vulnerar los derechos fundamentales por un exceso de severidad en sus medidas (por ejemplo la vulneración del derecho a la libertad a causa de una pena exagerada), sino también no puede dejar de tomar las previsiones correspondientes a fin de ofrecer una protección suficiente a los derechos y demás bienes constitucionales[44]. Ello quiere decir que el legislador penal también puede vulnerar los derechos fundamentales cuando sus previsiones penales, aun siendo severas, no alcancen a ofrecer una protección suficientemente efectiva[45].

Los derechos fundamentales presentan una dimensión *objetiva* y otra *subjetiva,* tal como señala nuestro Tribunal Constitucional[46]. Objetivamente, expresan las dimensiones formales de identificación de las normas básicas y orientan los procedimientos para la producción normativa; en esta dimensión los derechos fundamentales se vinculan al desarrollo de los contenidos de los valores superiores de la propia Constitución y se sitúa en el ámbito de la interpretación, producción y aplicación de las normas. Por el contrario, la dimensión subjetiva, configura los llamados derechos subjetivos de la persona, constituidos por el reconocimiento de una serie de pretensiones morales justificadas a través de las cuales se puede buscar la concreción de la autonomía e independencia moral de la persona, esto es, la real vigencia de los valores y principios del orden jurídico del Estado Constitucional de Derecho.

Con la incorporación de los derechos fundamentales en el sistema jurídico el Estado Constitucional de Derecho se han incluido múltiples criterios de moralidad o principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad o ilegitimidad, no ya externos o iusnaturalistas, sino internos o positivos. "Los dere-

---

[44] BERNAL PULIDO: *Ob. Cit.* p. 116.

[45] BERNAL PULIDO: *Ob. Cit.* p. 125.

[46] STC N° 03052-2009-PA/TC del 14 de agosto del 2010.

chos fundamentales hacen alusión a 'principios morales acerca de la decencia política y la justicia' (...). La configuración de los derechos no está sujeta al vaivén de las decisiones fraguadas de los procesos democráticos, sino que está contenida de manera explícita o implícita en la Constitución y en los valores de la comunidad en los cuales se funda su texto. (...). Por lo tanto, estima que los derechos no pueden ser considerados como el objeto sino como el límite de los procedimientos democráticos. Su función es atar las manos de la comunidad, abstraer del juego político ciertas reglas básicas para el funcionamiento y la estructura de la sociedad. Como consecuencia, ninguna decisión mayoritaria puede invadir la esfera de las libertades proclamadas por la constitución y cuando lo hace debe ser invalidada por los jueces"[47].

La moralidad o componente ético de los derechos fundamentales y demás valores es una necesidad de estos, que arranca y se fundamenta en la moralidad pública que tiene como objetivo central crear condiciones sociales a través del Derecho, para facilitar el pleno desarrollo de la personalidad a través del libre ejercicio, por cada uno, de su ética privada. Los valores de la libertad, igualdad, solidaridad y seguridad son la raíz del punto de partida de los derechos fundamentales, y al tiempo conceptos de ética pública[48]. Es esta moralidad la que se incorpora en el Ordenamiento jurídico con la positivación de los derechos fundamentales y los valores. Pero no se trata de una moralidad estática capaz de anquilosar el contenido de los derechos y valores, sino más bien de una *moralidad crítica*, que por diversos causes busca reforzar, ampliar o matizar el contenido de los valores y normas preexistentes modificando, muchas veces, la trayectoria o los objetivos de alguna norma, o estableciendo excepciones o señalando derechos de disenso o de objeción[49].

---

[47] DWORKIN, R.: *El imperio de la justicia*. Gedisa, Barcelona, 1992, p. 260. En cita de Bernal Pulido, *Ob. Cit.* p. 40.

[48] PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Ob. Cit.* p. 263.

[49] PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Ob. Cit.* p. 264.

Pero, de "...la moralidad legalizada de los derechos, así como las formas jurídico-normativas en que se inserta el subsistema, aparece que el conjunto de los derechos fundamentales están formados por una moralidad que podemos denominar *procedimental,* donde no se prescribe lo que se debe hacer, no se ordenan comportamiento a realizar, ni virtudes a alcanzar, sino que se facilita el camino para que la elección individual en la vida social pueda conducir a lo que cada uno considera la felicidad, la libertad, la independencia o la autonomía moral, es decir, el ideal o proyecto de vida, que pudiendo ser ofrecido a los demás como modelo de comportamiento, nos parece el más conforme con esa plenitud que se alcanza siguiendo el itinerario moral, facilitado en la vida social por una organización jurídica libre y dentro de ella por un subsistema de derechos fundamentales. Los contenidos morales serán posibles por esa vía, eligiéndolos cada uno, mientras que la moralidad de los derechos es procedimental porque proporciona causes para una elección sin interferencias, permite participar en la decisiones colectivas que afectan a nuestros planes de vida, y promueve condiciones y remueve obstáculos para que estemos en condiciones de hacer una elección libre. Así, cuando hablamos de contenidos materiales de la Constitución y nos referimos a los valores y a los derechos, lo indicamos solo en el sentido de que limitan la libertad de regulación del legislador parlamentario, pero no en el sentido de que esos valores exijan comportamientos materiales, conductas obligatorias o virtudes a realizar"[50].

Asimismo, cuando se hace referencia a principios morales, ello no implica que el juez u operador jurídico aplique su propia concepción moral sino la que surja de las convenciones o criterios compartidos por la comunidad jurídica. Pues, tal como señala el TC español, los derechos fundamentales "... responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos

[50] PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Ob. Cit.* pp. 270 y 271.

ratificados por España y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico"[51].

Igualmente, debe señalarse que no existe una afirmación en el sentido de que en el seno de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales, de manera que una colisión de este con otros derechos pueda resolverse, en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de "libertad preferida"; por el contrario, todos los derechos constitucionales tienen formalmente la misma jerarquía, de modo que en supuestos de colisión entre ellos, la solución del problema no puede consistir en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica..."[52].

Finalmente, es necesario señalar que pese a lo anotado, dado el contenido valorativo de los derechos fundamentales, aún no se han desarrollado *criterios lógicos y epistemológicos* uniformes, que determinen el contenido de dichos derechos, lo que debe estimular una reflexión sobre este tema así como de la praxis jurisprudencial al respecto, a fin de lograr identificar o desarrollar criterios objetivos que hagan posible una práctica jurídica orientada a respectar y auspiciar la vigencia de los derechos fundamentales[53].

1.2. SUPREMACÍA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN y SU APLICACIÓN DIRECTA

El nuevo escenario histórico surgido, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial, determinó que los derechos fundamentales, los valores y los principios supremos se plasmen normativamente en la Constitución, con dicha positivización cada uno de estos pasaron

---

[51] STC español 21/81 del 15 de junio de 1981.

[52] STC N° 1219-2003-HC/TC. Fj. 6.

[53] MAZZARESE, Tecla: *Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas.* Doxa, N° 26, 2003, p. 687.

a configurar verdaderos valores constitucionales directamente aplicables[54]; asimismo, si las normas configuradas a partir de estos eran de un nivel de abstracción elevada, y requerían de normas de desarrollo, la formulación, interpretación y aplicación de estas no podía desbordar el contenido de los derechos, valores o principios supremos.

Con ello se dotó de valor normativo a la Constitución, la que al contener estos derechos, valores y principios supremos de la sociedad y del Estado, a la vez se convertía en norma suprema del ordenamiento jurídico. Dicha supremacía tiene fundamento en que el origen de la Constitución está en la decisión del Poder Constituyente, en el mismo que están representadas todas las fuerzas políticas, sociales, culturales, económicas y morales[55] de la sociedad, las que en determinado momento histórico deciden regular su vida social e individual, e instituir sus mecanismos de organización y convivencia social.

Es así como la Constitución comienza a desplegar su fuerza normativa sobre el *orden jurídico*, por cuanto lo integra y lo preside; así como sobre el *Estado*, por cuanto para los órganos estatales el punto de partida y límite de su actuación están constituidos por las normas del ordenamiento jurídico; y, sobre la *sociedad*, en tanto asegura los espacios de libertad, e impone a su vez deberes a los ciudadanos[56].

---

[54] ESCUDERO ALDAY, Rafael: *La respuesta positivista al desafío del neo constitucionalismo: El positivismo jurídico incluyente*. En: Pozzolo Susana: Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos. Palestra, Lima, 2011. p. 90.

[55] DWORKIN al criticar el positivismo reclama una lectura moral de la Constitución, al señalar que "Dado que esta incorpora principios y valores de contenido moral, se requiere una reconstrucción de sus disposiciones que prime la óptica ideológica y moral que está detrás de dichos principios y valores". ESCUDERO ALDAY, Rafael: *La respuesta positivista al desafío del neo constitucionalismo: El positivismo jurídico incluyente*. En: Pozzolo Susana: Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos. Palestra, Lima, 2011. p. 92. Con cita de DWORKIN.

[56] GUASTINI, Ricardo: *Neoconstitucionalismo (s)*. En cita de VELEZMORO, Fernando: *"El precedente constitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neocostitucionalismo"*. En Comentarios a los

Pero claro, la Constitución no está integrada solo por derechos fundamentales, principios y valores, sino que también contiene otras materias referidas a la organización, limitación y justificación del poder; las normas de contenido organizativo configuran la estructura y funciones de los órganos en que se distribuye el Poder, las de contenido limitativo reconocen los derechos fundamentales como esferas de libertad impenetrables, y las de justificación constituyen objetivos del poder estatal, obligaciones y programas a cumplir. La Constitución, inclusive, contiene materias que no son de naturaleza propiamente constitucional, pero que han sido incorporadas por el constituyente a la Constitución y por ello también gozan de la supremacía constitucional, tal como lo ha reconocido el TC, al precisar que la "Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y "*lo constitucional*" derivará de su incorporación en la Constitución"[57]; con ello se reconoce no solo el contenido constitucional sino la condición de norma suprema positiva del ordenamiento jurídico, y su autoaplicación o aplicación directa.

La supremacía normativa de la Constitución, no solo surge del valor que la Constitución adquiere en el Estado Constitucional de Derecho[58], sino de la propia positivación constitucional de este principio. En nuestro ordenamiento constitucional queda claramente plasmado en los artículos 51° y 138° de la Constitución. El primero de ellos referido a la identificación, definición y características propias del

---

precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Dirigido por Susana Castañeda, Grijley, Lima, 2010, p. 128.

[57] EXP. N.° 0168-2005-PC/TC. 29/09/2005. Caso: Villanueva Valverde.

[58] "Algunos de los más avezados constitucionalistas, filósofos de del derecho y de la política, coinciden en afirmar que las ideas democráticas y los principios de supremacía de la constitución y de respeto de los derechos fundamentales por parte del parlamento y de todos los órganos del Estado son compatibles e incluso correlativamente necesarios". BERNAL PULIDO: *Ob. Cit.* p. 34.

ordenamiento jurídico nacional, el que involucra a todos los órganos, entidades y ciudadanos sujetos a la misma; y el segundo configurativo de un mandato o principio de la administración de justicia y por ende de la actuación de los órganos jurisdiccionales. Ello a la vez significa que, no solo los jueces tienen la obligación de interpretar y aplicar las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico conforme al mandato constitucional y obviar alguna norma contraria a este, sino que este mandato involucra y concierne a toda autoridad y organismo que tenga que interpretar y aplicar las normas integrantes del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, la supremacía normativa constitucional se expresa como la fuerza activa a través de la cual la Constitución posee la capacidad para derogar o dejar sin efecto de forma expresa o implícita las normas precedentes que son incompatibles con sus mandatos. A la vez que posee una fuerza pasiva capaz de resistir frente a normas que pretendan explícita o implícitamente derogar o modificar el texto constitucional, a las mismas que también las privará de todo efecto.

Pero no solo lo señalado, pues, la Constitución ya no puede ser entendida como conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, por el contrario, constituye una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el sistema jurídico; y más aún, posee una legitimidad superior a la de la ley, al provenir directamente del Poder Constituyente. En tal sentido, se erige en la norma suprema que subordina a la ley y a las demás normas integrantes del ordenamiento jurídico; a la vez que constituye el parámetro de validez de todas las normas, y vincula directamente a todos los creadores de las normas, así como a todos sus intérpretes y aplicadores de las mismas.

En tal sentido, la STC N° 3741-2004-PA/TC (11/11/2006), caso Salazar Yarlenque, Fj. 4, 7 y 8 (resolución aclaratoria), con acierto había establecido, como precedente vinculante de aplicación por todos los poderes públicos, el control de compatibilidad constitucional por parte de los tribunales administrativos de las normas de menor

jerarquía, cuando tengan que interpretar u aplicar dichas normas a casos concretos[59]. En efecto, había establecido:

> "6. *Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51° de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el art. IV del Tít. Prel. de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)»*
>
> 7. *De acuerdo con estos presupuestos, el TC estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no solo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el TC (art. VI del Tít. Prel. del CPConst). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución,*

[59] Tribunales Administrativos como el Tribunal Fiscal, el Tribunal del Servicio Civil, los Tribunales de INDECOPI, entre otros, fundamentan determinadas decisiones; asimismo, también en la STC *N.° 00142-2011- PA/TC*, se reconoce esta facultad de control de constitucionalidad de las normas a los Tribunales arbitrales.

de conformidad con el párrafo 2º del art. 138º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

8. *Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de* ***unidad de la Constitución y de concordancia práctica****, que ha establecido el TC en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del art. 38.º de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51º, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)».*

9. *Por tanto, el artículo 138º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el* ***principio de unidad de la Constitución****, considerando el art. 51º antes señalado, más aún si ella misma (Art. 38º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. (...).*

10. *En segundo lugar, está de por medio también la eficacia vertical de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es que en el marco del Estado*

constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –eficacia vertical– como de los particulares –eficacia horizontal–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no solo de un derecho subjetivo individual –dimensión subjetiva–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –dimensión objetiva–.

11. *Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en una etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso –dimensión objetiva–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –dimensión subjetiva–.*

12. *Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (...).*

15. *En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello solo es posible de ser realizado «(...) garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general».*

16. *De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38°, 51° y 201° de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático".*

A nuestro juicio aun cuando este criterio resulta correcto en cuanto al reconocimiento de la facultad de control constitucional de la norma a la administración pública, nos parece que es totalmente restrictivo, al reconocer tal facultad únicamente a los Tribunales Administrativos Colegiados de competencia nacional y de última instancia, pues, estando al principio de *supremacía de la Constitución* y de los derechos fundamentales, valores y principio plasmados en ella, resulta claro que todo organismo o autoridad que tenga que aplicar una norma, previamente tiene que interpretarla sistemáticamente dentro del marco constitucional, y en dicha interpretación necesariamente tiene que preferir la norma constitucional a las de inferior jerarquía en caso de incompatibilidad. Consecuentemente, no se puede reconocer la facultad de control constitucional solo a estos tribunales.

A pesar de la claridad de esta premisa y de la STC en cuestión, además de múltiples pronunciamientos del TC sobre la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, con perplejidad observamos que el propio TC (compuesto por magistrados altamente cuestionados)[60], mediante STC N.° 04293-2012-PA/TC de fecha 18 de marzo del 2014, a la que se le otorgan la calidad de *"precedente vinculante"*, se deja sin efecto esta potestad de la administración pública para dejar de aplicar las normas legales que resulten contrarias del texto constitucional; para ello los magistrados presentan argumentos eminentemente formales sin mayor sustento con el que contradicen todo el reconocimiento del principio de supremacía de la constitución. Felizmente, a través de un voto singular en esta misma sentencia, uno de los integrantes del TC, pone en evidencia el despropósito de esta decisión de la mayoría de los magistrados y abona para que en lo sucesivo se cambie esta desafortunada decisión; a la vez que rescata categóricamente la supremacía de la constitución[61].

---

[60] Estos magistrados llegaron a un nivel de desprestigio total y con ello arrastraron al propio Tribunal, habiendo llegado a convertir al Tribunal en una especie de "mercado persa", con resoluciones a "gusto del cliente"; obviamente, no se descarta que con este cambio de criterio sobre el control de constitucionalidad por parte de la autoridad administrativa, se haya buscado favorecer a particulares, como habitualmente se venía haciendo. Felizmente, este estado de cosas ha cambiado radicalmente, y para bien, con la elección de los nuevos magistrados del TC.

[61] Síntesis del **VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**
"Estimo que NO CABE DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la sentencia del Exp. N.° 03741- 2004-PA/PC. (...)
Las razones que me respaldan para no dejar sin efecto dicho precedente son las siguientes:
1. La posición en mayoría sostiene que en la sentencia del Exp. N.° 03741-2004 PAITC no se respetaron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante, pues: i) ni en la praxis judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución, "pues el contenido de los mismos es meridianamente claro respecto de a quién le corresponde ejercer la potestad de aplicar el control difuso"; tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad; iii) no existía ningún

Siendo así, y no obstante la existencia de este "pseudoprecedente" contenido en la STC N.° 04293-2012-PA/TC, consideramos que los argumentos esgrimidos en la sentencia anterior de ningún modo han sido contradichos, por lo que mantienen su vigencia; pues en la nueva resolución lo único que se ha discutido es si la sentencia que contenía los argumentos era o no vinculante, es decir, si correspondía o no dictar precedente vinculante en ese caso (al dictar la STC N° 3741-2004-PA/TC -11/11/2006-); pero estando a la corrección constitucional de dichos argumentos, estos resultan conforme a derecho, a la vez que son útiles y necesarios para orientar la actividad de los intérpretes y aplicadores de las normas; esto es, constituyen criterios válidos como criterios interpretativos en el ordenamiento jurídico del Estado Constitucional de Derecho.

---

vacío normativo ni en la Constitución, ni el Código Procesal Constitucional o la Ley Orgánica del Poder Judicial u otras disposiciones; y iv) no se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución, que socaven la primacía de ésta en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Asimismo, la posición en mayoría sostiene que el precedente vinculante del Exp. N.° 03741 -2004-PA/TC contiene tres objeciones importantes: i) de la Constitución y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, "queda claro que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer tan importante función"; ii) no existe un procedimiento de "consulta" para cuestionar el ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos; y iii) "permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional", pues el Poder Ejecutivo no puede cuestionar la ley sino "únicamente acatarla".

Argumentos principales que contiene el precedente vinculante sobre control difuso administrativo

3. Sobre el particular, cabe mencionar, en primer término, que algunos de los fundamentos principales para el dictado del precedente del Exp. N.° 03741-2004-AELC (fundamentos 15 y 16), fueron los siguientes: (...) el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de

razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello solo es posible de ser realizado «(...) garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general» (énfasis agregado).

De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38°, 51° y 201° de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.

ARGUMENTOS A FAVOR DE NO DEJAR SIN EFECTO EL PRECEDENTE VINCULANTE SOBRE CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO

Argumento 1:el TC ha sostenido que el artículo 138° de la Constitución no puede ser interpretado de modo literal en el sentido que solo puede ejercerlo el Poder Judicial

4. Tal como se aprecia en el fundamento 24 de la sentencia sobre control difuso arbitral, como en el fundamento 9 de la sentencia sobre control difuso administrativo, el Tribunal Constitucional ha destacado que el artículo 138° de la Constitución, que reconoce el control difuso a cargo de los jueces, no puede ser objeto de una interpretación literal.

Así, refiere también que: una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138.° de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51°, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)». [Exp. N.° 03741-200.4-AA/TC fundamento 8].

5. Al respecto, debo precisar que conforme a doctrina autorizada, la interpretación literal o declarativa, que atribuye a las disposiciones normativas su significado propio, "no puede aceptarse, porque se basa en la idea ingenua

y falaz de que las palabras están dotadas, precisamente, de un significado -propio', intrínseco, independiente de los usos" [Guastini, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. UNAM, 1999, pp.25-261]. Es por ello que la interpretación de las disposiciones constitucionales utiliza específicos criterios para identificar el respectivo contenido normativo, tales como los de unidad de la Constitución (la Norma Fundamental es un todo por lo que no se permiten interpretaciones aisladas de sus disposiciones), y de concordancia práctica (al realizar la actividad interpretativa debe buscarse el equilibrio o armonización entre las disposiciones que se puedan encontrar en controversia), entre otros.

6. Si el Tribunal Constitucional, en su cotidiana labor, se limitara a interpretar literalmente las normas jurídicas, no se habría podido establecer doctrina jurisprudencial vinculante tan valiosa para la defensa efectiva de los derechos fundamentales, corno por ejemplo, la contenida en la sentencia del –"recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional" (Exp. N.° 00004-2009-PA/TC), pues hasta antes de dicha sentencia, una interpretación literal de las respectivas normas procesales vigentes no hubiera permitido que el Tribunal Constitucional conozca las resoluciones expedidas en ejecución de una sentencia del propio Tribunal Constitucional. Sin embargo, a efectos de "garantizar y concretizar los fines de los procesos constitucionales, el principio de dignidad de la persona humana, el principio constitucional de la cosa juzgada, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales" (fundamento 14), el Tribunal creó jurisprudencialmente un nuevo recurso, nuevas reglas procesales e incluso sus excepciones.

7. En suma, no es incorrecta, ni arbitraria la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, en la que, a efectos de materializar la fuerza vinculante de la Norma Fundamental, ha establecido precedentes vinculantes para que los tribunales arbitrales o los tribunales administrativos nacionales puedan también ejercer el control difuso.

Argumento 2: el control difuso norteamericano, fue establecido jurisprudencialmente y no mediante una disposición constitucional expresa

8. Tanto en doctrina como en jurisprudencia comparada se afirma que, en general, la interpretación de los derechos fundamentales debe ser extensiva y que la interpretación de las competencias, atribuciones o poderes del Estado debe ser estricta, expresa o literal. Sin embargo, más allá del cuestionamiento a la denominada "interpretación literal" expuesto en el apartado anterior, existen determinados poderes otorgados al Estado, específicamente a los jueces, que no han sido establecidos de forma expresa en la Constitución, sino más bien, interpretativamente, por los propios jueces. Así por ejemplo, el paradigmático control difuso norteamericano.

9. Al respecto, se sostiene que "la revisión judicial ha tenido fundamental importancia en el esquema constitucional estadounidense. Es en ejercicio de

este poder, por ejemplo, que la Corte Suprema ha proscrito la segregación en las escuelas, las leyes sobre el aborto, y la oración en horas de clase. Sin embargo, sorprendentemente, el lector no encontrará referencia explícita alguna a la revisión judicial en la Constitución. Fueron los jueces, guiados por el espíritu de aquella, quienes hallaron la revisión judicial en sus disposiciones menos claras. Ese descubrimiento fue explicado en la famosa sentencia de Marbury vs. Madison de 1803 (...) ¿De dónde obtuvieron los jueces esa autoridad? Marshall sostuvo en primer término que era inherente a la naturaleza de una Constitución escrita. (...) las limitaciones constitucionales explícitas sobre la autoridad del Congreso no tendrían valor alguno si los jueces se vieran obligados a obedecer leyes inconstitucionales: 'Significaría dar a la legislatura una omnipotencia práctica y real, con el mismo ánimo que aparenta restringir sus poderes dentro de los límites estrechos. Significa establecer límites y declarar que esos límites pueden ser transgredidos sin restricciones'". [Currie, David. Introducción a la Constitución de Estados Unidos. Argentina, Zavalia, 1993, pp. 27 y 29].

10. Ciertamente la Constitución peruana, a diferencia de la norteamericana, establece, expresamente, el poder de los jueces de aplicar el control difuso. ¿Ello impide que el Tribunal Constitucional, mediante precedentes vinculantes y a efectos de defender la Constitución frente a leyes inconstitucionales, reconozca el control difuso administrativo a cargo de Tribunales cuasi-jurisdiccionales como son los Tribunales Administrativos Nacionales? Estimo que no, que conforme a los ya mencionados criterios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, y principalmente a la fuerza vinculante de las disposiciones que reconocen derechos fundamentales, resulta constitucionalmente posible conferir tal poder a dichos Tribunales Administrativos Nacionales.

Argumento 3: una razón institucional. El TC no puede dejar sin efecto un precedente vinculante sin analizar, previamente, cuál ha sido la utilidad o efecto que ha generado en el sistema jurídico, o si existen fórmulas para mejorarlo

11. El precedente vinculante del Exp. N.° 03741-2004-AA/TC fue publicado el 11 de octubre de 2006. Desde dicha fecha hasta la actualidad han transcurrido más de 7 años en los que la doctrina nacional se ha encontrado dividida en posiciones a favor y en contra de dicho precedente. A modo de ejemplo de una posición a favor, cabe mencionar la siguiente: "No existe pues razón para pensar por qué la pirámide de Kelsen, que establece la primacía de la Constitución sobre otras normas de inferior jerarquía, debe invertirse cuando quien debe decir Derecho es un tribunal administrativo (...). Ello, además desvirtuaría por completo el control que la Administración debe hacer sobre sus propios actos precisamente para preservar la legalidad de los mismos", y además que "el sentido del control difuso fue justamente preservar los derechos fundamentales de los excesos del principio democrático,

más allá de a quien se le encargaba esa labor. El que haya sido realizado originalmente por el Poder Judicial es, antes que una razón de lógica, un dato histórico, pertinente para una circunstancia dada y para un tipo de Estado muy simple" [BULLARD, Alfredo. "Verdades y Falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional'. En: La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos, Palestra del Tribunal Constitucional, Lima, 2007, pp. 43 y 511].

12. Asimismo, ya en el ámbito aplicativo administrativo, conviene mencionar, a modo de referencia, que Tribunales Administrativos como el Tribunal Fiscal, el Tribunal del Servicio Civil, los Tribunales de Indecopi, entre otros, fundamentan determinadas decisiones —aunque no necesariamente estimatorias y algunas veces con mejor argumentación que los órganos judiciales- utilizando como premisa normativa el precedente vinculante del control difuso administrativo del Exp. N.° 03741-2004. En estas decisiones, además, se aprecia un reiterado y cada vez mayor pedido de ciudadanos para que se aplique el control difuso alegando afectaciones a sus derechos fundamentales. Sin embargo, nada de esto ha sido analizado en la decisión en mayoría que considera que debe dejarse sin efecto al aludido precedente vinculante.

13. En suma, las mencionadas referencias a la doctrina y jurisprudencia administrativa que se ha generado como consecuencia del precedente vinculante del control difuso administrativo, nos dan cuenta, aunque en un corto examen, que en los Tribunales Administrativos Nacionales y en los ciudadanos se va interiorizando progresivamente una mayor optimización de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales ante una actuación estatal inconstitucional. Por ello, desde un punto de vista institucional, estimo que el Tribunal Constitucional no podría alegar que después de 7 años de dictado el precedente vinculante que establece el control difuso administrativo, "no se respetaron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante". Después de 7 años corresponde analizar cómo se ha venido aplicando dicho precedente, si viene cumpliendo los objetivos para los que fue establecido o si requiere alguna reforma para optimizado.

Argumento 4: los fundamentos utilizados para establecer el «control difuso administrativo» son los mismos que se utilizaron para establecer el «control difuso arbitral». Es más, éste se basó en aquél

14. Tanto en el precedente sobre control difuso administrativo como en aquel otro que dictó el propio Pleno del Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 00142-2011- PA/TC, sobre control difuso arbitral (Caso María Julia), los fundamentos que les sirvieron de base son los mismos:

Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria

de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 137° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; 'por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.° más aún si ella misma (artículo 38.°) impone a todos y no solo al Poder Judicial, el deber de respetarla, cumplirla y defenderla" (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).

15. En suma, si el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes razones para establecer extensivamente el control difuso arbitral, entonces no existe justificación para que se deje sin efecto el control difuso administrativo, que precisamente, contiene las mismas razones e incluso fue el fundamento de aquél.

Argumento 5: no todos son desacuerdos. El problema de la inexistencia de un procedimiento de consulta que revise el control difuso administrativo

16. Tanto en la decisión en mayoría, como en el respectivo fundamento de voto, mis colegas ha identificado satisfactoriamente un problema en el diseño del control difuso administrativo, el mismo que alude a la inexistencia de un procedimiento de "consulta" para cuestionar el ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos. Tienen toda la razón. Si incluso los jueces del Poder Judicial, cuando aplican el control difuso, deben elevar en consulta el caso a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, por qué no sucede lo mismo en el control difuso administrativo, cuando por ejemplo las partes no han impugnado judicialmente la respectiva decisión administrativa. Es indispensable que la decisión administrativa de aplicar dicho precedente debe ser controlada judicialmente.

17. En lo que difiero respetuosamente de mis colegas, es en la solución a dicho problema. Estimo que la mejor solución no sería eliminar el precedente vinculante sobre control difuso administrativo, sino por el contrario, mejorarlo, adicionando por ejemplo una nueva regla que incorpore el procedimiento de consulta u otro similar ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cada vez que un Tribunal Administrativo Nacional aplique el control difuso sobre una ley, siempre y cuando dicha decisión no sea impugnada judicialmente por las partes.

Por los argumentos expuestos. estimo que NO CABE DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la sentencia del Exp. N.° 03741-2004-PA/TC, y en cuanto a los otros extremos de la demanda, coincido con lo expuesto en la posición mayoritaria que declara INFUNDADA la demanda en cuanto a la afectación del derecho de defensa, FUNDADA en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y establece que el Tribunal de Contrataciones del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la aludida afectación.

1.3. PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

En el Estado Constitucional de Derecho, son los derechos fundamentales, los principios y valores supremos los que delínean el contenido del ordenamiento jurídico y definen el accionar de los distintos poderes y organismos del Estado, especialmente del órgano legislativo, cuya actividad legiferante, de no ser conforme a dichos derechos, valores y principios, será excluida del ordenamiento jurídico por parte de los propios órganos jurisdiccionales (ordinario y constitucional –control difuso y control concentrado-), los mismos que tienen especial protagonismo en el Estado Constitucional, puesto que son los verdaderos encargados de determinar el contenido de las normas integrantes del ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar las normas jurídicas (reglas y principios).

No obstante, estando a la naturaleza general y muchas veces indefinida de las normas que contienen principios, los órganos jurisdiccionales pueden incurrir en excesos contrarios a la propia naturaleza del Estado Constitucional de Derecho, esto es, pueden incurrir en actos arbitrarios que desbordan todo límite del ordenamiento y sus propios ámbitos de discrecionalidad. Ante ello, en forma explícita (como en España) o implícitamente, los ordenamientos jurídicos consagran el principio de *interdicción de la arbitrariedad,* con el cual se busca desterrar del sistema toda actuación que no se ajuste a los criterios de justicia, equidad, solidaridad, igualdad y demás valores constitucionalmente valiosos.

Los *actos arbitrarios* tal como señala el propio TC apareja tres acepciones igualmente proscritas por el Derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. Asimismo, agrega el TC: i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, ii) en un sentido

moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad[62].

Cualesquiera de este tipo de actuaciones arbitrarias no son permisibles en el Estado Constitucional de Derecho, particularmente en el nuestro en el que el artículo 1° de la Constitución establece que: *"La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*. De donde se colige que la norma fundamental concibe a la persona y su dignidad como entidad indisoluble y preexistente al ordenamiento jurídico; pues el ser humano (hombre libre) y sus derechos no dependen del sistema jurídico, por el contrario, este se crea y justifica solo en la medida que haga posible la vida y desarrollo de la persona en condiciones de dignidad, a la vez que propenda a la real vigencia de sus derechos fundamentales. El respeto a la dignidad de la persona irradia a cada uno de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2° de nuestra carta magna; más aún, conforme al preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidad, se reconoce que todos los derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Debiendo concebirse a la dignidad como cualidad esencial de la persona referida a su naturaleza racional, consciente, espiritual y libre que le da señorío, autonomía y singularidad en la vida y en la sociedad. Dentro de la vida social y política se expresa fundamentalmente a través del *ejercicio de la libertad* dentro de los valores y fines comunes, preservando un espacio de interioridad y singularidad propia de cada hombre con una vida y un fin por realizar existencialmente.

---

[62] STC N° 0090-2004-AA/TC. Caso Juan Carlos Callegari Herazo.

En el Estado Constitucional de Derecho, la sociedad y su organización deben crear las condiciones o ámbito para el desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad. Ello lleva imprescindiblemente a proscribir todo acto arbitrario que afecte la dignidad y libertad de las personas así como los demás valores y principios constitucionalmente valiosos. Bajo estas premisas, resulta obvia la existencia explícita o implícita del principio de *interdicción de la arbitrariedad* en nuestro ordenamiento. Pues, dicho principio resulta inherente a los postulados esenciales de un Estado Constitucional Democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora.

El principio de interdicción de la arbitrariedad, en su acepción clásica se sustenta en el reconocimiento de la justicia material y el derecho, mientras que la arbitrariedad, desde una percepción moderna se manifiesta a través de la violación del contenido esencial del derecho a la motivación de las decisiones. Por ello, el principio de interdicción de la arbitrariedad obliga a desterrar cualquier actuación fundada en la voluntad sea del gobernante o de cualquier entidad o funcionario envestido de poder o autoridad, y propende a que toda decisión de cualquier poder público debe fundarse en razones objetivas. La interdicción de la arbitrariedad es un criterio central del ordenamiento, que nos remite al plano de valor de la justicia material; es decir, se trata de un auténtico control de fondo, que se contrapone sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas.

Particularmente, en las decisiones jurisdiccionales, que tienen especial relevancia en el Estado Constitucional de Derecho, especialmente en la justicia constitucional (vinculada directamente a la protección de los derechos fundamentales), el principio de interdicción de la arbitrariedad es un argumento esencial de la justificación de las decisiones judiciales; pues, la fundamentación objetiva ofrecida por el juez en la decisión judicial, será la única razón que justifique la decisión, desterrándose aquellas decisiones que se basen en la voluntad o en el capricho del juzgador, precisamente porque las mismas resultan

arbitrarias[63]. Por ello, el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución ha regulado el derecho constitucional a la motivación de las decisiones judiciales.

Pero claro, las razones expresadas como sustento de la motivación jurisdiccional, tienen que obedecer a criterios *racionales y razonables.* Estos criterios deben fundamentar imperativa e inexcusablemente las razones esgrimidas en toda decisión en la cual el poder se exprese. El único poder que la constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. Pues, tal como anota Atienza, "... el ideal del Estado Constitucional (...) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza"[64].

Aun cuando no siempre es sencillo definir la frontera entre los criterios de lo racional y de lo razonable, operativamente podemos asumir que ***racional*** es la capacidad que permite pensar, evaluar y actuar de acuerdo a ciertos principios que permitan optimizar nuestra actividad o nuestras finalidades. Toda actividad racional pasa por la observancia de los principios lógicos y los conocimientos que se tenga o sean asequibles sobre la ciencia, los valores o los fines supremos que se persiguen[65]. En el caso de las apreciaciones, actividades

---

[63] Por ello se dice que el principio de interdicción de la arbitrariedad proscribe todo tipo de mando o de poder entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta, sea este quien sea y por grande que sea también su legitimidad de origen.

[64] ATIENZA, Manuel: *El Derecho como argumentación.* Isegoría, N° 21, 1999, p. 38.

[65] En el significado de guía de la conducta humana en el mundo, la razón tiene dos significados subordinados, esto es: A) como facultad general de guía; B) como procedimiento específico de conocimiento. A) Este es el sentido fundamental, que da a la palabra un poder significativo que hace siglos que la ha hecho emblema de la investigación libre. La razón es la fuerza

o decisiones jurisprudenciales o doctrinales, la racionalidad implica ceñirse a la lógica jurídica, la coherencia y el rigor que exige el conocimiento jurídico. Pero la observancia de estos criterios lógicos o epistemológicos no garantiza la racionalidad de tales actividades jurídicas, puesto que finalmente se requiere optimizarlas conforme a los fines del derecho, a la vigencia de los derechos fundamentales, valores y principios supremos, así como a su conformidad con la ciencia y técnica jurídicas; en tal sentido, una decisión contraria a la razón es esencialmente antijurídica.

En cambió lo ***razonable*** implica una connotación limitativa, que excluye en primer lugar la infalibilidad de la razón y, en segundo lugar, incluye la consideración de los límites y de las circunstancias por las cuales la razón misma debe obrar. Por lo tanto "ser razonable" significa, en el lenguaje común, darse cuenta de las circunstancias y de las limitaciones que implican abordar el caso específico[66]. Esto es, "ser razonable", significa darse cuenta de lo necesario que es para la coexistencia llegar a "composiciones" en las que haya espacio, no solo para una, sino para muchas razones[67].

En el lenguaje del derecho (particularmente en el de nuestro Tribunal Constitucional) la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. Guarda estrecha relación con el carácter práctico del Derecho. Alude a la necesidad de un espíritu de adaptación de

---

que libera de prejuicios, del mito, de las opiniones arraigadas pero falsas, de las apariencias y que permite establecer un criterio *universal o común* para la conducta del hombre en todos los campos. Por otro lado, como guía propiamente humana, la razón es la fuerza que permite al hombre liberarse de los apetitos que comparte con los animales, sometiéndolos a control y manteniéndolos en la justa medida". ABRAGNANO, Nicola: *Diccionario de filosofía*. Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 886

[66] ABRAGNANO: *Ob. Cit.* p. 890.

[67] ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *"El Derecho Dúctil. Ley, Derecho, Justicia"*. Trad. De Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2005. p. 147.

alguien respecto a algo con el fin de evitar conflictos, mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. Implica resolver el caso conforme al pluralismo reinante en las actuales democracias. En la aplicación judicial, el carácter razonable del Derecho se evidencia en la categorización de los casos a la luz de los principios y en la búsqueda de la regla aplicable al caso. Es razonable la categorización de los hechos que toma en cuenta todos los principios implicados. Es razonable la regla, individualizada en el marco de las condiciones limitadoras del Derecho como ordenamiento, que responde a las exigencias del caso. Con la razonabilidad se concreta las exigencias de justicia y equidad[68].

Y claro, con *la interdicción de la arbitrariedad,* se proscribe de modo categórico, precisamente, todo indicio o inclinación a la arbitrariedad. Aun cuando se trate de decisiones "discrecionales", no pueden ser "arbitrarias", por cuanto también estas están sometidas a las denominadas reglas de la "crítica racional".

1.4. LÍMITES A LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución se convierte en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. Por lo que una vez que entra en vigencia, toda actuación de los poderes públicos así como toda la producción normativa debe adecuarse al contenido de la misma; especialmente, al contenido de los derechos fundamentales, los principios y los valores supremos; inclusive, en la actuación de los particulares, se le deben guardar fidelidad. Ya no se trata solo de una adhesión o conformidad moral o en el plano ético, sino de una exigencia y obligatoriedad jurídicas. La falta

[68] La razonabilidad suele emplearse para contrariar decisiones o actuaciones tenidas por racionales. Es decir, que es un factor que aparece subsidiariamente, si una decisión es racional y aun así queremos cargárnosla o si no lo es y a pesar de eso queremos preservarla.

de conformidad con la Constitución acarrea la exclusión de la norma del sistema jurídico así como la invalidez de todo acto, cualquiera sea su origen o naturaleza.

En al caso del órgano legislativo (creador natural de las normas) así como de cualquier órgano con esta facultad, sus potestades legiferantes vienen limitadas por el contenido constitucional. Los límites pueden ser formales o materiales. Los primeros referidos a los límites contenidos en las normas que regulan el procedimiento de formación de la ley, de manera que el órgano legislativo debe legislar solo de conformidad con el procedimiento establecido por la Constitución. Y los segundos (materiales) referidos a los límites vinculados al propio contenido de los derechos fundamentales, los valores y los principios constitucionalmente valiosos, contenido que no puede ser desbordado por el legislador u otro órgano legiferante al determinar el contenido y expedir la norma correspondiente, como se dijo, bajo sanción de exclusión del sistema o de su invalidez[69]. Más aún, el legislador no solamente está impedido de afectar desproporcionada e innecesariamente los derechos fundamentales y valores, sino que debe actuar de tal modo que su accionar propenda a la generación de las condiciones para la real vigencia de los derechos y valores supremos. Esto es, no solo tiene límites negativos (no realizar injerencias innecesarias) sino además, tiene una obligación positiva referida a las exigencias normativas derivadas de los derechos. Así, los derechos fundamentales y demás valores y principios, a la vez que suponen la identidad del Poder Político Democrático, constituyen su propia limitación.

Estos límites han sido reconocidos por el Tribunal Constitucional en el Caso Lara Garay[70], en el mismo que inclusive ha señalado que los límite al accionar del Estado y de los propios particulares, tienen

---

[69] Se trata de un auténtico control de fondo, que se contrapone sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas.

[70] EXP. N° 03052-2009-PA/TC. 14/08/2010.

además una connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de la dignidad humana; agregando que los derechos fundamentales preexisten al orden estatal y se proyectan en él como fin supremo[71]. En igual sentido, la doctrina refiere que en el Estado Constitucional se ha dotado de valor normativo a la constitución y, además de someter a una norma suprema que regula las relaciones entre los poderes superiores, se han garantizado en ella un catálogo de derechos fundamentales sobre los que ningún poder superior del Estado puede decidir por más democrático que sea[72]. Asimismo, se aduce que los valores y principios morales presentes en los textos constitucionales irradian su contenido a lo largo de todo el sistema jurídico[73].

Todo ello, a la vez, nos lleva a considerar la interdicción de la arbitrariedad como otro límite sustentado en la dignidad humana (valor supremo en el Estado Constitucional), así como los criterios de racionalidad y razonabilidad como elementos limitantes de la actuación del legislador; de tal modo que si el legislador no tiene en cuenta estos criterios en sus decisiones, en algún momento las mismas serán sometidas a control de racionalidad y razonabilidad por parte de los órganos jurisdiccionales, especialmente por los encargados de la justicia constitucional; con lo cual entramos en el ámbito del control de la constitucionalidad de las leyes a cargo del Tribunal Constitucional. Sin que ello implique que, si el poder legislativo opta

---

[71] Tribunal Constitucional español ha señalado en la STC núm. 304/2006 que: "... en un régimen constitucional, también el Poder Legislativo está sujeto a la Constitución, y es misión de este Tribunal velar por que se mantenga esa sujeción, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente. Ese control de la constitucionalidad de las Leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8)"

[72] SERRANO, José Luis: *Validez y Vigencia*. Trotta, Madrid, 1999, p. 14.

[73] ESCUDERO ALDAY: *Ob. Cit.* p. 97.

por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento, sea suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia, lo cual generaría desigualdad o distorsión de los efectos legales, tal como se señala en diversas sentencias del Tribunal Constitucional español[74].

Finalmente, otro de los principios que opera como límite de la actuación de los operadores jurídicos y especialmente del órgano legislativo, es el *principio de proporcionalidad*, sobre todo, cuando se trata de decisiones de carácter penal o político criminal que signifiquen afectaciones de los derechos fundamentales; en cuyo caso, solo se permitirán actuaciones normativas que no signifiquen injerencias innecesarias y que resulten idóneas para logra un fin constitucionalmente valioso; una actuación distinta no pasará el tamiz de constitucionalidad y será excluida del sistema jurídico o declarada inválida[75].

En tal sentido, respecto al Derecho penal suscribimos plenamente el criterio de HASSEMER, cuando sostiene que se puede afirmar que el principio central en un Derecho de intervención como es el Derecho penal, es el de proporcionalidad de las intervenciones, que deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso[76].

---

[74] SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 4.a; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 5; 239/1992, de 17 de diciembre, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 12; y 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4.

[75] Al respecto ver amplio desarrollo realizado por el TC en el Exp. 00012-2006-AI/TC. 15/12/2006. Caso: CAL contra C. JUST. MILITAR.

[76] HASSEMER, Winfried: *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, N° 1, 1997, p. 39.

1.5. INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL ESTADO CONSTITUCINAL DE DERECHO

Tal como ya lo adelantamos en páginas anteriores, actualmente la soberanía normativa de los Estados ha cedido un tanto a favor de las decisiones internacionales, sobre todo, respecto a las contenidas en los convenios internacionales sobre Derechos Humanos, cuyos suscriptores son la mayoría de los países del orbe, los mismos que en gran medida han asimilado dichos convenios a su derecho interno y como tales los han dotado de vigencia directa. En nuestro medio el artículo 55° de la Constitución Política del Estado, con toda claridad ha establecido que: *"Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional"*; criterios que a la vez son ratificados en diversos convenios sobre derechos humanos. Ello obviamente tiene una enorme repercusión en la forma como se estructura, concibe y funciona el sistema jurídico de los distintos países. Aun cuando, siendo realistas, debemos reconocer que todavía no nos hemos familiarizado debidamente con estas normas internacionales o regionales, y en la gran mayoría de casos no se vienen aplicando pese a tratarse de normas vigentes y obligatorias. Y claro, ello significa, incluso, que en muchos casos los operadores jurisdiccionales estarían incurriendo en irregularidades o delito de prevaricato, al resolver contra el texto claro y expreso de la ley (el convenio).

La influencia de las normas internacionales es tan evidente que ha llevado a FERRAJOLI a sostener: "En la era de la globalización, en efecto, el destino de cualquier país, con la única excepción de los Estados Unidos, depende cada vez menos de las decisiones internas adoptados por sus gobernantes, sobre todo si se trata de países pobres, y cada vez más de decisiones externas, adoptadas en sedes o por poderes políticos o económicos de carácter supra o extra estatal"[77].

---

[77] FERRAJOLI, Luiggi: *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid, Trotta, 2004, p. 72

Asimismo, la influencia del Derecho internacional o supranacional no se limita al contenido normativo de los convenios internacionales, sino que yendo más allá de ello, se han estatuido Tribunales o Cortes Internacionales y otros organismos con competencia para administrar justicia internacional subsidiaria (Corte Penal Internacional), o para conocer en última instancia los procesos constitucionales, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en el caso del Perú, de conformidad con el referido artículo 55° de la Constitución, concordante con la Cuarta Disposición Final[78] y el artículo 205° de nuestra Constitución, a lo que hay que agregar el contenido de diversos convenios sobre derechos humanos[79].

1.6. JURISDICCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como se ha señalado, en el Estado Constitucional de Derecho la ley ha perdido preeminencia, experimentando una especie de crisis; puesto que en muchos casos deja de cumplirse y el Estado así como el ordenamiento jurídico no reivindican su vigencia[80]. Asimismo, se

---

[78] Los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce se interpretan conforma a la Declaración Universal de los DH y los convenios internacionales.

[79] Una primera razón es la cada vez mayor atención del legislador (supra) nacional a la definición y articulación de procedimientos judiciales caracterizados por la tutela y la garantía de los derechos fundamentales de las partes de una controversia, pero también de quien debe decidir la controversia, y, no en último lugar, de la colectividad misma en su totalidad. MAZZARESE, Tecla: *Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas.* Doxa, N° 26, 2003, p. 687.

[80] Así por ejemplo, la Ley N° 29212 (Ley de Pérdida de dominio) y su antecesor el D. Leg. N° 992, no ha tenido aplicación alguna (en ningún caso) pese a que se ha presentado gran cantidad de supuestos en los que debía haberse aplicado, simplemente porque los Jueces y Fiscales consideraban que no resulta claro su contenido; hasta que ha sido derogada luego de más de 5 años de vigencia frustrada. Esperemos que con la nueva ley (D. Leg. N° 1104), en la que se ha corregido la mayoría de los defectos que presentaban las normas anteriores, la normatividad relativa a la pérdida de dominio tenga una real vigencia.

aduce que la ley ha perdido sus tradicionales rasgos de generalidad y abstracción, dictándose leyes para solucionar problemas específicos, con lo que no se diferenciaría mucho de las decisiones jurisdiccionales que resuelven un caso concreto. Inclusive se habla de una "... fragmentación de textos legislativos, con la sobreabundancia y mala técnica en la redacción de las leyes, con leyes que no son fruto de una sociedad homogénea y por tanto traspasan a los tribunales incertidumbres no resueltas en sede parlamentaria, con leyes que por incongruencia con la constitución demandan su adecuación a esta"[81]. Obviamente este problema no se soluciona con el simple recurso a considerar a la Constitución como fuente de aplicación directa por parte del Juez, puesto que el "... texto constitucional, en cuanto resultado de un pacto, aparece plagado de tensiones y claroscuros en los que el intérprete se ve constreñido a penetrar de una forma que, lejos de ser contemplativa, entraña una voluntad de balance, de sutil sopesamiento de los valores en juego que la misma Constitución pluralistamente expresa"[82].

Igualmente, se sostiene que el órgano Legislativo también ha perdido preeminencia, toda vez que sus decisiones pueden ser dejadas de aplicar, o ser revisadas e interpretadas con criterios distintos a los que tuvo en mente el legislador al estructurar y promulgar la ley; labor que la realiza el operador jurisdiccional con cierto grado de discrecionalidad, buscando optimizar los derechos fundamentales, los valores y los principios constitucionalmente consagrados. De igual modo, el sentido de valor de los derechos fundamentales y principios como la Democracia, la paz, la seguridad, la solidaridad, el desarrollo, etc., ya no se sustentan en el contenido de le ley (en el criterio de subsunción), sino en criterios más abstractos y generales contenidos en la Constitución y demás normas de carácter universal (internacional). Por ello es que ESSER sostiene (luego de confesar que observaba claramente

[81] IGARTUA SALAVARRÍA, Juan: *La fuerza vinculante del precedente judicial.* En Jus Constitucional N° 1, Grijley, Lima, 2008, p. 113.

[82] IGARTUA SALAVARRÍA: *Ob. Cit.* p. 113.

la crisis de nuestra teoría de las fuentes del derecho), que el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principio[83].

Con esta crisis de la ley y el reconocimiento de potestades de amplia discrecionalidad a los operadores jurisdiccionales para aplicar las normas (reglas y principios)[84], se reconoce en definitiva, potestades amplias de los jueces para delinear la configuración de la vigencia de las leyes y del propio ordenamiento jurídico; con lo que asistimos a una especie de *jurisdiccionalización del ordenamiento jurídico*[85].Esto es, al protagonismo de los jueces (ordinarios y constitucionales), quienes en definitiva son los que determinan el contenido de las reglas jurídicas

---

[83] ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado.* Bosch, Barcelona, 1961, pp. 11 y 31.

[84] La discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor. La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el juez u órgano envestido de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenamente. La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con algún concepto jurídico indeterminado en su contenido y extensión. En la discrecionalidad menor el margen de arbitrio se encuentra limitado a la elección entre alguna de las opciones predeterminadas por la ley. Por la discrecionalidad el Juez puede configurar el precepto con el cual soluciona el caso concreto.
No obstante, de todos modos la discrecionalidad queda sujeta a parámetros, así: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad.

[85] Por ello se sostiene que "... las garantías que más se aproximan a un verdadero sistema son las jurisdiccionales". GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional.* Colex, Madrid, 2007, p. 29.

aplicables al caso concreto, con las cuales se resuelven los conflictos sociales. Más aún, son los que ponderan y determinan la proporcionalidad en la que pueden afectarse los derechos y optimizarse los valores y principios, con lo que se convierten en los agentes principales de la vigencia y aplicación de las normas, más allá de la propia actuación del legislador. En efecto, los jueces pueden *dejar de aplicar las leyes* (si consideran que no son compatibles con la Constitución) aplicando el llamado control difuso; inclusive el propio control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional abona en contra de la vigencia y antigua preeminencia de la ley, puesto que un Tribunal es el que determina si puede o no pertenecer al ordenamiento jurídico de un país, una norma cuestionada[86]. Igualmente, el Juez puede *limitar el contenido de la ley*, determinando jurisprudencialmente de qué manera debe interpretarse y aplicarse. Asimismo, puede *racionalizar su aplicación* a través de una interpretación de la ley[87]. Es por ello que se sostiene que "... uno de los fenómenos más característicos de la evolución del Estado democrático constitucional es el ascenso del poder judicial a la categoría de auténtico detentador del poder del Estado[88]".

---

[86] La jurisdiccionalización del Derecho ya era avizorada desde la propia estructuración de los Tribunales Constitucionales titulares del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, hecho que era cuestionado por Schmitt, tal como refiere Bernal Pulido: "Ya desde la discusión por le legitimidad de la Jurisdicción del Tribunal Constitucional entre Kelsen y Schmitt, el autor alemán presagiaba que "la jurisdicción constitucional llevaría inexorablemente al gobierno de los jueces". BERNAL PULIDO, Carlos: *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 30.

[87] Por ello se dice que la actuación jurisdiccional implica a la vez, un cambio en las condiciones de validez de las leyes; esta ya no dependerá únicamente de las formas de su producción, sino sobre todo, de la coherencia de sus contenidos con los derechos fundamentales y con los valores y principios constitucionalmente valiosos; coherencia que será determinada por los órganos jurisdiccionales (jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional).

[88] LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*". Ariel, Barcelona, 1971. Asimismo, "Kalinowski, desde iguales fuente filosóficas, reitera que el saber práctico no se trata de saber qué es el bien en general, 'sino, sobre todo, saber

No obstante, si bien los jueces tienen una amplia discrecionalidad, ello no significa que pueden desconocer enteramente el contenido de las leyes en aras de optimizar los derechos fundamentales, los principios y los valores constitucionales, puesto que el contenido de estos debe ser extraído de la propia Constitución y ser tamizado con las interpretaciones del órgano supremo de interpretación constitucional (Tribunal Constitucional). En efecto, no se debe perder de vista que "... la configuración básica e inamovible del propio Estado de Derecho es el imperio de la ley y el sometimiento del Estado y sus poderes en todas sus actuaciones a la más estricta legalidad"[89].

La jurisdiccionalización del ordenamiento jurídico ha quedado evidenciada en nuestro medio, no solo en la jurisprudencia ordinaria, sino sobre todo, en la producción abundante de la llamada jurisprudencia vinculante y doctrina legal del Poder Judicial (Corte Suprema) y obviamente en los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, los mismos que han alcanzado un valor normativo o preceptivo general (más allá del caso concreto) y son aplicados masivamente por los destinatarios e intérpretes del ordenamiento jurídico; a tal punto que, por ejemplo, en el ámbito penal, son

---

si el acto a realizar, aquí y ahora, es un bien o un mal', y la terminología clásica llama 'prudencia' a esta capacidad de discernir en cada situación el bien y el mal concretos. El conocimiento jurídico no está abocado como el teorético o especulativo a contemplar esencias, sino que es práctico en tanto tiene por objeto dirigir el comportamiento humano y, así también la 'interpretación jurídica es la interpretación práctica por excelencia... su fin no es la toma del sentido auténtico en vistas a su contemplación intelectual, sino la determinación de la regla de comportamiento', aquel que interpreta un texto legislativo (en el amplio sentido) quiere llegar a saber en último lugar no solamente lo que el autor de ese texto ha dicho o ha querido decir (si es que esto puede saberse), sino cómo comportarse uno o cómo debe comportarse aquel que enseña (en el caso del profesor de derecho), o aconsejar (en el caso del abogado)". KALINOWSKI, G.; En: Vigo. p. 489. Material de la Academia de la Magistratura, Curso de Ascenso 4° nivel, 2012. p. 76.

[89] FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: *Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho.* En revista Sistema N° 38, Madrid, 1997, p. 17.

pocas las sentencias o dictámenes fiscales que no se sustentan en la Jurisprudencia vinculante y Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema o en los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional. Esta influencia de las decisiones jurisdiccionales en nuestro ordenamiento, especialmente en el ámbito penal, ha sido constatada por la doctrina Nacional[90], con lo que se abona a la tesis de la jurisdiccionalización del Derecho. Pues, actualmente los jueces son los actores que dinamizan el ordenamiento a través de la concretización de los valores y principios constitucionales.

Debe precisarse que esta situación no es singular o extraordinaria en la evolución de la administración de justicia y en la propia configuración del ordenamiento jurídico, pues hay que tener presente que estos se fueron formando casuísticamente por acumulación de las soluciones iuspericiales y judiciales a problemas concretos, siendo este el sentido básico, inicial, de la *iurisdictio* en Roma; si bien la potestad jurisdiccional se debilitó posteriormente, luego de la revolución francesa, por la reminiscencia a los abusos de los jueces que representaban la absoluta autoridad del Rey, dicha potestad jurisdiccional fue rescatada por la Corte Suprema de Estados Unidos, no solo para dicho Tribunal sino para todos los órganos judiciales[91].

1.7. NECESIDAD DE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Con la jurisdiccionalización del Derecho, esto es, con el reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales (los que pueden dejar de aplicar una ley, limitar su

---

[90] Así, se señala: "Si revisamos las decisiones que en materia penal y procesal penal ha emitido nuestro máximo Tribunal (...) veremos que el contenido de uno de los principios que por antonomasia conforman el Derecho penal de corte europeo – continental, cual es el principio de sujeción de los jueces a la ley, ha sido notablemente modificado". REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: *El precedente judicial en materia penal.* Editorial Reforma, Lima, 2010, p. 12

[91] GIMENO SENDRA y otros. *Ob. Cit.* pp. 29 y 30.

contenido o de racionalizarlo conforme a las necesidades de vigencia de los derechos fundamentales, de los valores y principios supremos a través de la ponderación y la proporcionalidad) surgió como consecuencia casi natural, la posibilidad de afectación de valores, también supremos, como la *seguridad jurídica y la igualdad ante la ley*, puesto que ante el gran número de jueces y demás operadores, la posibilidad de que el contenido de las decisiones fuesen dispares, era elevada. Ante ello se impuso la necesidad de plasmar como derecho fundamental la *motivación o fundamentación* de las resoluciones judiciales y de otras decisiones similares que pudiesen involucrar derechos de las personas.

La motivación tal como lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional[92] importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. De tal modo que los ciudadanos sepan por qué se resuelve de determinado modo y no de otro; a la vez que para que los justiciables puedan cuestionar las decisiones a través del ejercicio del derecho de defensa. Esas razones de justificación deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

La motivación, en tanto, justificación de la decisión constituye un instrumento de autolegitimación del órgano jurisdiccional (de la justicia ordinaria y de la constitucional). A través de la justificación los jueces conectan su potestad jurisdiccional con los valores constitucionales supremos que dan contenido al Estado Democrático (Estado Constitucional de Derecho).

Las razones o justificaciones esgrimidas por el Juez (u otro operador) se concretarán a través del desarrollo de la *argumentación*, la misma que se concibe como ejercicio de la *racionalidad* tendente a evitar decisiones arbitrarias y se ha convertido en un elemento trascen-

[92] EXP. N° 00728-2008-PHC/TC. 13/10/08. FJ. 6. Caso: Giullina Llamoja.

dente del Ordenamiento jurídico, al permitir el ejercicio del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva; a tal punto que, actualmente, se la considera como una de las dimensiones a través de las cuales se concibe y expresa el Derecho. Pues su presencia dota de racionalidad y razonabilidad a la decisión, a la vez que la aleja de todo rasgo de arbitrariedad o improvisación, así como también evita resultados contradictorios o ilógicos[93]. En este caso, la argumentación funciona como garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos.

La necesidad de desarrollar una argumentación convincente, reforzada o de alto nivel es mayor cuando las decisiones no solo resuelvan el caso concreto sino cuando busquen orientar la resolución de casos análogos o semejantes en el futuro; esto es, en los supuestos en que se establecen criterios o precedentes vinculantes o se configura la llamada jurisprudencia o doctrina jurisprudencial vinculante[94].

Finalmente, la justificación o motivación de las decisiones judiciales debe ser lo suficientemente sólida, con argumentos fuertes y persuasivos idóneos para generar convicción y legitimación; no se trata de esgrimir cualquier idea y presentarla como justificación. En efecto, el Tribunal Constitucional sostiene: *"El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en*

---

[93] PÉREZ LUÑO: *Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales.* En Constitución Derecho y Proceso – Libro Homenaje a Fix Zamudio, IDEMSA, Lima, 2010, pp. 782 y 783.

[94] "Esto necesariamente obliga al mencionado tribunal a un especial ejercicio argumentativo cuando se trate de la formulación de precedentes vinculantes. En esta argumentación debe quedar manifestada no solo el o los preceptos constitucionales sobre los cuales el referido alto tribunal formulará el criterio interpretativo vinculante, sino que además quedará manifiesta la corrección o no del criterio interpretativo mismo". CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano.* En Jus Constitucional, N° 1, Grijley, Lima, 2008, p. 72.

datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso". Precisando que estaremos ante la ausencia de una debida motivación en los siguientes casos:

a) ***Inexistencia de motivación o motivación aparente:*** en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) ***Falta de motivación interna del razonamiento:*** la misma que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe *invalidez de una inferencia a partir de las premisas* que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe *incoherencia narrativa,* es decir, se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, acá de una incoherencia lógica o narrativa.

c) ***Deficiencias en la motivación externa, justificación de las premisas:*** cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones.

d) ***La motivación insuficiente:*** se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, no se trata de dar respuestas a cada una de las alegaciones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante, desde una perspectiva constitucional, si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) ***La motivación sustancialmente incongruente:*** referida a la resolución de las pretensiones de las partes de manera incongruente con los términos en que han sido planteadas, incurriendo en desviaciones que modifican o alteran el debate procesal *(incongruencia activa)*. Pues, dejar incontestadas las pretensiones, o desviar la decisión del marco del debate judicial genera indefensión y constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia *(incongruencia omisiva)*. Asimismo, resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas.

f) ***Motivaciones cualificadas:*** se exige y es indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal[95].

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y NUEVO SISTEMA DE FUENTES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En general, el ordenamiento jurídico es el conjunto de normas que rigen en determinada comunidad con rango de obligatoriedad. Se integra por normas que configuran *reglas* y normas que configuran *principios*; las primeras aplicables a través de la subsunción y los principios aplicando los criterios de proporcionalidad y ponderación; a la vez que estos últimos proporcionan las luces para interpretar debidamente las reglas, racionalizándolas y propendiendo a su fun-

[95] EXP. N° 00728-2008-PHC/TC. 13/10/08. FJ. 7. Caso: Giulliana Llamoja.

cionalidad. Los ***principios,*** son mandatos de optimización, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas y tomando en cuenta los principios opuestos; son susceptibles de *ponderación,* entre el principio a tomar en cuenta y su opuesto. ***Las reglas,*** tienen el carácter de mandatos definitivos; si una regla vale y es aplicable, está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, nada más ni nada menos; sin embargo, en su interpretación deberá tenerse en cuenta el tamiz del contenido de los principios.

Como es sabido, el Ordenamiento Jurídico está configurado como un sistema caracterizado por su unidad, coherencia y plenitud[96].

La ***unidad*** determina que todo el conjunto de normas y principios se deriven de una norma fundamental que es la que se ubica en la cúspide de la pirámide del sistema y da validez y justificación a las demás normas y principios derivados. Esta norma fundamental en nuestro Ordenamiento Jurídico Formal -Derecho objetivo- está constituida por la Constitución Política, la misma que se sustenta en el Pacto o Convención Político-Social celebrado entre las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que en determinado momento histórico, en representación del pueblo, establecieron el fundamento de legitimación de la propia norma formal fundamental y promulgaron la Constitución Política, la misma que a partir de este momento adquiere autonomía en relación al Pacto Político

[96] Aun cuando también "... se dice que el ordenamiento jurídico tiene cinco características principales: unidad, complejidad, jerarquización o construcción escalonada, coherencia y plenitud. Las primeras características son hechos, es decir podemos constatar que es verdad que el sistema jurídico es unitario, complejo y escalonado. Sin embargo, no es cierto que el sistema jurídico sea coherente, porque hay antinomias, y tampoco es cierto que sea pleno, porque hay lagunas. En realidad lo que sucede es que coherencia y plenitud no son hechos sino valores, no están ónticamente dados, sino que deben ser alcanzados por mandato de la constitución histórica del sistema". SERRANO, José Luis: *Validez y vigencia.* Trotta, Madrid, 1999, p. 29.

Social y se convierte en la Suprema Norma del Ordenamiento Jurídico. Esta Norma Fundamental es el presupuesto que da unidad y cohesión al Sistema, el que aparentemente puede mostrar normas disímiles, pero finalmente convergen en un fundamento y objetivo comunes[97].

La ***coherencia,*** determina que el sistema jurídico no presente antinomias o contradicciones normativas insalvables, y cualquier aparente contradicción sea resuelta con las normas y principios consagrados en el propio Ordenamiento Jurídico[98]. Así, una contradicción entre normas de distinta jerarquía será resuelta a favor de la de mayor jerarquía, una contradicción entre una norma general y una especial será resuelta a favor de la especial, una contradicción entre una norma anterior y otra posterior será resuelta a favor de la última; y finalmente, en toda contradicción que no se pudieran aplicar los criterios anotados, se resolverá aplicando el principio de favorabilidad a efectos de propender a la vigencia real de los derechos fundamentales. En el derecho privado también se suela hablar del criterio de favorabilidad cuando se prioriza el derecho del deudor postergando el del acreedor. Como puede verse, en realidad no es que el Ordenamiento Jurídico no presente contradicciones o antinomias, ello es imposible, dada la gran cantidad de fuentes y autoridades con competencia para pro-

---

[97] "La unidad del sistema jurídico reside, así, en que todos sus actos de producción normativa pueden reconducirse a una misma Constitución y, a su través, a una misma norma fundante presupuesta". RUIZ MANERO, Juan: *La tipología de las normas constitucionales.* En concepciones del Derecho y Teoría de los enunciados jurídicos; Primer PAD-AMAG; Universidad de Alicante y Academia de la Magistratura - Lima; 2012, p. 69.

[98] Klaus TIEDEMANN, evocando a KELSEN y MERKEL, armonizando la Unidad con la Plenitud, refiere: "De acuerdo con la idea de la unidad del ordenamiento jurídico las diversas ramas del derecho no deben contradecirse. (...): el Derecho se forma progresivamente por grados, de manera escalonada, de modo que la Constitución es la norma suprema; la misma que constituye la razón de existir de la norma ordinaria, influenciando por esto su contenido". *"Constitución y Derecho Penal".* Palestra, Lima, 2003, p. 71.

ducir o emitir normas jurídicas; sin embargo, el ordenamiento salva la coherencia y resuelve las antinomias desarrollando y aplicando los principios anotados (Jerarquía, especialidad, cronológico o temporalidad y favorabilidad).

La ***plenitud*** supone que el Ordenamiento Jurídico prevé todos los supuestos fácticos que pueden presentarse en el curso de las relaciones intersubjetivas en el seno de la comunidad donde rige, y que cuando no existe una norma específica para determinado supuesto, este se resolverá recurriendo a un mecanismo de integración o a un principio general del sistema; por lo que no se dejará de resolver los conflictos por ausencia o deficiencia de normas jurídicas específicas[99].

El principal mecanismo de integración del Ordenamiento Jurídico, es la aplicación de la ***analogía*** *(argumento por analogía o analógico)* a través de la cual, con la finalidad de llenar un vacío o un defecto del ordenamiento, se aplica la consecuencia jurídica prevista para un hecho, a otro hecho para el cual no se ha previsto nada, por la sencilla razón de que este último hecho es análogo al primero (ambos hechos poseen las mismas características esenciales, aunque difieren en elementos accesorios), y por tanto, existe la misma razón para aplicar la misma consecuencia. En esta solución, el intérprete u operador jurídico, prácticamente crea una norma en la que comprende al caso no previsto, y con esta norma "creada por el operador" resuelve el caso (en esta norma el supuesto fáctico es el hecho análogo no reglado y la consecuencia jurídica aplicable a este, es la prevista para el caso reglado). El fundamento de la aplicación de esta norma "creada" por el operador jurídico está en que, si el legislador hubiese previsto este hecho no reglado, es seguro que lo hubiera regulado de

---

[99] BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho.* Temis, Bogotá, 1992, pp. 141 a 238. En sentido similar: MAZZARESE, Tecla: *Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas.* Doxa, N° 26, 2003, pp. 687 y ss.

la misma manera que lo ha hecho con el caso análogo (reglado), dada su naturaleza símil o "análoga".

Siendo así, el Ordenamiento Jurídico vincula a sus normas y principios de tal manera que facilita la resolución de todos los conflictos sociales y la protección de los bienes jurídicos de la manera más eficiente, uniforme y coherente; y aun cuando se han creado normas específicas para las distintas parcelas del ordenamiento (que resultarían de aplicación preeminente para supuestos fácticos correspondientes a ese sector jurídico), estas normas, de todas maneras, se enmarcan dentro de los principios fundamentales ordenadores del sistema, y consecuentemente, tendrán que interpretarse y aplicarse en dicho contexto. A la vez que las normas generales resultarán de aplicación indirecta o supletoria a los supuestos previstos por una norma jurídica específica.

Pero estas reglas y principios ya no están contenidos únicamente en las leyes o las normas positivas como sucedía en tiempos pretéritos, a la vez que ya no provienen del mismo órgano regulador (creador de normas) constituido por el Órgano Legislativo o el propio Poder Constituyente, sino que provienen de diversos órganos, especialmente de los órganos jurisdiccionales (jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional), así como también de la jurisdicción internacional[100]. Y, aun cuando puede discutirse respecto a si las decisiones jurisprudenciales constituyen o no verdaderas fuentes del Derecho, vinculantes para todos los operadores jurídicos, estando a su naturaleza preceptiva,

---

[100] Refiriéndose a los precedentes vinculantes del TC se dice "... si interpretar la Constitución significa dar contenido normativo a sus distintas disposiciones, y el TC es el supremo intérprete de la Constitución, entonces lo que este formule como interpretación pasará a formar parte de la Constitución misma. En ese sentido, las sentencias constitucionales expedidas por el mencionado tribunal son fuente de Derecho constitucional". CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano.* En Jus Constitucional, N° 1, Grijley, Lima, 2008, p. 70 (con cita de SMEND, Rudolf: "En la práctica actual, la Ley Fundamental vale tal como la interpreta el TC").

es de admitirse como tales; más aún, estos preceptos, en la práctica, vienen siendo utilizadas como fundamento de las decisiones jurisdiccionales y de otros organismos o entidades como el Ministerio Público o la Administración Pública en general.

En tal sentido, dejando para otra oportunidad la discusión al respecto, y solo a efectos de la configuración del Derecho que viene siendo aplicado por los operadores jurídicos, los que a la vez determinan la configuración de la dogmática del Derecho, presentamos como actuales fuentes del Derecho a las siguientes[101]:

2.1. La Constitución Política del Estado, que constituye la Norma Formal que da unidad y coherencia al sistema jurídico, cuyo contenido además resulta de aplicación directa a los casos concretos y es la norma de la más alta jerarquía.

Al decir de RUIZ MANERO, "... históricamente se ha hablado y se continúa hablando, de 'Constitución' en diversos sentidos, hoy resulta sin duda predominante el uso de 'Constitución' en el sentido de 'Constitución formal'. Esto es, el término 'Constitución' se emplea sobre todo para referirse al documento normativo, situado en el vértice del sistema jurídico y dotado de un régimen jurídico especial, que, por un lado establece las competencias de los principales órganos del Estado y, por otro, pone límites y proporciona guías positivas para el ejercicio de esas competencias. Mientras que el establecimiento de límites tiene principalmente lugar en forma de derechos subjetivos garantizados a los ciudadanos, las guías positivas vienen aportadas principalmente por la estipulación de determinados objetivos colectivos como fines hacia cuya consecución debe ordenarse el ejercicio de esas mismas competencias"[102]. Es la "fuente de mayor jerarquía,

---

[101] Al respecto resulta de gran interés el sistema de fuentes establecido por el Tribunal Constitucional en el EXP N.° 047-2004-AI/TC. Caso: Gobierno Regional de San Martín. 24/04/2006.

[102] RUIZ MANERO: *Ob. Cit.* p. 63.

que, como tal, acotará ciertos contenidos como indisponibles para las demás fuentes y, en particular, para la legislación"[103].

2.2. Los Convenios Internacionales, específicamente los referidos a los Derechos Fundamentales, orientan la propia configuración de los ordenamientos jurídicos nacionales en cuanto se refiere a los Derechos Fundamentales. Son aplicados por las Cortes y Organismos Internacionales así como directamente por los Estados parte, una vez que han sido ratificados por sus respectivos órganos legislativos, puesto que a partir de este momento forman parte del Derecho nacional, tal como lo estipula el artículo 55° de la Constitución Política del Estado. En determinados casos, inclusive pueden imponerse a las normas constitucionales, siempre que se trate de cuestiones de Derechos Fundamentales, tal como lo estipula el Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Estado. Este último criterio ha quedado claramente establecido por sendas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que se ha pronunciado amparando determinadas pretensiones vinculadas a la violación de derechos humanos, inclusive, prefiriendo a la norma contenida en el Convenio Internacional, por encima de la norma constitucional del respectivo Estado.

2.3. Leyes Orgánicas y Ordinarias, dictadas por los Órganos Legislativos (excepcionalmente por el Poder Ejecutivo por delegación del Legislativo –Decretos Legislativos-); las primeras se dictan para regular la organización, facultades, competencias y funciones de los organismos estatales; las segundas constituyen las normas que regulan la vida de la comunidad en general. Las Leyes Orgánicas tienen la jerarquía de la Ley Ordinaria, la misma que formalmente comprende a: la Ley propiamente dicha, los Decretos Legislativos, el Reglamento del Congreso de la República, las Resoluciones Legislativas, los Decretos Leyes, y en general los Tratados (siempre que no se refieren a Derechos Fundamentales, en cuyo caso tienen jerarquía constitucional),

[103] RUIZ MANERO: *Ob. Cit.* p. 67.

Decretos de Urgencia, Normas Regionales de carácter general y las Ordenanzas Municipales en el ámbito de su competencia. Las Leyes Orgánicas, aun cuando tienen la misma jerarquía que las ordinarias, requieren para su promulgación una mayoría cualificada.

También cabe considerar como fuentes, a las demás normas de menor jerarquía que integran el ordenamiento jurídico.

2.4. Decisiones de las Cortes y Organismos Internacionales, en cuanto se refieren a Derechos Fundamentales y establecen criterios para la vigencia y optimización de estos. Si bien constituyen solo la jurisprudencia de esto Órganos, estando a que el operador jurídico queda vinculado a estas decisiones, consideramos que constituyen verdaderas fuentes del Derecho. Inclusive, estas decisiones establecen criterios para la interpretación de la propia Constitución. Asimismo, estas resoluciones vinculan a las propias Cortes o Tribunales Constitucionales (los que en el plano interno tienen el mayor peso respecto a los demás organismos, cortes o tribunales ordinarios).

2.5. Decisiones del Tribunal o Corte Constitucional, constituidos por los pronunciamientos de los Tribunales o Cortes Constitucionales interpretando o analizando la validez y efectos de las leyes o las decisiones de los demás órganos jurisdiccionales (en los casos de jurisdicción constitucional)[104]. En el caso de inobservancia de la decisión del TC por parte de los órganos jurisdiccionales o fiscales configuraría la atribución de responsabilidad civil o administrativa. En muchos casos se ha pretendido imputar responsabilidad penal por inobservancia o desvinculación de estas decisiones –delito de prevaricato-, sin em-

[104] El TC también actúa como contralor de la Constitucionalidad de las leyes (acción de inconstitucionalidad) en estos casos no resuelve un caso concreto, sino que se limita a excluir la ley del sistema, cuando es inconstitucional, o a dejar sentada su conformidad con la constitución, en cuyo caso la norma continúa vigente y no se puede cuestionar su constitucionalidad, salvo por una razón distinta a la evaluada en la acción de inconstitucionalidad planteada y resuelta por el TC.

bargo, en estricta aplicación del principio de legalidad, creemos que ello no es posible. Más aún, sin desconocer su naturaleza preceptiva y vinculante, consideramos que dicha vinculación no es absoluta, y por tanto, excepcionalmente será posible desvincularse, expresando las razones a través de una motivación reforzada.

Respecto a la decisiones del TC, el propio Tribunal ha señalado: *"...conforme a los principios de soberanía del pueblo (art. 45° de la Constitución) y la forma republicana de gobierno, al carácter social y democrático de nuestro Estado (art. 43° de la Constitución), y al principio de jerarquía normativa (artículo 51° de la Constitución), el respeto al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, donde se incluyen las decisiones de este Tribunal Constitucional, constituye uno de los valores preeminentes de todo sistema democrático por donde los poderes públicos y los ciudadanos deben guiar su conducta por el derecho"*. EXP. N.° 0168-2005-PC/TC. 29/09/2005. Caso: Villanueva Valverde, FJ. N° 7.

2.6. Decisiones vinculantes del Órgano Jurisdiccional (Corte Suprema de Justicia), esto es, la Jurisprudencia vinculante y sentencias plenarias vinculantes, las mismas que sin tener la fuerza vinculante de los fallos del Tribunal Constitucional, constituyen criterios preceptivos que vinculan a los operadores jurisdiccionales, habiéndose convertido en fundamentos casi suficientes para sustentar las decisiones judiciales. Debe precisarse que en nuestro medio también existen los llamados Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema, que se dictan sin debatir caso específico alguno, y sin que exista una norma concreta que los haya regulado y les dé el carácter de vinculantes, por ello forma parte de la doctrina jurisdiccional de la Corte Suprema, pero no configura propiamente un precepto normativo de obligatorio cumplimiento[105].

[105] Al respecto, ver nuestro trabajo: *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia"*. Ideas Solución Editorial. Lima, 2016, Tomo I y Tomo II.

Como adelantábamos, en la doctrina no se acepta pacíficamente a las decisiones de los Organismos Internacionales, de los Tribunales Constitucionales y de la Corte Suprema, como fuentes del Derecho, negándoseles su contenido preceptivo o normativo; sin embargo, en la práctica jurisdiccional se acepta su efecto vinculante sin mayores cuestionamientos y se toman como sustento para justificar las decisiones, sobre todo, para determinar el contenido de algunas normas; esto es, de modo complementario, pero como fuente normativa al fin y al cabo.

En tal sentido, a la fecha, la configuración del Derecho y su aplicación, tendrá que entenderse dentro de este nuevo sistema de fuentes; pues, ahora es impensable construir una doctrina de espaldas a estas normas y decisiones; más aún, la jurisprudencia se está convirtiendo en fuente principal de la propia elaboración de la dogmática. Obviamente, las decisiones jurisprudenciales tienen como principal fundamento los Derechos Fundamentales, los Valores y Principios constitucionalmente valiosos, y están regidos por los criterios de *proporcionalidad, ponderación y razonabilidad.*

2.7. También la ***doctrina,*** constituye una fuente importante del Derecho, la misma proporciona las pautas o criterios indispensables para una correcta interpretación del Derecho y configuración y desarrollo de sus conceptos y categorías; está constituida por la Ciencia o Dogmática del Derecho. La dogmática[106] o ciencia del Derecho es

[106] El término ***'dogmática'*** aun cuando no es el más feliz, ha sido aceptado universalmente como sinónimo de ciencia del derecho o construcción jurídica sistemáticamente organizada. Este término se acuñó para hacer referencia a las obras de los juristas franceses, que por resultar de la coincidencia entre el Derecho romano y las costumbres francesas, se las consideraba como 'dogmas' aplicables a todos los países y a todos los tiempos, de modo acrítico y sin necesidad de aportar justificaciones a las soluciones jurídicas planteadas. NINO, Carlos Santiago: *Los límites de la responsabilidad penal.* Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 67.

el conjunto sistemático[107] de conocimientos jurídicos rigurosamente estructurados, elaborados u obtenidos a través de metodologías propias de las ciencias jurídicas[108] (dogmática, exegética, hermenéutica y sobre todo la argumentación jurídica), que señala los límites y define los conceptos o categorías jurídicas que permiten la aplicación segura y predecible del Derecho[109], lo que a la vez dota de racionalidad a la actividad jurídica, sustrayéndola de la arbitrariedad y la improvisa-

---

[107] Al respecto debemos entender como sistema científico (sin entrar en detalles respecto a la múltiple diversidad de conceptos de sistema) "... la ordenación lógica de los *conocimientos particulares* alcanzada en la ciencia de que se trate (...) la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia. En efecto, sólo poniendo en relación lógica tales conocimientos (...) mediante el orden sistemático puede llegarse a saber si son lógicamente compatibles entre sí o se contradicen". SCHÜNEMANN, Bernd: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio.* Idemsa, Lima, 2006, pp. 13 y 14.

[108] "El derecho como ciencia (dogmática jurídica), esto es, como esquema conceptual cognoscitivo comprensivo-explicativo de la realidad jurídica, posee: a) una estructura lógica que le otorga consistencia y funcionalidad (principios de no contradicción o de contradicción soportable, de identidad, de tercio excluido, razón suficiente y de sistematicidad); b) un campo significante de los conceptos y estimaciones teóricas de las que hace uso (...) de manera rigurosa y sujeta a contrastación e íntimamente vinculados a las a consecuencias jurídicas que de las mismas se deriven; c) un mecanismo normativo sofisticadamente construido y pleno de valoraciones sujeto a cambios y agregados que constituyen el medio habitual de visualizar el derecho, posibilitando el primer escalón dogmático aplicado de la subsunción del hecho a la norma; y d) un objeto óntico social radicado en los comportamientos relevantes interactivos como temática". ROJAS VARGAS, Fidel: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito.* Grijley, Lima, 1997, p. 34.

[109] "La ciencia jurídico penal tendrá su punto central también en el futuro, en la sistematización, la interpretación y el desarrollo del Derecho nacional vigente, es decir en la dogmática penal en sentido clásico. Esto vale tanto para el Derecho penal como también para el Derecho procesal y las demás disciplinas parciales de nuestra ciencia". ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Trad. de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007, p. 3.

ción[110]. Sin embargo, este sistema constituido por la dogmática, no puede ser absoluto y cerrado por sus propias premisas o conclusiones, por el contrario, debe estar orientado a lograr la solución efectiva de los conflictos sociales[111] y permanecer abierto a los nuevos conocimientos, a las nuevas soluciones o a los nuevos problemas[112].

Asimismo, la dogmática debe mostrarse capaz de resolver cualquier tipo de antinomias que surjan al interior del sistema u ordenamiento jurídico, a fin de salvar la ordenación lógico-sistemática que le da unidad y coherencia[113]; de tal modo que se superen los cuestionamientos

---

[110] "A la Dogmática penal le es inherente una notable estabilidad que se ha visto reforzada por el influjo persistente de la jurisprudencia". JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 211.
"Su finalidad última ha de ser la de proporcionar un modelo más explicativo de lo que en realidad hacen los juristas intuitivamente, racionalizándolo y posibilitando así la doble finalidad de la dogmática: una aplicación segura y fiable del Derecho y una reducción de la intervención penal y de su intensidad a los límites estrictamente necesarios". SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 64.

[111] "... en la base de la dogmática se halla tradicionalmente una dimensión de elaboración de conceptos y de integración de los mismos en un sistema, orientado todo ello a la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo". SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 49.

[112] "En el futuro, la ciencia penal no tendrá que limitarse, tal como lo ha hecho durante mucho tiempo y como en parte todavía lo hace hasta hoy, al Derecho positivo, a la *lex lata*, sino tendrá que practicar una política criminal científica; esto es, independientemente del asesoramiento actual, tendrá que diseñar una y otra vez el Derecho penal del futuro y con ello poner en movimiento un continuo proceso de reformas". ROXIN: *Ob. Cit.* p. 4.

[113] Al respecto SCHÜNEMANN acertada y sintéticamente refiere: "... en resumen puede asegurarse: "1) que el razonamiento sistemático y elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura jurídica desarrollada y racional; 2) que soluciones contrarias al sistema que no pueden 'integrarse' en éste ni siquiera mediante una reforma del mismo ponen de manifiesto *eo ipso* deficiencias materiales del ordenamiento jurídico; 3) que, por otro lado, jamás debe sobrevalorarse el alcance del sistema obtenido, de modo que la aparición de nuevos problemas debe provocar el sometimiento a prueba de la sistematización existente. En resumidas cuentas, el ideal de la elaboración sistemática del Derecho penal (como en la ciencia jurídica en

respecto a la falta de uniformidad en el diseño y contenido de las categorías jurídicas así como también respecto a las incertidumbres que podría presentar la dogmática fundada en diversas perspectivas desde las cuales se la enfoca[114]. Igualmente, debe mostrarse idónea para superar la crítica que a veces se le hace, fundada en el elevado grado de abstracción (con un lenguaje artificial o técnico) que muchas veces alcanza[115]; debiendo orientarse por criterios que no le hagan perder

---

general) viene presentado por un 'sistema abierto' que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que, por otro lado, no esté inmunizado frente a la modificación, o incluso subversión, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales". *Ob. Cit.* p. 32.

[114] Carlos Santiago NINO por ejemplo, criticando la perspectiva o metodología 'conceptualista' de la ciencia del Derecho penal, la que considera 'de aplicación en la actual' (1981) dogmática penal, sostiene: "... la metodología conceptualista no favorece sino que, por el contrario, perjudica a los ideales de certeza y previsibilidad: en la medida en que las posiciones a favor de ciertas soluciones para problemas de responsabilidad penal no se defiendan explícitamente sobre la base de principios valorativos que se sometan al control de una discusión crítica (...), sino sobre la base aparente de meras distinciones conceptuales fundadas, por ejemplo , en presuntas intuiciones sobre la 'naturaleza de las cosa', se abre el camino para que se proceda arbitrariamente a proponer soluciones divergentes mediante construcciones conceptuales distintas, con la tranquilidad de conciencia de que ello no supone un determinado compromiso axiológico". *Los límites de la responsabilidad penal.* Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 82.
Estas aseveraciones sin embargo, resultarían pertinentes, para el caso de la dogmática tradicional acusada de conceptualismo y positivismo de la que dimanó la jurisprudencia de conceptos, la que actualmente se ha superado, no sólo con la inclusión de las dimensiones axiológica y social en el seno de la dogmática, sino y sobre todo, con la integración de la dogmática penal con las necesidades de política criminal que actualmente orientan el desarrollo de la ciencia jurídico penal, conforme a los planteamientos de ROXIN: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.* Traducción de Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

[115] "Pero los inconvenientes de un grado elevado de elaboración de los 'criterios de relevancia' relativos a la consideración de las realidades jurídicas están bien a la vista. Cuanto más se convierte el lenguaje de la ley en un lenguaje artificial o técnico, con la finalidad de favorecer la vinculación y el control

contacto con la realidad y construir sus conceptos de tal manera que queden abiertos para nuevos resultados empíricos, desterrándose las posiciones que descartan las investigaciones o comprobaciones empíricas sobre la eficacia del Derecho penal o los fines de la pena[116]. Pues, no se puede descartar la influencia de las cuestiones empíricas u ontológicas en la determinación y desarrollo de la dogmática[117] o ciencia del Derecho (doctrina); así como tampoco el aporte de las ciencias sociales y naturales a efectos de una configuración adecuada de los conceptos y categorías integrantes de la dogmática.

---

del Juez y desarrollo del 'Derecho judicial' y de la dogmática jurídica, más se aleja del lenguaje común, del de los no juristas, que es a quienes en definitiva la ley se quiere dirigir y a quienes se aplica. De aquí viene el reproche que los ciudadanos dirigen contra el legislador, en el sentido de que regula demasiadas cosas y se expresa mal, y contra los juristas en general, a quienes se acusa de haber perdido la ligazón con la sociedad y la propia realidad, todo ello hasta el punto de que la palabra 'dogmática' se convierte en injuriosa". HASSEMER, Winfrid: *Fundamentos del Derecho Penal.* Bosch, Barcelona, 1984, p. 117.

[116] En similar sentido, ROJAS VARGAS señala que son funciones de la dogmática penal:

- Formar conceptos y reglas de disposición para el tratamiento de las normas jurídicas, sistematizando de este modo la materia jurídica, ordenándola según principios y convirtiéndola en una masa dinámica y autocrítica.
- Posibilitar la "distancia crítica". El sentido de la dogmática no está en la fijación de lo ya de por sí establecido, sino en hacer posible la distancia crítica, en organizar una estructura de reflexiones, de fundamentos y de valoración de relaciones, con el que el material jurídico es controlado para la aplicación, más allá de su valor como dato no mediato.
- La dogmática jurídica no sólo debe de investigar el contenido de las normas jurídicas, sino también sus finalidades, sus formas de aplicación y sus efectos.
- Mantener el derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue. Posibilitar la creación de leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica propias de un auténtico estado social de derecho". *Ob. Cit.* p. 51.

[117] Al respecto ver: ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Trad. de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007, pp. 56 y ss.

De otro lado, es necesario precisar que los ***Acuerdos Plenarios*** de las Salas Penales de la Corte Suprema se enmarcan dentro de la doctrina jurídica (jurisdiccional), no en la jurisprudencia vinculante de estas Salas, y su nivel de vinculatoriedad, solo estará determinado por la fuerza persuasiva de sus argumentos, si esta estuviera ausente o fuera pobre o insuficiente, no tendrán efecto vinculante alguno y ni siquiera podrán ser considerados para la configuración de las instituciones jurídicas o para la interpretación y aplicación de la ley.

Finalmente, debe quedar claro que esta nueva concepción de las fuentes y de la propia configuración del sistema u ordenamiento jurídico actual se enmarca dentro de la evolución del Estado de Derecho al llamado Estado Constitucional de Derecho, que presenta particularidades específicas, referidas fundamentalmente a la consagración de los derechos fundamentales, valores y principios supremos, como faros del desarrollo, configuración y funcionamiento del ordenamiento jurídico, como hemos visto en líneas anteriores.

3. ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL Y DECISIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

3.1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL Y NUEVOS OPERADORES JURISDICCIONALES

La referida jurisdiccionalización del Derecho ha puesto en escena a los diversos órganos y operadores jurídicos que resuelven las controversias o casos concretos, pero a la vez establecen criterios generales de observancia obligatoria en casos futuros (a través de la jurisprudencia vinculante y de los precedentes vinculantes) con lo que se han convertido en verdaderos creadores o generadores de importantes fuentes del ordenamiento jurídico.

En nuestro medio son considerados creadores de estas fuentes los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, en tanto

tienen facultades para dictar, en el ámbito penal, jurisprudencia vinculante, sentencias plenarias vinculantes, sentencias casatorias vinculantes, plenarios casatorios vinculantes, así como también casaciones vinculantes en los ámbitos civil, laboral, administrativo y en materia constitucional; todos ellos vinculados a la llamada justicia ordinaria, por contraposición a la justicia constitucional[118].

Igualmente, en materia constitucional es el Tribunal Constitucional (como órgano de clausura o de máxima jerarquía en esta materia) el que tiene facultades para emitir precedentes vinculantes y doctrina jurisprudencial vinculante para la resolución de casos futuros; vinculación que alcanza no solo a la administración de justicia, sino que también resulta oponible y aplicable por todos los órganos públicos y privados así como por todas las personas en general. No obstante, aun cuando en la práctica jurisdiccional se consideran vinculantes a todas las decisiones del Tribunal Constitucional, debe tenerse en cuenta que en los casos en que se desestima la acción en los procesos constitucionales (habeas corpus, amparo, habeas data, etc.), el Tribunal no es el órgano de clausura, es decir, no es la última instancia en el proceso, puesto que de conformidad con el artículo 205° de la Constitución, concordante con los artículos 114°, 115° y 116° del Código Procesal Constitucional, se puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados y convenios de los que el Perú es parte. Esto significa que dichos tribunales u organismos internacionales pueden dejar sin efecto las decisiones del Tribunal Constitucional; en tal sentido, se puede concluir que no resulta adecuado establecer precedentes vinculantes a través de resoluciones que aún no son firmes.

---

[118] No consideramos a los llamados *Acuerdos Plenarios* de las Salas Penales de la Corte Suprema, porque estos no son propiamente vinculantes así como tampoco tienen naturaleza preceptiva o normativa, y solo constituyen doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, la misma que puede o no vincular a los órganos jurisdiccionales y demás entidades que interpretan y aplican la ley, según presenten o no argumentos fuertes, persuasivos o lo suficientemente persuasivos.

Lo anotado en el párrafo precedente, a la vez nos lleva a reconocer la naturaleza vinculante (tanto para el caso concreto así como para los casos homólogos que se deban resolver en el futuro –con un nivel de abstracción y generalidad-) de las decisiones de dichos tribunales y organismos internacionales.

3.2. DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene su sede en San José de Costa Rica. Es el órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella. Su misión es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos a los cuales se somete el llamado sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Básicamente, conoce los casos en que se alegue que uno de los Estados partes ha violado un derecho o libertad protegido por la Convención, siendo necesario que se hayan agotados los procedimientos previstos en la misma, tales como el agotamiento de los recurso internos. El procedimiento ante la Corte es de carácter contradictorio; termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable.

Ha señalado la Corte que ni siquiera la normatividad de la Constitución del Estado parte debe ser motivo para no cumplir con las obligaciones de los Tratados de Derechos Humanos; las que deben ser cumplidas de buena fe y no se puede invocar el derecho interno para su incumplimiento, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional.

En el ámbito interno, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (caso Fujimori) ha reconocido la primacía del Derecho internacional de los derechos humanos, señalando que las normas que lo integran son vinculantes, de aplicación directa e inmediata, en la medida que contengan normas más favorables a los derechos fundamentales de

la persona que las contenidas en la Constitución. Asimismo, que las pautas interpretativas de la Convención Americana de Derechos Humanos y los principios jurisprudenciales que dimanan de la CIDH, además de constituir una guía insoslayable para interpretar los derechos reconocidos en la Convención, son vinculantes para la corte Suprema.

Como puede advertirse las decisiones o sentencias de la CIDH tiene un efecto general y abstracto, configurativas de pautas para la resolución de casos futuros acaecidos en los estados partes. Esto es, dichas sentencias configuran verdaderos precedentes vinculante del más alto nivel en materia de derechos humanos; tanto que inclusive se imponen a las normas constitucionales de cada país[119]. Así las cosas queda clara la condición de órgano generador de fuentes de derecho (y de la propia configuración de nuestro ordenamiento jurídico) de la referida Corte Interamericana.

De otro lado, debe quedar claro que en materia de procesos constitucionales, la CIDH constituye la última instancia, cuando la demanda no se estima (se declara infundada) y por tanto sus decisiones o sentencias vinculan directamente al Estado y a las partes involucradas en los términos de lo resuelto.

---

[119] "No debe perderse de vista que la vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución y el art. V del Tít. Prel. del CPCONST., en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte, reconocida en el art. 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la 4ª Disp. Final Transitoria de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este TC". EXP. N° 03891-2011-PA/TC. 16/01/2012. Caso: Hinostroza Pariachi. FJ. 55.

3.3. DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es una de las dos entidades del *sistema interamericano de protección de derechos humanos.* Tiene su sede en Washington, DC. Tiene como atribuciones: Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; atender las consultas que le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que estos le soliciten; rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes; practicar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo; comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención; solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas.

Respecto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si bien ordinariamente sus decisiones son tomadas en cuenta por nuestro país y de algún modo producen sus efectos, no se reconoce la vinculatoriedad total de dichas decisiones, puesto que no son sentencias con un contenido dispositivo concreto, por el contrario configuran recomendaciones para el Estado, las mismas que de no ser cumplidas pueden ser sometidas a la jurisdicción de la Corte Interamericana y será esta la que resuelva o determine lo pertinente.

3.4. DE LOS DEMÁS ORGANISMOS INTERNACIONALES

3.4.1. COMITÉ INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CDHNU)

Es un órgano de las Naciones Unidas (ONU) encargado de asegurar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Está encargado esencialmente de redactar "observaciones generales", en las que recoge su interpretación del Pacto; examina los informes que cada cuatro años envían los Estados que han ratificado el Pacto y en el que explican las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos reconocidos; asimismo, conoce de casos concretos denunciados por otros Estados parte, o por personas que se consideren víctimas por la violación de sus derechos.

Se trata de un mecanismo facultativo y cuasi-contencioso por el que se pueden tratar denuncias de violaciones concretas de derechos humanos recogidos en el Pacto, de manera parecida a los sistemas regionales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun cuando en estos dos casos sí se trata de auténticos tribunales internacionales. Aquellos estados que han ratificado el Primer Protocolo Facultativo han aceptado permitir a las personas bajo su jurisdicción, solicitar del Comité una opinión sobre estas posibles violaciones (El Primer Protocolo Facultativo entró en vigor el 23 de marzo de 1976; el Segundo Protocolo Facultativo, en vigor desde el 11 de julio de 1991, está destinado a abolir la pena de muerte). Si un estado vinculado por el Primer Protocolo se adhiere al Segundo, la competencia del Comité se extiende a las disposiciones de este, salvo que el Estado haga una declaración expresa excluyéndola.

El procedimiento de quejas individuales está dividido en dos fases, una sobre admisibilidad y otra sobre fondo. El Comité decide sobre admisibilidad, pero solo opina sobre el fondo del asunto. La opinión, en principio, no es vinculante; pero el Comité ha realizado una interpretación del Pacto por la que entiende que los Estados es-

tán obligados a seguir sus recomendaciones para la reparación de los abusos producidos.

Es necesario precisar que respecto a las opiniones del CDHNU (así como también en el caso de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) resulta discutible la vinculatoriedad en sus propios términos, puesto que, como lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia, el CDHNU no emite sentencias o resoluciones sino "dictámenes u opiniones", los mismos que, por su propia naturaleza, no constituyen disposiciones con un mandato específico en determinado sentido; a diferencia de las resoluciones de la Corte Interamericana o algún otro tribunal internacional, que expiden resoluciones concretas en determinados casos, cuyo contenido resulta indiscutible y vinculante en sus propios términos. Consecuentemente, dichas opiniones quedarían "... reducidos a una instancia doctrinal, que deberá ser tenida en cuenta de forma relevante por los órganos jurisdiccionales a la hora de interpretar y aplicar soberanamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero no serán, en resumen, decisiones de naturaleza jurisdiccional con vinculación y eficacia ejecutiva sobre los procesos en lós que se produjeron las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas"[120].

3.4.2. CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte Penal Internacional es un tribunal de justicia penal internacional permanente cuya misión es juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad. Tiene personalidad jurídica internacional, y no forma parte de las Naciones Unidas, aunque se relaciona con ella en los términos que señala el Estatuto de Roma, su norma fundacional. Tiene su sede en la ciudad de La Haya, en los Países Bajos.

---

[120] GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María: *¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas?* En Constitución Derecho y Proceso, Libro Homenaje a Fix Zamudio, IDEMSA, Lima, 2010, p. 536.

Conforme al estatuto, la CPI puede asumir la jurisdicción nacional de un país para juzgar crímenes. Estados Unidos se opone a esto. Los crímenes procesados por la CPI son crímenes de jurisdicción universal. Solo actúa la Corte cuando el país del cual sea ciudadano el agresor no pueda o no desee investigar, juzgar y sancionar al agresor.

Los crímenes que puede conocer la Corte se encuentran limitados a los señalados en el artículo 5° del Estatuto de Roma, que son: genocidio; crímenes de lesa humanidad; crímenes de guerra; y, crimen de agresión.

Se rige por los principios de complementariedad o subsidiariedad, pues la Corte funciona solo cuando un país no juzga o no puede juzgar los hechos de competencia de la Corte; nullum crime sine lege, el crimen debe estar definido al momento de la comisión, a la vez que debe ser competencia de la Corte; nulla poena sine lege, por el cual un condenado por la Corte solo puede ser penado como ordena el Estatuto; irretroactivida dratione personae: nadie puede ser perseguido por la Corte por hechos o delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia; responsabilidad penal individual, no serán objeto de la pretensión punitiva las personas jurídicas, salvo como hecho agravante por asociación ilícita; improcedencia de cargo oficial, todos son iguales ante la Corte, aunque el acusado sea, por ejemplo, jefe de Estado; responsabilidad por el cargo; imprescriptibilidad.

La actuación por cumplimiento de cargo no se considera eximente de responsabilidad penal. Asimismo, la Corte no es competente para juzgar a menores de 18 años al momento de la comisión del presunto crimen.

Las sentencias de la CPI configuran pautas para interpretar el contenido del Estatuto de Roma, el cual orienta no solo la formulación de la legislación de los respectivos estados, sino también sirve de guía para la configuración de las figuras delictivas de competencia de la Corte y la aplicación de las mismas a casos concretos.

4. LOS PRECEDENTES Y LA JURISPRUDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

4.1. SISTEMA DEL *COMMON LAW* Y SISTEMA ESCRITO *(CIVIL LAW)*

Como se sabe, los precedentes o jurisprudencia vinculante, histórica y materialmente constituyen un componente de los sistemas jurídicos del *common law,* especialmente del sistema inglés y norteamericano. En estos sistemas, el precedente se traduce como el respeto a lo decidido sin cuestionar puntos ya resueltos. Ello porque en estos sistemas el Derecho es creación básicamente del quehacer judicial de las Cortes a través de sus sentencias que resuelven reiteradamente una causa en el mismo sentido y, que vincula a los jueces en casos futuros idénticos *-stare decisis-*, llegando incluso a entenderse como un precedente judicial con efectos normativos *-erga omnes-* a partir de casos particulares[121].

En los Estados Unidos de Norteamérica el *stare decisis* está referido fundamentalmente a la doctrina y fuerza vinculante de los fallos de la Corte Suprema. No obstante, en general, el precedente constituye una decisión de un tribunal o de un juez tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, necesaria para la resolución del mismo. Dicha decisión adquiere autoridad u obligatoriedad para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango; los que quedan obligados a su aplicación en los subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión[122].

---

[121] LANDA ARROYO, Cesar: *Los precedentes constitucionales.* En Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Dir. por Susana Castañeda. Grijley, Lima, 2010, p. 89.

[122] No obstante debe tenerse presente que respecto a la definición del precedente así como a su contenido no existe uniformidad de criterios, como refiere Edgar CARPIO MARCOS en *Precedente constitucional y los problemas de su aplicación en el Perú;* Plan de Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho; Universidad de San Martín de Porres, Lima 2013, p. 6.

Pero, una única decisión de un Juez o Tribunal (salvo los casos de la Corte Suprema) no es la que produce el efecto vinculante, sino los precedentes judiciales que alcanzan calidad de reglas uniformes. Asimismo, el nivel de vinculatoriedad de dichos precedentes es de carácter flexible, puesto que si bien las decisiones interpretativas de la Constitución realizadas por el Supremo Tribunal vincula a los demás instancias del estado, inclusive estas se muestran receptivas a los cambios sociales para flexibilizar o reemplazar una regla desfasada[123]. Asimismo, en muchos países pertenecientes al *common law,* no todo contenido de los casos anteriores posee fuerza obligatoria o vinculante[124].

En buena cuenta, a través de los precedentes, ordinariamente se determinan las reglas del ordenamiento jurídico, constituyendo estos la base fundamental de los sistemas jurídicos del *common law.* Su fundamento radica en que con ellos se busca preservar la igualdad en la aplicación del orden jurídico y la previsibilidad del funcionamiento y aplicación del mismo; así como concretar criterios de eficacia y eficiencia en la resolución de casos concretos, al aplicar los criterios preestablecidos y aprovechar la experiencia y sabiduría de los jueces que conocieron la cuestión con anterioridad.

En tal sentido, el funcionamiento del sistema del precedente en el *common law,* cumple una finalidad fundamentalmente pragmática, a la vez que de mantenimiento de su tradición jurídica e histórica. No obstante, se sostiene que la aplicación del precedente más que una expresión de la ciencia del derecho configura un arte de resolver una cuestión planteada. Pues, tal como lo señala la doctrina, "... en los

---

[123] "... es necesario considerar que el *stare decisis* norteamericano no es en realidad vinculante y que también en el *common law* se habla de *persuasive precedent*". TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 33.

[124] LEGARE, Santiago; RIVERA, Julio César; SARTORI, Giovanni: En cita de Castillo Alva y Castillo Córdova: *El precedente judicial y el precedente constitucional.* Ara Editores, Lima, p. 331.

ordenamientos del *common law,* origen de la institución del precedente, la referencia a este y, por tanto, a la cuestión de su vinculatoriedad, está definida más por la práctica o costumbre de los tribunales, que por el establecimiento de un vínculo formalmente establecido"[125]. En buena cuenta, en los sistemas del *common law,* la regla o fundamento según la cual los jueces se encuentran vinculados por sus decisiones en casos anteriores, es el denominado principio de *stare decisis,* el cual opera tanto de manera horizontal y de manera vertical[126]. En este sentido, "... el *stare decisis* le impone al juez la obligación de seguir los precedentes de casos previos similares, pero a la vez eleva a la categoría de precedente sus propias sentencias. Permitiendo, de esta manera que la instancia suprema al revisar los fallos de los grados inferiores cumpla una función nomofiláctica al expulsar las interpretaciones contrarias al precedente vinculantes y una función nomotética de crear normas en casos de vacío u otorgar el sentido interpretativo correspondiente a una norma en caso de contradicción de los mismos. Todo lo cual lleva a unificar y ordenar jurisprudencialmente el sistema de fuentes del Derecho"[127].

En cuanto a la estructura del precedente, se diferencia el extremo propiamente vinculante del precedente -*ratio decidendi o holding*- de los argumentos complementarios que dan mayor operatividad y ayudan a explicar lo resuelto -*obiter dictum*- (diferencia que quedó debidamente esclarecida en Norteamérica, desde los tiempos del Juez John Marshall en el caso Cohens vs. Virginia, reconociéndose efecto propiamente vinculante solo a la *ratio decidendi* de lo resuelto; es decir, al fundamento concreto que sirve como base para justificar la decisión. Asimismo, se diferencia un *stare decisis* "vertical"

---

[125] VELEZMORO, Fernando: *"El precedente constitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neocostitucionalismo".* En Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Dirigido por Susana Castañeda, Grijley, Lima, 2010, p. 116.

[126] LANDA ARROYO: *Ob. Cit.* p. 90.

[127] LANDA ARROYO, *Ob. Cit.* p. 91.

(doctrina sentada por un tribunal superior, sobre sus inferiores), del *stare decisis* "horizontal" o vinculación de un tribunal con sus propios precedentes, fundado en los principios de autocongruencia y consistencia.

En definitiva, el precedente vinculante de los sistema del *common law,* en los que las decisiones judiciales constituyen el grueso del material jurídico, ha irradiado su influencia al sistema del *civil law* o sistema escrito de los estados europeos continentales y concretamente a los estados latinoamericanos, como el nuestro, en donde asistimos a un período de asimilación y consolidación de un sistema de precedentes establecidos por los máximos órganos de clausura jurisdiccional como es la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en la justicia ordinaria y la justicia constitucional respectivamente.

4.2. CONSOLIDACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL SISTEMA DEL DERECHO ESCRITO *(CIVIL LAW)*

Como se ha señalado, con la consolidación del Estado Constitucional de Derecho y su correspondiente sistema jurídico, los jueces entraron en la escena jurídica con una capacidad de incidir en las fuentes del derechos de un modo muy relevante; lo que obviamente, puede generar una dispersión de las fuentes normativas y una falta de uniformidad de decisiones para casos concretos, afectándose la propia vigencia y eficacia del Derecho. Para contrarrestar esta inconveniencia, y sobre todo para resguardar la seguridad jurídica, el derecho a la igualdad ante la ley y la unidad y uniformidad en la aplicación del derecho, se vio la necesidad de aceptar dentro de los sistemas de tradición del derecho escrito o *civil law,* la posibilidad de que los propios jueces establezcan criterios de autolimitación de sus competencias y discresionalidad a través de sus propias decisiones, cuyo contenido sería vinculante tanto para los jueces inferiores así como también para los propios jueces emisores de la decisión (principios de autocongruencia y consistencia), en la resolución de casos futuros cuando se plantee la misma cuestión ya resuelta.

De este modo, fue ganando carta de ciudadanía el precedente vinculante o doctrina jurisprudencial vinculante en los sistemas jurídicos en los cuales era ajeno, logrando una influencia total en la propia configuración del ordenamiento jurídico y la percepción misma de la administración de justicia, a tal punto, que por ejemplo, en nuestro medio, actualmente es impensable referirse a la resolución de un caso concreto sin recurrir a las decisiones previas (precedentes vinculantes y doctrina jurisprudencial) de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. Este fenómeno inclusive, se ha experimentado en el plano de las competencias administrativas, en las mismas que el INDECOPI, el Tribunal Registral, y otras entidades reguladoras, se rigen en gran medida por precedentes que ellos mismos establecen para su ejercicio funcional[128].

Sin embargo, es necesario precisar que la consolidación de los precedentes vinculantes en el sistema del derecho escrito no se ha producido por la práctica o decisión de los propios órganos jurisdiccionales, sino más bien por la promulgación de normas legislativas autoritativas al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional para que emitan, precisamente, los precedentes y jurisprudencia vinculantes.

No obstante, pese a la plasmación y consolidación de los precedentes vinculantes en el sistema del derecho escrito o *civil law*, aún no se ha consolidado una teoría del precedente que explique y justifique estas nuevas instituciones jurídicas en nuestro ordenamiento, en el cual tradicionalmente, la jurisprudencia solo aportaba criterios referenciales persuasivos en la medida de la corrección de los argumentos contenidos o desarrollados en la decisión, mas no significaba referencias

[128] Para nadie pasa desapercibido que hoy en el Perú se habla de precedente vinculante en materia constitucional y en materia administrativa también. Tanto la ley orgánica del Tribunal Constitucional, por su lado, como la nueva ley de procedimiento administrativo general, así como las normas que regulan el funcionamiento de los tribunales administrativos de INDECOPI, Registros Públicos, las oficinas reguladoras como OSINERG, etc. contienen normas autoritativas de la emisión de precedentes vinculantes, obviamente cada una en su ámbito de competencia.

obligatorias vinculantes para el Juez. Por ello, es que se requiere de un nuevo enfoque en el estudio y teorización de la jurisprudencia a fin de determinar la verdadera naturaleza jurídica del precedente, su nivel de vinculatoriedad y si realmente configura o no una real fuente del ordenamiento jurídico en el *civil law*[129].

Si bien se asume la utilidad de la teoría del precedente desarrollada en el *common law*(con las correcciones necesarias debido a las relevantes peculiaridades de los sistemas del *civil law*[130]), es necesario resaltar las importantes precisiones que realiza TARUFFO, al señalar: "... es dudoso que una concepción nacida en conexión intrínseca con la historia y la estructura de los ordenamientos del *common law,* pueda representar, inclusive con adaptaciones, un instrumento analítico adecuado para conocer el precedente en los sistema del *civil law* (...); la Corte de Casación no es equiparable a la *House of Lords* y mucho menos a la Corte Suprema de los Estados Unidos". Igualmente numerosas y evidentes son las razones por las cuales, los jueces del *civil law* no son comparables a los ingleses o norteamericanos, en particular por lo que respecta a la formulación de la decisión, la selección de los criterios que la guíen y las modalidades de sus justificaciones. Existen además relevantes diferencias relativas al uso de los precedentes, que se remontan a factores inherentes a la organización judicial, a la teoría de las fuentes, a la concepción del papel del juez, a la cultura de los juristas y a la práctica de la defensa y a la judicial[131].

---

[129] "Una primera consideración que vale la pena hacer, es que el tránsito de la referencia a la 'jurisprudencia' –trivial y poco significativa de los juristas- al análisis del 'precedente', no implica solamente un cambio lingüístico. Ocuparse del precedente en lugar de la jurisprudencia implica, en cambio, asumir la orientación más analítica, interesada en profundizar los mecanismos mediante los cuales la decisión de un caso influye en la decisión de un caso sucesivo, y en indagar sus razones y justificaciones TARUFFO, Michele: *Dimensiones del precedente judicial.* En Jus Constitucional, N° 1, enero-2008, Grijley, Lima, 2008, p. 26.

[130] TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 26.

[131] TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 28.

No obstante, aun cuando no queda clara la configuración del precedente en nuestro sistema de derecho escrito (discutiéndose si debe asumirse la eficacia vinculante propia del *common law,* o solo la eficacia persuasiva típica de la jurisprudencia de los sistema del *civil law),* con los fundamentos de derecho positivo anotados, la existencia del precedente en nuestro ordenamiento ha quedado legitimada. Asumiéndose la teoría del precedente del *common law (*con las correcciones pertinentes debido a algunas relevantes peculiaridades de los sistemas del *civil law)* como fuente de legitimación y de explicación teórica[132].

Más aún, respecto a la legitimación de los Tribunales Constitucionales para expedir precedentes vinculantes en el Estado Constitucional de Derecho, se sostiene que descansa sobre la inteligencia y el poder de convicción que sobre la sociedad y los restantes poderes, poseen sus decisiones. Por lo que resultaría razonable que el Supremo Tribunal de una Nación, ante el cual se discuten los temas sociales más inquietantes para la población, se encuentre dotado de esta válvula de admisión que evite la ineficiencia por saturación[133].

No obstante, debemos dejar en claro desde ya, que no nos parece que se adecue a los criterios del Estado Constitucional de Derecho y a la necesidad de propender a una auténtica vigencia de los derechos fundamentales, la presencia de *precedentes vinculantes con eficacia absoluta,* como los que aparentemente surgirían de lo establecido el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, cuya vinculatoriedad absoluta se ha encargado de promoverla y publicitarla el propio Tribunal Constitucional (y los jueces y demás operadores lo han asumido de manera acrítica); puesto que consideramos

---

[132] TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 26.

[133] OTEIZA, Eduardo: *El* certiorari *o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso.* En revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año3, N° 1, Buenos Aires, 1998, pp. 72 y 73.

que el grado de vinculatoriedad de un precedente, surge especialmente de la fuerza argumentativa que este contiene y no únicamente de la autoridad de la cual proviene; y si bien, dicha autoridad puede estar autorizada legalmente (en el caso nuestro, no constitucionalmente) para expedir el precedente vinculante, no se puede descartar el error o la debilidad argumentativa y otras deficiencias propias del actuar jurídico; por lo que válidamente, un precedente con estas características, puede dejarse de lado (por lo menos excepcionalmente); sobre todo, cuando exista una mejor forma de optimizar los derechos puestos en juego o la eficacia del propio ordenamiento jurídico. Más aún, en la propia doctrina autorizada se sostiene que el valor del precedente no puede excluir a toda otra razón que el juez pueda tener a mano para resolver mejor el caso concreto; pues, el precedente "... tiene un uso argumentativo, es un argumento o una razón más que viene al juicio o balance de razones que realiza el juez y por lo tanto está sometida a la deliberación y evaluación de su fuerza en términos de razonabilidad"[134]. Obviamente, en este caso, quien pretenda desvincularse del contenido del precedente, deberá asumir la carga argumentativa[135] exigida para ello, debiendo proporcionar una argumentación suficiente y reforzada, idónea para generar convicción, no solo sobre la corrección de dicha argumentación, sino y sobre todo, de le necesidad de dejar de lado el precedente vinculante.

4.3. LOS PRECEDENTES JUDICIALES VINCULANTES EN EL PERÚ

En el ordenamiento jurídico del Perú, adscrito al sistema del *civil law*,estando a la necesidad de brindar seguridad jurídica y respetar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, puesta

---

[134] MORAL SORIANO, Leonor: *El precedente judicial.* Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 70.

[135] Respecto a la "carga de la argumentación", ver ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica.* Centro de Estudios Constitucionales, Trad. Manuel Atienza, Madrid, 1989, p. 231.

en riesgo por el reconocimiento de amplias potestades discrecionales a los jueces, igualmente no se ha tenido otra alternativa que impulsar la debida motivación de las resoluciones judiciales y propiciar la autolimitación de dichas potestades a través de la emisión de precedentes judiciales o jurisprudencia vinculante tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema como órganos de clausura de la jurisdicción constitucional y ordinaria respectivamente. Pero reconociéndose como un sistema normativo escrito, en el cual el operador jurídico se siente vinculado fundamentalmente por la norma escrita antes que por las decisiones jurisdiccionales, en el marco del ordenamiento jurídico se han dictado sendas normas autoritativas para que los órganos judiciales de clausura (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) dicten precedentes o jurisprudencia con efectos vinculantes para los demás operadores jurídicos, y en el caso del TC para todos los órganos y entidades públicos y privados[136].

Así, los precedentes y doctrina jurisprudencial del TC son vinculantes porque así lo establecen los arts. VI y VII del Código Procesal Constitucional; igualmente, la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema en materia penal es vinculante porque así lo establece el artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, el artículo 433°.3; asimismo, en materia civil con vinculantes porque así lo establece el artículo 400° del Código Procesal Civil; en materia contencioso-administrativa son vinculantes porque lo estipula el artículo 40° del TUO del Proceso Contencioso-administrativo, D. S. N° 013-2008-JUS; en materia laboral son vinculantes porque lo estipula la Ley Procesal del Trabajo N° 29497; igualmente, las decisiones de la Sala Constitucional y Laboral de la Corte Suprema con vinculantes cuando absuelve apelaciones o consultas en los casos en que los órganos jurisdiccionales inferiores inaplican una norma infraconstitucional, en virtud a las

[136] Al respecto ver mayor información en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia*. Ideas Solución Editorial, Lima, 2016, Tomo I y Tomo II.

propias disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial; finalmente, en el ámbito administrativo los Tribunales Administrativos pueden dictar precedentes de obligatorio cumplimiento por las demás instancias en virtud a lo dispuesto por la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

En tal sentido, en nuestro medio, normativamente se han plasmado estas nuevas fuentes del Derecho que orientan el accionar de los operadores jurídicos, y sobre todo, inciden profundamente en la configuración del propio ordenamiento jurídico y de sus instituciones y categorías. Pero como podrá verse, la validez y eficacia de los precedentes así como su nivel de vinculatoriedad está determinado por la existencia de la norma autoritativa más que por su necesidad o por la propia naturaleza del Estado Constitucional de Derecho.

5. EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En la actual configuración del ordenamiento jurídico en el Estado Constitucional de Derecho, sustentado en la vigencia de los Derechos Fundamentales, los valores y principios constitucionalmente valiosos, matizados por los criterios de Proporcionalidad, Ponderación y Razonabilidad (además de la subsunción legal), el *Derecho penal* debe estructurarse, desarrollarse y aplicarse respetando este nuevo marco jurídico; y claro, tomando en consideración el nuevo sistema de fuentes del ordenamiento, pero respetando el principio de legalidad, en virtud al cual no pueden aceptarse como fuentes normativas para configurar un tipo penal o para establecer una pena, las decisiones de las Cortes y Organismos Internacionales, de los Tribunales Constitucionales y del Órgano Jurisdiccional; sin embargo, estas decisiones y demás fuentes, serán de observancia obligatoria para negar los tipos penales o para denegar la aplicación de la pena (para quitar relevancia penal a los hechos) o para configurar el contexto dentro del cual se debe aplicar la norma jurídico-penal; esto es, solo podrán ser consideradas como

fuentes normativas *in bonam partem* (cuando favorezcan al imputado o reo). Solo de este modo, estaremos hablando de un derecho legítimo y eficaz[137].

Pues, no debemos olvidar que, en buena cuenta, la función básica del Derecho penal, es obtener la paz social, asegurando un orden

---

[137] "La actividad científica se ocupa principalmente de la cuestión de la *legitimación* del Derecho penal: la ciencia del Derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es. Con otras palabras, debe señalar qué discurso acerca de lo justo y lo injusto, en una época determinada es un discurso *verdadero*, la *verdadera* expresión de la Constitución normativa de la sociedad. Corresponde a la ciencia elaborar la autocomprensión normativa de su tiempo, reconducir el conjunto de las instituciones jurídicas al fundamento que les da legitimidad. (...) la actividad ordenadora, para tener carácter científico, debe realizarse a partir de un principio esclarecedor de legitimación. Quien como "auxiliar del Derecho", solo se mantiene al interior del sistema jurídico, puede efectivamente contribuir al sistema, pero no por ello realiza una tarea científica. En cambio, la obra que depura el concepto del Derecho hasta llegar al fundamento de su legitimación, es resistente al *dictum* de *von Kirchmann* (1847) y no se convierte en papel de desecho en virtud de "tres palabras rectificadoras del legislador", ya que el fundamento no se encuentra a disposición del legislador; es este el que si no acierta al verdadero fundamento, no produce más que "leyes de desecho".
El orden material existente según conceptos o fines es el presupuesto necesario de cualquier aplicación consecuente del Derecho y no una tarea específica de la ciencia. Tal orden puede realizarse también retrospectivamente, por ejemplo elaborando hoy un sistema del Derecho romano, o incluso utópicamente, si se elabora un sistema de los derecho y deberes en estadios avanzados del comunismo. La ciencia, en cambio, pone en relación del Derecho con el espíritu de su tiempo y ordena pero al mismo tiempo le reconoce o le desconoce legitimidad a tal derecho a partir de ese espíritu". Según la época de que se trate entran en consideración fundamentos de ordenación y legitimación muy diversos: la autoridad de los antiguos; la razón y el entendimiento, este último como fundamento de configuraciones efectivas o como conceptualización deductiva; la lógica objetiva; actualmente el espíritu cristalizado en la configuración o imagen de la sociedad, y otros más". JAKOBS, Günther: *El Derecho penal como disciplina científica*. Trad. Alex van Weezel, Civitas, Pamplona, 2008, pp. 22 y 23.

jurídico fundado en la justicia, la dignidad humana y los Derechos Fundamentales[138], y la legitimación de su presencia en la sociedad está dada por el hecho que, aun cuando es un mal, es un mal menor que el que busca evitar, tratando de reducir al mínimo posible el grado de violencia en la sociedad. Por ello el Derecho penal, y todo el control penal, integrado además, por otras disciplinas como la procesal penal, penitenciaria, penológica, etc., tienen que armonizar la necesidad de defensa de la sociedad (de sus bienes jurídicos o intereses relevantes) con la vigencia de los Derechos Fundamentales[139]. Por ello, las propias Constituciones establecen un marco político-criminal armonizando estos intereses, los mismos que siempre van a presentarse como contrapuestos. Por ello mismo, no creemos que sea posible estructurar un sistema penal altamente técnico desde un plano abstracto, doctrinario y normativo que deje de lado los Derechos Fundamentales, los mismos que constituyen entes con una existencia propia (más allá de su propia configuración normativa) y con existencia previa a las normas, a la vez que han sido reconocidos en los Pactos y Convenios Internacionales como realidades tangibles y connaturales a la persona humana[140].

Nuestra Constitución Política en su Artículo 44° delínea el *Plan Político Criminal* del Estado, precisando que son deberes primordiales de este, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (fundamentales) y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, lo que establece la obligación de elaborar respuestas

---

[138] Esta especial referencia a la dignidad humana es desarrollada por Percy GARCÍA CAVERO en: *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2008, p. 272 y ss.

[139] Al respecto ver TORRES CHEDRAUI, Ana María: *Derechos humanos y búsqueda de la verdad en el proceso penal. Una propuesta de armonización.* Comares, Granada-España, 2015, pp. 11 a 36.

[140] Y claro, son los derechos fundamentales, valores y principios constitucionalmente valiosos, así como las condiciones que propician su real vigencia o su reconocimiento en el mayor grado posible, los que dan contenido a los bienes jurídicos u objetos de protección del Derecho penal (bienes jurídicos penalmente tutelados).

preventivas frente a los hechos antisociales o criminales; concretando el compromiso de investigar y sancionar estos hechos a fin de hacer realidad la finalidad preventiva del Derecho penal. Ello a la vez implica que el Estado deberá criminalizar las conductas antisociales a través de normas sustantivas que den contenido al Derecho penal; asimismo, que deberá elaborar instrumentos procesales que permitan aplicar las normas sustantivas de modo eficaz. Todo ello naturalmente, en el marco de vigencia de los Derechos Fundamentales y demás valores y principios democráticos y constitucionales. En tal sentido, este plan político criminal de nuestra Constitución encuadra claramente en el marco del actual *Estado Constitucional de Derecho,* en el que se debe tener en cuenta fundamentalmente a la persona humana, concebida esta, no solo como individuo, sino también como un ente social[141].

Pero claro, la formulación y promulgación de las normas penales configurativas del Derecho penal deben obedecer a una finalidad o exigencia político-criminal; a la vez que la interpretación y aplicación de las mismas no deben perder de vista dichas finalidades y exigencias, de tal manera que la norma sea finalmente (por lo menos desde un punto de vista sustantivo) eficaz; es decir, que logre la finalidad para la cual fue formulada, cumpliendo así las exigencias sociales que

[141] En este mismo sentido se pronuncia ROXIN, cuando señala que en el desarrollo de los conceptos político-criminales y de proyectos de reforma por la ciencia jurídico-penal no debe limitarse a la ya tratada actuación asesora en proyectos preparados por el legislador, sino que debe centrarse en la elaboración de concepciones de reforma independientes que sean presentadas al mundo de la especialidad para la discusión, y al legislador para motivarlo a iniciativas legislativas. Asimismo, estas recomendaciones no deben basarse en pareceres subjetivos y arbitrarios, irrelevantes legislativamente, sino que deben desarrollar y concretar los mandatos de la Constitución; es decir, especialmente el principio de Estado de Derecho y Estado Social (léase, Estado Constitucional de Derecho), la validez absoluta de la dignidad humana, la importancia de los derechos fundamentales y los resultados de la discusión internacional de reforma. Precisando que ésta es una tarea científica y que solamente puede ser llevada a cabo por científicos. ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Traducción de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007, pp. 27 y 28.

evidenciaron su necesidad de promulgación. Solo de este modo tendremos un Derecho penal funcional y capaz de lograr sus fines. Pero además, este Derecho penal tiene que ser legítimo y para ello, en el Estado Constitucional de Derecho, debe encuadrarse en el marco de vigencia de los Derechos Fundamentales[142].

Este criterio ha sido claramente establecido por nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que se ha pronunciado precisando que *"... teniendo en cuenta las dimensiones «subjetiva» y «objetiva» de los derechos fundamentales, los procesos constitucionales no solo protegen los derechos entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, asegurando su contenido y removiendo aquellos obstáculos que interfieran en su plena efectividad, sino también atendiendo a su dimensión de valores materiales del ordenamiento jurídico. Es por ello que los procesos constitucionales (incluyendo aquellos orientados a la tutela de derechos fundamentales) gozan de una dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de valores institucionales. En consecuencia, en todos los procesos constitucionales subyace siempre una defensa del orden público constitucional.*

En este sentido, debe tenerse presente que no solo gozan de cobertura constitucional las garantías penales que asisten al imputado como principios limitadores de la Potestad Punitiva del Estado, sino también las funciones preventivo generales, que se derivan del deber estatal de "(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...). En

---

[142] Este criterio ha sido plasmado por nuestro Tribunal Constitucional, el que señala que: El artículo I del Título Preliminar de nuestro Código Penal establece que la finalidad de la legislación penal es la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad. Esta disposición orienta al conjunto de las normas sustantivas y procesales, y deben ser interpretadas a la luz de las consideraciones hasta aquí anotadas. Sería un contrasentido si una sociedad democrática tolera la impunidad en nombre de disposiciones adjetivas que tienen otra finalidad. (sentencia vinculante del TC. Exp. N° 2798-2004-HC/TC (Caso Vera Navarrete – Pub. P. Web 10 de febrero del 2005). FJ. 20.

atención a ello, podemos afirmar que una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no solo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho. (...) ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer "a toda costa" la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material. (...).

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho"[143].

En el plano doctrinario, la percepción del control penal y del Derecho penal anotada, coincide claramente con los postulados de la teoría elaborada por ROXIN desde una perspectiva teleológica y una finalidad político-criminal o de necesidades sociales de punición[144],

---

[143] EXP. N° 03660-2010-PHC/TC. 25/05/2011. Caso Crousillat López Torres. FJ. 12 y 13.

[144] Al respecto, con toda claridad ROXIN señala: "Los objetivos finales que guíen al sistema en su totalidad y a la elaboración de cada una de las instituciones jurídicas deben ser, entonces, de tipo político-criminal. En esto entiendo yo bajo política criminal, a diferencia de p. ej, Liszt, no solamente la elección de las sanciones preventivo-especiales (o también en otras concepciones básicas, preventivo-generales) que sean más efectivas para prevenir el delito, sino la totalidad de los aspectos valorativos, según nuestra Constitución y legislación penal, que sean determinantes en la fijación y determinación tanto de los presupuestos de la punibilidad como también de las sanciones. Luego también los elementos limitadores de la pena de nuestro ordenamiento penal, como la frase del *'nullum crimen'* o del principio de culpabilidad, son, para mí, componentes de la política

por lo que consideramos que todo desarrollo y estructuración de los conceptos y categorías del Derecho penal así como el análisis, interpretación y aplicación de las normas que lo componen, no deben perder de vista dicha finalidad y sobre todo, las necesidades preventivas. Sin embargo, no se trata de facultar al intérprete del Derecho o de la norma (Juez, Jurista, u otro operador jurídico) para determinar el contenido de los categorías jurídico penales, o para considerar la presencia de la necesidad de pena o la exención de la misma, conforme a sus propias representaciones político-criminales o criterios preventivos, sino que deben averiguarse las hipótesis preventivas que sirven de base a la propia ley[145].

Todo ello sin dejar de lado, desde luego, las demás teorías que sin contradecir, en esencia, los postulados básicos de la teoría de ROXIN, vengan a complementarla o reforzarla. En tal sentido, podrán aplicarse algunos de los criterios normativistas y funcionalistas de JAKOBS, así como los desarrollos del finalismo y del causalismo, o inclusive de las que proponen un retorno al Derecho penal liberal (Liberalismo Racionalista y Escuela de Frankfurt) en la medida que no contradigan ni desnaturalicen la propuesta Roxiniana[146]. Especial-

---

criminal de un Estado de Derecho". *La teoría del delito en la discusión actual.* Traducción de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007. p. 42.

[145] ROXIN: *Derecho Penal. Parte General.* Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remensal; Civitas, Madrid, 1999, p. 793.

[146] Al evaluar y aplicar las teorías jurídicas y obviamente las del Derecho penal, debemos tener en cuenta que no existen modelos jurídicos o teorías cerradas o completas, estos solamente existen en las ciencias exactas como la matemática, la física o las formales como la lógica y medianamente en las económicas, que en buena cuenta tienen un sustento esencialmente matemático. En estas, los modelos y las teorías científicas, están configurados por un conjunto de axiomas *(proposición tan clara y evidente que se admite sin necesidad de demostración)* y teoremas *(proposición demostrable lógicamente partiendo de axiomas o de otros teoremas ya demostrados, mediante reglas de inferencia aceptadas)*, que si se alteran, varían o si se introduce algún elemento ajeno al axioma o teorema, se falsea el modelo o teoría científica

mente, nos parece de necesaria aplicación los criterios elaborados por JAKOBS respecto a la imputación penal (imputación objetiva) a los que concibe, no solo con una concepción tradicional vinculada a la determinación de la relación de causalidad entre la acción y resultado en los delitos de resultado o en los delitos imprudentes, sino desde la perspectiva general en la propia determinación e imputación de la acción así como del resultado; pasando naturalmente, por considerar los demás elementos o aspectos objetivos desarrollados por las otras teorías del delito para establecer la imputación penal.

Obviamente, el desarrollo del Derecho penal para ser legítimo, deberá respetar, precisamente, los principios legitimadores dentro del Estado Constitucional de Derecho, los que más allá de los principios tradicionalmente conocidos, deben complementarse con los grandes principios que orientan la formulación y desarrollo de todo el ordenamiento jurídico, como son el bien común y la dignidad humana, el principio de supremacía de la Constitución, el principio de interdicción de la arbitrariedad, así como la constitucionalización del principio de legalidad penal; de este modo se descarta uno de los grandes peligros del Estado Democrático, que es su fracaso como custodio de la paz social y el bienestar colectivo. Pero claro, en el ámbito penal, el bien común y la dignidad humana solo podrán operar para modular la intervención penal, siempre a favor del imputado, así como también al momento de la formulación de las propias normas jurídico-penales.

Asimismo, deberá implementarse y aplicarse un sistema legítimo de imputación penal, que tome en cuenta los aspectos esenciales de la

---

y pierde su valor o utilidad. En cambio los modelos y teorías jurídicas orientados a fines, valores o aspiraciones de justicia o legitimidad, no son exactos, constituyen únicamente un conjunto de argumentos lógico-jurídicos para justificar las propuestas normativas, y resultan válidos solo si son aceptados consensual o mayoritariamente; por tanto, al tratarse de argumentos, estos pueden complementarse, mejorarse o explicarse mejor con elementos provenientes de otros modelos o teorías, en función de las finalidades que se persigan.

persona afectada, tanto en su perspectiva individual así como social, a la vez que capaz de adecuarse a criterios especiales que pudieran existir respecto a la persona del autor[147]. Debiendo tenerse en cuenta los principios generales que subyacen en el Estado Constitucional de Derecho, tales como:

El bien común, entendido como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible, tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros, el logro más pleno y más fácil de su propia realización y perfeccionamiento. Este, es un principio ordenador de todo el orden constitucional. Vincula al *orden, tranquilidad, seguridad, justicia y paz social,* e inclusive al desarrollo integral y equilibrado de la Nación. El orden, la paz y la justicia implican armonizar el respeto al ordenamiento jurídico (legalidad, derechos y garantías) y la eficacia del sistema. Pues, hay que entender que el Derecho penal no produce un orden originario sino secundario y subsidiario que no crea por sí mismo valores o bienes jurídicos sino que protege a los individualizados por otras esferas jurídicas, buscando sin embargo, asegurar un mínimo de concordancia para el mantenimiento de las relaciones sociales que permitan la unidad e identidad político-jurídica de la comunidad, reduciendo la violencia informal y limitando la que proviene desde el poder público. Este principio está contenido expresamente (aunque no se define su contenido) en el artículo 44º de la Constitución Política del Estado.

La dignidad humana, es la cualidad esencial de la persona referida a su naturaleza racional, consciente, espiritual y libre que le da señorío, autonomía y singularidad en la vida y en la sociedad; dentro de la vida social y política se expresa fundamentalmente a través del ejercicio de la libertad dentro de los valores y fines comunes, preservando un espacio de interioridad y singularidad propia de cada hombre

[147] Por ejemplo su condición de *reincidente,* la misma que no significa, como erróneamente sostienen algunos, una infracción al principio *ne bis in idem,* sino más bien una condición personal del agente.

con una vida y un fin por realizar existencialmente. La sociedad y su organización deben crear las condiciones o ámbito para su realidad. El respeto de la dignidad y su auspicio constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado.

La dignidad humana es una cualidad que corresponde a toda persona por el hecho de ser tal, no es una simple atribución social o jurídica que necesita de un reconocimiento social o jurídico para su existencia, por el contrario, se justifica en sí misma, tal como lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución Política. Se trata de un principio-derecho que supone el respeto del hombre como fin supremo en sí mismo. Es Derecho por cuanto conlleva el derecho irrefragable a un determinado modo de existir. Es principio por cuanto constituye el valor superior del ordenamiento constitucional y presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales. Por ello, el ordenamiento jurídico debe auspiciarla y el Derecho penal no puede desconocerla, por lo que se convierte en un límite infranqueable para la formulación y aplicación del Derecho penal.

En tal sentido, la formulación de la ley penal, la dogmática penal (la teoría del delito y cada una de las instituciones jurídico-penales) así como los criterios jurisprudenciales, deben tener como límite la dignidad humana; a la vez que la imputación penal no podrá negar esta calidad a la persona contra quien enfila la respuesta penal. Este principio está contenido en el artículo 1° de la Constitución, concordante con el numeral 22 del artículo 2° de la Norma Suprema, a la vez que toda la Constitución está imbuida de este principio-derecho, lo que a la vez, se refleja en todo el ordenamiento jurídico.

El principio de supremacía de la Constitución, entendido en general dentro del conjunto de normas (reglas o principios) que conforman el Derecho u ordenamiento jurídico, respecto a las cuales la Constitución tiene la máxima jerarquía, y por ello una norma de rango inferior no puede oponerse en ningún caso a la Constitución. Ello implica, obviamente, reconocer la fuerza normativa de la Consti-

tución[148]; a la vez que la ley y la norma reglamentaria deben ajustarse formal y materialmente a la Constitución. En tal sentido, cualquier vulneración a la Constitución provoca la invalidez de la norma inferior. Asimismo, se habla de una supremacía objetiva, que significa que la Constitución preside el ordenamiento jurídico de la Nación (Art. 51°); y de una supremacía subjetiva, en el sentido de que ningún acto de los poderes públicos o de los particulares puede vulnerar la Constitución (artículos 38° y 45°). Finalmente, este principio determina que las disposiciones contenidas en la Constitución sean exigibles a través de los procesos constitucionales (acciones de garantía) y sean aplicables directamente[149]. Este criterio de supremacía constitucional debe observarse estrictamente en la formulación, interpretación y aplicación de las normas de contenido penal.

El principio de interdicción de la arbitrariedad, tiene como presupuesto el hecho que, quien ejerce el poder público debe hacerlo con sujeción a la Constitución y a las leyes y con las limitaciones y responsabilidades contenidas en ellas. Ello lleva a la necesidad de controlar jurisdiccionalmente la discrecionalidad administrativa y de todo poder público[150], incluido las propias decisiones jurisdiccionales.

---

[148] Principio que ha sido desarrollado extensamente por el Tribunal Constitucional en el EXP. N.° 01417-2008-PHC/TC. 28/11/08. FJ. 3.; entre otros.

[149] La aplicación directa de la Constitución, determina la facultad de todo operador jurídico (sean estos judiciales, fiscales o administrativos) para aplicar directamente la Constitución dejando de lado una ley u otra norma de menor jerarquía, cuando esta no resulta compatible con la norma constitucional. En tal sentido, se descartan los criterios en el sentido que la autoridad administrativa de todos modos debe aplicar la ley (aun contra la Constitución); así como también el tímido criterio del Tribunal Constitucional que establece que la autoridad administrativa solo puede preferir la norma constitucional, cuando se trate de Tribunales colegiados con competencia nacional; lo cual obviamente nos parece incorrecto, y peor aún, a la fecha ha sido negado (sin fundamento alguno) por el propio Tribunal Constitucional esta facultad de la autoridad administrativa.

[150] Al respecto el TC ha sostenido: «... *el principio de interdicción de la arbitrariedad es un argumento fuerte a favor de la justificación de*

En general, en virtud a este principio, el Estado y todas sus instituciones u organismos, están obligados a actuar dentro del marco de la Constitución y la ley y de no hacerlo pueden ser conminados a través de un proceso judicial contencioso administrativo o constitucional, e inclusive a través de la imputación penal, como será el caso de la imputación de responsabilidad por el delito de Abuso de Autoridad, o también quedar sujetos a la correspondiente obligación de resarcimiento del daño ocasionado con su accionar; y claro, este principio de observarse, al igual que el anterior en la formulación, interpretación y aplicación de la ley penal.

El principio de legalidad, como se sabe, se enuncia con el conocido apotegma *nullum crimen, nullum poena sine lege.* Exige que solo por ley se establezcan los delitos y las sanciones penales que corresponden a cada hecho delictivo; esto es, que las conductas prohibidas y las penas estén claramente establecidas y delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de

---

las decisiones judiciales, ya que el respeto de este principio implica la fundamentación en base a razones objetivas de la decisión judicial, es decir, han de ser las razones ofrecidas por el Juez las que justifiquen la decisión, más no se tolerará aquellas decisiones que se basen en la voluntad o en el capricho del juzgador, puesto que la misma devendrá en una decisión arbitraria». (...)

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia yel derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo". STC Nº 0090-2004-AA. Caso Callegari Herazo.

le ley penal (*lex praevia*). La prohibición de la aplicación de otra ley que no sea la escrita (*lex scripta*). La prohibición de la analogía (*lex stricta*). Y la prohibición de aplicación de cláusulas generales indeterminadas (*lex certa*).

Pero claro, (y acá la perspectiva diferente del Derecho penal y del *principio de legalidad* en el Estado Constitucional de Derecho) este principio de legalidad tiene que evaluarse y determinarse sin dejar de lado su "constitucionalización" actual; lo que implica tener en cuenta los Derechos Fundamentales como entidades con existencia propia e independientes del orden jurídico penal; lo que a la vez, determina que en muchos casos, pueda dejarse de lado la aplicación de la propia norma penal (con lo que el hecho queda fuera del alcance del sistema penal), por no condecirse con la necesidad de vigencia de los referidos Derechos Fundamentales o por afectarlos desproporcionada e innecesariamente. Este principio está contenido en el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución.

Este enfoque del Derecho penal y particularmente del principio de legalidad, a la vez nos permite tomar posición respecto al fundamento y función del Derecho penal, que no serían precisamente, el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad, la vigencia de la norma o el restablecimiento de la norma defraudada, como sostiene la Teoría Funcional Sistémica (Radical), sino más bien la protección de estos entes supremos (Derechos Fundamentales) y sus condiciones de vigencia, erigidos en bases de todo el sistema social y jurídico.

En una perspectiva de este tipo, el sistema o subsistema penal no puede configurar un sistema autopoiético[151] capaz de autogenerarse

[151] "En concreto, el concepto de "autopoiesis" proviene de las aportaciones en el campo de la Biología debidas al biólogo chileno Humberto MATURANA, en colaboración con su discípulo Francisco VARELA. Para estos autores, los sistemas vivos se caracterizan por la capacidad de producir y reproducir por sí mismos los elementos que los integran, definiendo su propia unidad.

y autolegitimarse, o la garantía de la identidad normativa de la sociedad[152], sino por el contrario, configuraría un sistema instrumental para lograr los fines constitucionales referidos a los Derechos Fundamentales, a los que debe agregarse la necesidad de protección y preservación de los valores y principios constitucionalmente valiosos que sustentan al propio Estado Constitucional de Derecho.

Obviamente, estos Derechos Fundamentales constituyen realidades objetivas de existencia previa al sistema penal y no pueden ser desconocidos por este, configurando los grandes bienes jurídicos dignos de la mayor protección, siendo necesario que se generen, protejan y preserven sus condiciones de vigencia y se auspicie su mayor reconocimiento efectivo, trascendiendo los propios contenidos normativos o identidad normativa (legal). En tal sentido, más allá de la concepción netamente social de ciertas teorías del delito, debe tomarse en cuenta a la persona humana en su integridad, tanto en su connotación social así como individual[153]. En efecto, así se re-

---

Esta función de autorreproducción es llevada a cabo por células, que son elementos integrantes del sistema, y se realiza en el interior del mismo sistema". POLAINO NAVARRETE, Miguel: *"Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas"*. Grijley, Lima, 2004, p. 29, cita N° 50.

[152] Criterio que fundamenta la Teoría Funcional de JAKOBS. Ver *Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Traducción de CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996, p. 15.

[153] Al respecto, ver ROXIN: *La teoría del Delito en la discusión actual.* Trad. de Manuel Abanto. Grijley, 2007, pp. 46 y 53.
En el mismo sentido GARCÍA CAVERO, señala: "Ser persona, significa, sin duda, poseer un estatus que hace referencia a la situación social del individuo, pero esta titularidad no depende de una decisión de reconocimiento del sistema social o de sus órganos competentes (Constitución Política, congreso o incluso tribunales judiciales). El reconocimiento de una persona no se debe al reconocimiento social o a las especiales reglas de constitución de la sociedad, sino al hecho natural de ser un ser humano. La calidad de persona le corresponde a *alguien* por el hecho de formar parte del género humano, por lo que puede decirse que la naturaleza posee, en este sentido, fuerza normativa". *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Grijley, Lima, 2008, p. 510.

conoce al ser humano en los Convenios y Convenciones universales sobre Derechos Humanos, así como en las decisiones de las Cortes y Organismos Internacionales, que como lo hemos visto en el capítulo anterior, resultan vinculantes[154].

[154] Las ideas fundamentales de esta parte han sido tomadas de ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón.* Trotta, Madrid, 1998. Y *Razones jurídicas del pacifismo.* Trotta, Madrid, 2004. Asimismo, de ANSUÁTEGGUI: *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución.* Grijley, Lima, 2007.

III. CRITERIOS SOBRE TEORÍA DEL DELITO E IMPUTACIÓN PENAL

1. BIEN JURÍDICO, DOGMÁTICA PENAL Y TEORÍA DEL DELITO

1.1. DERECHO PENAL Y BIEN JURÍDICO

Toda sociedad, para proteger los intereses o valores considerados más importantes para la propia pervivencia de la comunidad y el desarrollo pacífico y armónico de las relaciones intersubjetivas entre los componentes del grupo social, ha generado a lo largo de su desarrollo socio-jurídico una serie de instrumentos para la protección de dichos intereses; pasando por mecanismos no formales provenientes de la moral, la educación, la iglesia, los usos, costumbres, convencionalismos, etc., hasta llegar a mecanismos de control formalizados integrantes del Ordenamiento Jurídico. Por el hecho de ser protegidos jurídicamente, esto es, mediante la coerción estatal, estos intereses, valores y facultades, prerrogativas, o condiciones consideradas positivas, asumen la calidad de *bienes jurídicos.*

Estos bienes jurídicos inicialmente se han forjado teniendo una perspectiva netamente individualista y a partir de los llamados derechos subjetivos individuales -hoy integrantes de los llamados "derechos fundamentales de la persona humana"-, para luego también tomarse

en cuenta intereses y valores supraindividuales o intereses públicos de toda la sociedad o del Estado. Sin embargo, estos bienes no gozan de una protección en la misma intensidad de parte del ordenamiento jurídico. Así, existen bienes jurídicos que no trascienden la esfera particular o individual, cuya lesión implica también un ataque a un interés particular, y por tanto son protegidos por una norma proveniente del derecho privado, tal es el caso de los bienes o intereses sujetos a la responsabilidad civil. Igualmente, hay otros bienes que si bien son de una connotación pública o general, su protección se ha encargado al derecho administrativo sancionador, por considerarse que la afectación de los mismos no es de tanta trascendencia, por lo que no entraña la imposición de una pena al agente de dicha afectación; estos son los bienes sujetos a las sanciones administrativas o disciplinarias. Asimismo, existen otros bienes jurídicos[155] más trascendentes que tienen que ver con los intereses públicos superiores que la comunidad en su conjunto y del Estado en su representación, y por ello el ordenamiento jurídico tiene especial interés en protegerlos; estos son los bienes jurídicos penalmente tutelados, es decir, aquellos cuya protección se realiza con el mecanismo más severo e intenso de todo el ordenamiento jurídico, como es la pena, y cuya afectación entraña la atribución de ***responsabilidad penal*** al agente.

Esto es, se considera bien jurídico a todo interés, derecho o potestad (público o privado) o a ciertas condiciones favorables a estos, susceptibles de ser protegidos por las normas penales; los mismos que, a la vez, constituyen "... una síntesis jurídica concreta de una relación social determinada y dialéctica, basada en un condicionamiento participativo

[155] Refiriéndose a los bienes jurídicos penalmente tutelados Urquizo Olaechea refiere "... son bienes vitales, fundamentales para la existencia en común, que abarcan aspectos individuales, colectivos e institucionales que concurren en los procesos de relación del individuo dentro de su comunidad y del sistema social y del funcionamiento del mismo". URQUIZO OLAECHEA, José: *El Bien Jurídico.* En: Revista Peruana de Ciencia Penales. Año III, No. 6, GC Ediciones; Lima 1998, p. 811.

y pluralista de la sociedad"[156]. Pues, tal como refiere HORMAZÁBAL MALARÉE: "... los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas, de carácter sintético, protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno"[157]. O también, como refiere ROXIN: "Los bienes jurídicos son 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 y para el funcionamiento del propio sistema"[158]. El contenido de los bienes jurídicos en el Estado Constitucional de Derecho viene determinado por el propio orden constitucional y cuando no lo estuviera, debe determinarse y sustentarse conforme a los derechos fundamentales y a los valores y principios constitucionalmente valiosos, dentro de los cuales tienen un papel preponderante la dignidad de la persona, los principios de soberanía del pueblo y del Estado democrático así como de la propia forma republicana de gobierno (Artículo 3° de la Constitución Política del Estado)[159].

Debe precisarse sin embargo, que la teoría funcionalista sustentada por JAKOBS, distingue entre un concepto de bien jurídico en sentido estricto, entendido como una relación funcional entre el sujeto y una situación valiosa (p. ej. el bien jurídico en los delitos contra el patrimonio no es la cosa lesionada, sino las posibilidades de disfrute que se tiene sobre ella), y un concepto de bien jurídico propio del Derecho penal, consistente en la prohibición contenida en la norma penal, como la prohibición de matar, dañar o agredir sexualmente, etc. En

---

[156] BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manuel de Derecho Penal. Parte Especial.* Editorial Ariel S. A. Barcelona, 1991, p. 5.

[157] HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y Democrático de Derecho.* Idemsa, Lima, 2005, p. 169.

[158] ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General.* Traducción de Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

[159] En sentido similar también se pronuncia ROJAS VARGAS: *Ob. Cit.* p. 459, con cita de Bricola.

tal sentido, para esta teoría, bien jurídico, es un concepto normativo: la vigencia de la norma[160].

Más allá de su contenido valorativo, el bien jurídico se constituye en el elemento sistematizador del Derecho penal, pues todas las normas de la parte especial se estructuran en base a una ordenación de los bienes jurídicos. "El bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos (...); es el núcleo material de toda norma de conducta y de todo tipo construido sobre ella. La interpretación de

---

[160] En efecto, para el funcionalismo sistémico, la función del subsistema penal es mantener la confianza de los ciudadanos en el sistema. El Derecho penal se concibe como un instrumento para estabilización del sistema. La protección social se produce "reafirmando al que confía en la norma". El Derecho penal tiene por función: a) ejercitar en la confianza en la norma y b) ejercitar en la fidelidad al derecho; los que se resumen en el reconocimiento de la norma. De esta manera el Derecho penal contribuye al mantenimiento de la configuración social y estatal mediante la función de garante de normas. Esta garantía implica que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas, con la comisión de un delito. Por tal motivo, el bien jurídico penal que debe proteger al derecho es la "firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación". Por ello, lo que constituye una lesión de bien jurídico-penal no es la causación de una muerte, sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable". Por ello el derecho no se concibe como protector de bienes jurídicos, ni en instrumento de valorizaciones, sino que es un instrumento de estabilización social.
La defraudación de la expectativa o la defraudación normativa, exigen la estabilización del sistema mediante reafirmación de la vigencia de la norma. Con ello se consigue la confianza en la norma y en la funcionalidad del sistema. El delito constituye una disfuncionalidad y la pena el medio con el cual se produce la estabilización del sistema. La pena reafirma la vigencia de la norma. Esto es, expresa que la norma rige y que la disfuncionalidad no. La infracción o desobediencia a la norma, pone de manifiesto expresivamente que para el autor tal norma no rige; paralelamente, la imposición de la pena tiene el significado de expresar que tal idea del infractor no es correcta, que la norma rige, que está vigente. De manera que con la pena lo que expresa es la vigencia de la norma, por lo que con ellas se mantienen estabilizadas las expectativas de la sociedad. Por ello, la misión de la pena, no es evitar lesiones de bienes jurídicos, sino reafirmar la vigencia de la norma.

la ley penal –y con ella su conocimiento-, sin la directriz que le da la noción del bien jurídico es simplemente imposible"[161].

Los bienes jurídicos, en consecuencia, cumplen diversas funciones, como la de delimitar el *ius puniendi* estatal; una función teleológica, en cuanto proporciona los criterios para interpretar y determinar el sentido y alcance de los tipos penales; una función determinante del núcleo material de los injustos; indica qué debe proteger del Derecho penal y para qué; pero sobre todo, cumple una "función de legitimación material de la norma penal que como expresión formalizada de control necesita ser justificada racionalmente en el Estado democrático"[162].

La protección de estos bienes incluso se adelanta o intensifica de tal modo que se sanciona no solo la afectación a través de una lesión efectiva, sino que se protege de la simple puesta en peligro; además, se protege no solo de las acciones o conductas consumadas, sino también de las afectaciones intentadas (delitos en grado de tentativa). Asimismo, en muchos casos, ni siquiera se espera que se realicen actos ejecutivos orientados directamente a su afectación, sino que se adelanta la punición a momentos previos configurativos de los llamados actos preparatorios.

A los bienes jurídicos penalmente tutelados integrados por los derechos fundamentales de la persona y que forman la base de existencia del sistema -sin ellos no es posible la existencia de ningún sistema social- integrados por la vida, la integridad física, la libertad, el honor, el patrimonio, etc.; se suman los que están en *conexión con el funcionamiento del sistema,* que son aquellos que inciden en la creación de las condiciones indispensables para que se den las bases de la existencia de los primeros, se trata del medio ambiente, la libre competencia, etc.; y también los bienes que generan las condiciones

---

[161] JESCHECK/WEIGEND; MAURACH, pp. 275 y 339 respectivamente; en cita de VILLAVICENCIO TERREROS: *Ob. Cit.* p. 300.

[162] HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Ob. Cit.* p. 17.

para la interrelación de los integrantes de la sociedad, tales como la fe pública, la administración de justicia, la administración pública y los demás bienes jurídicos denominados *institucionales*[163]. Estos bienes relativos al funcionamiento del sistema, hacen posible la real y efectiva vigencia de todos los bienes jurídicos en general, tienen una connotación macro o supraindividual y generan las vías de relación entre los diferentes bienes jurídicos.

En la llamada moderna sociedad de riesgo o del Derecho penal de la globalización, se vienen perfilando nuevos bienes jurídicos impensables en épocas pasadas, los que a la vez vienen determinando diversas reacciones del propio ordenamiento jurídico penal, de tal manera que se viene hablando de velocidades del Derecho penal, referidas a la naturaleza e intensidad de la respuesta penal (inclusive se está haciendo referencia a una tercera y cuarta velocidad). Considerándose en una primera velocidad, a la protección de los bienes tradicionales vinculados a los derechos fundamentales y sus condiciones de vigencia, en los que la reacción sería ordinariamente la pena privativa de libertad, pero por contrapartida, se rodean de un irrestricto respeto a los principios y garantías del Derecho penal tradicional. En una segunda velocidad, a la protección de los bienes llamados institucionales, supraindividuales o difusos, en los que la reacción penal sería similar a la administrativa y sin pena de prisión, pero con derechos, principios y garantías flexibilizados. Asimismo, una tercera (e incluso cuarta) velocidad, en la que se matizan las dos anteriores, con penas privativas de libertad drásticas, a la vez que también con principios y garantías flexibilizados. Esto último se asimila a lo que ha devenido en llamarse el Derecho Penal del Enemigo, para sancionar delitos de tráfico ilícito de drogas, criminalidad organizada, terrorismo, etc.[164].

---

[163] BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Ob. Cit.* p. 3.

[164] Por todos, ver SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal de las sociedades postindustriales.* Civitas, Madrid, 2001, pp. 159 y ss.

Debe tenerse en cuenta, como ya se adelantó, que no todos aceptan el "bien jurídico" como criterio de ordenación y sistematización de la parte especial del Derecho penal y menos aún, que la protección de los bienes jurídicos sea el fundamento o principio legitimador del Derecho penal; pues, existen posiciones como las de la teoría funcionalista sistémica del delito, que asume que el Derecho penal no protege bienes jurídicos, sino únicamente la identidad normativa de la sociedad o la expectativa de vigencia de las normas jurídico–penales, o si se quiere, la fidelidad de los individuos a dichas normas, o también la confianza de la sociedad en la vigencia de la norma[165]; asumiendo que el Derecho penal tiene como función asegurar la defensa del sistema social (sin interesar si detrás de la funcionalidad del sistema existen intereses o bienes jurídicos que proteger), concretamente, a la vigencia de la norma se la considera como el "bien jurídico" u objeto de protección del Derecho penal[166]. No obstante, debe tomarse en consideración, que si bien puede asignarse funciones o roles funcionales a determinados sujetos o instituciones dentro de la organización social, y en base a esta funcionalidad aprestar el control penal (Derecho penal), sin embargo, consideramos que *no puede funcionalizarse o tomarse como simples elementos funcionales de la organización social, a los derechos*

---

[165] Al respecto ROXIN refiriéndose al sistema de Jakobs, señala: "Un planteamiento como ese se ubica por encima de una concepción que ve su tarea dogmática en la realización de las ideas rectoras de un Estado liberal y social de Derecho. Tiene un contenido indiferente y abierto. (...) la perspectiva funcional no se sujeta a ningún modelo determinado (...). Quien solamente sabe que una sociedad está organizada funcionalmente, no sabe nada sobre su configuración concreta. Bajo una perspectiva funcionalista solamente interesa la 'fuerza autoconservadora' del sistema. Entonces la función de la pena y de la dogmática sería independiente de la Constitución y legislación concretas, y puede vincularse, de igual manera, con un sistema social liberal, colectivista o totalitario. Cualquiera de ellos puede ser estabilizado por el Derecho penal, si bien de diferente manera". *La teoría del Delito en la discusión actual.* Trad. de Manuel Abanto. Grijley, Lima, 2007, p. 48.

[166] Por todos, JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.

fundamentales de la persona humana y sus condiciones de vigencia, sobre todo, a la dignidad humana, individualmente concebida[167]; así como tampoco a los valores y principios supremos que rigen la vida de la sociedad. Pues, estos constituyen la base de existencia de toda organización social, a la vez que, en el Estado Constitucional de Derecho, la existencia de todas las instituciones sociales y jurídicas, solo se justifica en la medida que propendan a la real vigencia de los derechos fundamentales, propiciando mejores niveles de existencia y perfeccionamiento de la vida y dignidad humanas. En tal sentido, funcionalizar los derechos fundamentales, significaría la instrumentalización de la persona (individuo) respecto a intereses sociales de estabilización del sistema, lo cual atentaría contra la dignidad humana y por ende quedaría expuesto a cuestionamientos de constitucionalidad[168]. Asimismo, tampoco podemos contentarnos con un sistema penal puramente técnico y neutro, que deje de lado criterios de solidaridad

[167] Esto es, no nos parece que se condiga con los principios del Estado Constitucional de Derecho, la teoría funcionalista que en su perspectiva "... considera al hombre, aun cuando valora la acción humana para la consecución de ciertos fines, como un ser totalmente social, esto es como un ser hueco y vacío al que sólo la sociedad llena de sustancia. Luego los fines del hombre son fines de la sociedad, sólo que residen en él. El hombre queda así mediatizado y postergado por el sistema que pasa a ser lo fundamental". HORMAZÁBAL MALARÉE: *Ob.Cit.* p. 110.

[168] Al respecto Ver ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Trad. de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007, p. 56.
A la instrumentalización referida por Roxin, Jakobs contesta señalando que con ello se desconocería que solamente se trata de la descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad, la descripción no funcionaliza sino devela instrumentalizaciones existentes desde hace mucho. A lo que Roxin añade que: "...ello es consecuente, pero nuevamente muestra el punto que separa una dogmática orientada en pautas valorativas y un funcionalismo teórico-sistémico. Cuando la práctica, en efecto impute, sin considerar el hecho real culpabilidad, por doquier allí donde crea ver una necesidad social de pena, la dogmática tiene que persistir en que la culpabilidad (...) en aras de preservar la libertad, coloca un límite a todos los objetivos preventivos, que esto lo exigen tanto la ley como la Constitución, y que tiene que ser corregida toda práctica que se aparte de esto en vez de ser meramente descrito". *Ibídem.*

social y los derechos y valores como entidades con existencia y valor en sí mismos[169]. Más aún, si los derechos fundamentales (que son los bienes jurídicos penalmente tutelados por antonomasia) están concebidos como entidades connaturales a la propia existencia de la persona humana (sin reconocimientos normativos previos) por los convenios y convenciones internacionales, que son las que actualmente orientan la formulación y desarrollo del Derecho penal en casi todo el orbe.

En tal sentido, particularmente en nuestro medio, es la protección de los bienes jurídicos la que da contenido y legitima al Derecho penal y al control penal en general; tal como lo ha establecido de modo expreso y contundente nuestro Tribunal Constitucional en doctrina jurisprudencial que resulta vinculante para los operadores jurídicos así como para todos los organismos y entidades vinculados a la Administración de Justicia. En efecto, el Tribunal Constitucional ha justificado el recurso al Derecho penal solo cuando se trate de proteger bienes jurídicos, pues, de otro modo, ha expresado, que no se justifica la pena. Así ha señalado "... *se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación va a ser uno de los ámbitos en los que se va a manifestar el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad.*

---

[169] Este criterio, es el que diferencia a la teoría de ROXIN de la de JAKOBS, tal como refiere el propio ROXIN, luego de identificar coincidencias entre ambas, al señalar: "La diferencia con la concepción aquí perseguida radica, por cierto, también en cuando a la limitación penal, en que Jakobs hace depender totalmente de cada uno de los contextos la decisión a favor de delimitaciones liberales y de Estado de Derecho. 'Cuando una sociedad realmente derive hacia una disminución de libertades, lo hará no solamente en el Derecho penal (...). El que se trate de ello de una sobrecriminalización innecesaria o de una defensa necesaria de un núcleo, solamente podrá dilucidarse en la política, no en la ciencia penal'. Aquí se destaca claramente el punto diferenciador. Y es que quien se oriente en los presupuestos político-jurídicos de la Constitución (Derechos fundamentales y humanos, Estado de Derecho y culpabilidad) tendrá que defender estos principios contra la tendencia dominante en el momento dado, en vez de adaptarse a cualquier corriente política predominante en el momento". ROXIN: *Ob. Cit.* p. 55.

En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales solo será constitucionalmente válida si esta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico, justifican que este bien sea merecedor de protección por parte de Estado"[170].

1.2. FUNCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL Y LA TEORÍA DEL DELITO

La dogmática[171] jurídico-penal es el conjunto sistemático[172] de conocimientos jurídicos rigurosamente estructurados, elaborados u obtenidos a través de metodologías propias de las ciencias

[170] Exp. 00012-2006-AI/TC.15/12/2006. Caso: CAL contra C. JUST. MILITAR. FJ.: 32. y otras sentencias en las cuales el Tribunal se ha pronunciado en este sentido, con lo que ha consolidado la doctrina jurisprudencial vinculante.

[171] El término ***'dogmática'*** aun cuando no es el más feliz, ha sido aceptado universalmente como sinónimo de ciencia del derecho o construcción jurídica sistemáticamente organizada. Este término se acuñó para hacer referencia a las obras de los juristas franceses, que por resultar de la coincidencia entre el Derecho romano y las costumbres francesas, se las consideraba como 'dogmas' aplicables a todos los países y a todos los tiempos, de modo acrítico y sin necesidad de aportar justificaciones a las soluciones jurídicas planteadas. NINO, Carlos Santiago: *Los límites de la responsabilidad penal.* Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 67.

[172] Al respecto debemos entender como sistema científico (sin entrar en detalles respecto a la múltiple diversidad de conceptos de sistema) "... la ordenación lógica de los *conocimientos particulares* alcanzada en la ciencia de que se trate (...) la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia. En efecto, sólo poniendo en relación lógica tales conocimientos (...) mediante el orden sistemático puede llegarse a saber si son lógicamente compatibles entre sí o se contradicen". SCHÜNEMANN, Bernd: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio.* Idemsa, Lima, 2006, pp. 13 y 14.

jurídicas[173] (dogmática, exegética, hermenéutica y sobre todo la argumentación jurídica), que señala los límites y define los conceptos o categorías jurídicas que permiten la aplicación segura y predecible del Derecho penal[174], lo que a la vez dota de racionalidad a la actividad jurídico-penal sustrayéndola de la arbitrariedad y la improvisación[175]. Sin embargo, este sistema constituido por la dogmática no puede ser absoluto y cerrado por sus propias premisas o conclusiones, por el contrario, debe estar orientado a lograr la

---

[173] "El derecho como ciencia (dogmática jurídica), esto es, como esquema conceptual cognoscitivo comprensivo-explicativo de la realidad jurídica, posee: a) una estructura lógica que le otorga consistencia y funcionalidad (principios de no contradicción o de contradicción soportable, de identidad, de tercio excluido, razón suficiente y de sistematicidad); b) un campo significante de los conceptos y estimaciones teóricas de las que hace uso (...) de manera rigurosa y sujeta a contrastación e íntimamente vinculados a las a consecuencias jurídicas que de las mismas se deriven; c) un mecanismo normativo sofisticadamente construido y pleno de valoraciones sujeto a cambios y agregados que constituyen el medio habitual de visualizar el derecho, posibilitando el primer escalón dogmático aplicado de la subsunción del hecho a la norma; y d) un objeto óntico social radicado en los comportamientos relevantes interactivos como temática". ROJAS VARGAS, Fidel: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito.* Grijley, Lima, 1997, p. 34.

[174] "La ciencia jurídico penal tendrá su punto central también en el futuro, en la sistematización, la interpretación y el desarrollo del Derecho nacional vigente, es decir en la dogmática penal en sentido clásico. Esto vale tanto para el Derecho penal como también para el Derecho procesal y las demás disciplinas parciales de nuestra ciencia". ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Trad. de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007, p. 3.

[175] "A la Dogmática penal le es inherente una notable estabilidad que se ha visto reforzada por el influjo persistente de la jurisprudencia". JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 211.
"Su finalidad última ha de ser la de proporcionar un modelo más explicativo de lo que en realidad hacen los juristas intuitivamente, racionalizándolo y posibilitando así la doble finalidad de la dogmática: una aplicación segura y fiable del Derecho y una reducción de la intervención penal y de su intensidad a los límites estrictamente necesarios". SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 64.

solución efectiva de los conflictos sociales[176] y permanecer abierto a los nuevos conocimientos, a las nuevas soluciones o a los nuevos problemas[177].

Asimismo, la dogmática debe mostrarse capaz de resolver cualquier tipo de antinomias que surjan al interior del sistema u ordenamiento jurídico, a fin de salvar la ordenación lógico-sistemática que le da unidad y coherencia[178], de tal modo que se superen los cuestionamientos respecto a la falta de uniformidad en el diseño y contenido de las categorías jurídicas así como también respecto a las incertidumbres que podría presentar la dogmática fundada en diversas perspectivas

[176] "... en la base de la dogmática se halla tradicionalmente una dimensión de elaboración de conceptos y de integración de los mismos en un sistema, orientado todo ello a la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo". SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 49.

[177] "En el futuro, la ciencia penal no tendrá que limitarse, tal como lo ha hecho durante mucho tiempo y como en parte todavía lo hace hasta hoy, al Derecho positivo, a la *lex lata*, sino tendrá que practicar una política criminal científica; esto es, independientemente del asesoramiento actual, tendrá que diseñar una y otra vez el Derecho penal del futuro y con ello poner en movimiento un continuo proceso de reformas". ROXIN: *Ob. Cit.* p. 4.

[178] Al respecto SCHÜNEMANN acertada y sintéticamente refiere: "... en resumen puede asegurarse: "1) que el razonamiento sistemático y elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura jurídica desarrollada y racional; 2) que soluciones contrarias al sistema que no pueden 'integrarse' en éste ni siquiera mediante una reforma del mismo ponen de manifiesto *eo ipso* deficiencias materiales del ordenamiento jurídico; 3) que, por otro lado, jamás debe sobrevalorarse el alcance del sistema obtenido, de modo que la aparición de nuevos problemas debe provocar el sometimiento a prueba de la sistematización existente. En resumidas cuentas, el ideal de la elaboración sistemática del Derecho penal (como en la ciencia jurídica en general) viene presentado por un 'sistema abierto' que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que, por otro lado, no esté inmunizado frente a la modificación, o incluso subversión, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales". *Ob. Cit.* p. 32.

desde las cuales se la enfoca[179]. Igualmente, debe mostrarse idónea para superar la crítica que a veces se le hace, fundada en el elevado grado de abstracción (con un lenguaje artificial o técnico) que muchas veces alcanza[180]; debiendo orientarse por criterios que no le hagan

---

[179] Carlos Santiago NINO por ejemplo, criticando la perspectiva o metodología 'conceptualista' de la ciencia del Derecho penal, la que considera 'de aplicación en la actual' (1981) dogmática penal, sostiene: "... la metodología conceptualista no favorece sino que, por el contrario, perjudica a los ideales de certeza y previsibilidad: en la medida en que las posiciones a favor de ciertas soluciones para problemas de responsabilidad penal no se defiendan explícitamente sobre la base de principios valorativos que se sometan al control de una discusión crítica (...), sino sobre la base aparente de meras distinciones conceptuales fundadas, por ejemplo, en presuntas intuiciones sobre la 'naturaleza de las cosa', se abre el camino para que se proceda arbitrariamente a proponer soluciones divergentes mediante construcciones conceptuales distintas, con la tranquilidad de conciencia de que ello no supone un determinado compromiso axiológico". *Los límites de la responsabilidad penal.*Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 82.
Estas aseveraciones sin embargo, resultarían pertinentes, para el caso de la dogmática tradicional acusada de conceptualismo y positivismo de la que dimanó la jurisprudencia de conceptos, la que actualmente se ha superado, no sólo con la inclusión de las dimensiones axiológica y social en el seno de la dogmática, sino y sobre todo, con la integración de la dogmática penal con las necesidades de política criminal que actualmente orientan el desarrollo de la ciencia jurídico penal, conforme a los planteamientos de ROXIN: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.* Traducción de Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

[180] "Pero los inconvenientes de un grado elevado de elaboración de los 'criterios de relevancia' relativos a la consideración de las realidades jurídicas están bien a la vista. Cuanto más se convierte el lenguaje de la ley en un lenguaje artificial o técnico, con la finalidad de favorecer la vinculación y el control del Juez y desarrollo del 'Derecho judicial' y de la dogmática jurídica, más se aleja del lenguaje común, del de los no juristas, que es a quienes en definitiva la ley se quiere dirigir y a quienes se aplica. De aquí viene el reproche que los ciudadanos dirigen contra el legislador, en el sentido de que regula demasiadas cosas y se expresa mal, y contra los juristas en general, a quienes se acusa de haber perdido la ligazón con la sociedad y la propia realidad, todo ello hasta el punto de que la palabra 'dogmática' se convierte en injuriosa". HASSEMER, Winfrid: *Fundamentos del Derecho Penal.* Bosch, Barcelona, 1984, p. 117.

perder contacto con la realidad; asimismo, debiendo construir sus conceptos de tal manera que queden abiertos para nuevos resultados empíricos, desterrándose las posiciones que descartan las investigaciones o comprobaciones empíricas sobre la eficacia del Derecho penal o los fines de la pena[181]. Pues, no se puede descartar la influencia de las cuestiones empíricas u ontológicas en le determinación y desarrollo de la dogmática[182]; así como tampoco el aporte de las ciencias sociales y naturales a efectos de una configuración adecuada de los conceptos y categorías integrantes de la dogmática.

La teoría del delito, constituye la expresión científica mejor lograda de la ciencia del Derecho en general y de la dogmática penal en particular, esta ha alcanzado un nivel de abstracción y sistematización plena y a través del rigor de sus postulados ha legitimado al *jus puniendi* estatal, a la vez que ha dotado de seguridad jurídica al Derecho penal[183], tanto desde la perspectiva del Estado así como desde la perspectiva del presunto destinatario de la norma penal (agente del delito).

---

[181] En similar sentido, ROJAS VARGAS señala que son funciones de la dogmática penal:
- Formar conceptos y reglas de disposición para el tratamiento de las normas jurídicas, sistematizando de este modo la materia jurídica, ordenándola según principios y convirtiéndola en una masa dinámica y autocrítica.
- Posibilitar la "distancia crítica". El sentido de la dogmática no está en la fijación de lo ya de por sí establecido, sino en hacer posible la distancia crítica, en organizar una estructura de reflexiones, de fundamentos y de valoración de relaciones, con el que el material jurídico es controlado para la aplicación, más allá de su valor como dato no mediato.
- La dogmática jurídica no sólo debe de investigar el contenido de las normas jurídicas, sino también sus finalidades, sus formas de aplicación y sus efectos.
- Mantener el derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue. Posibilitar la creación de leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica propias de un auténtico estado social de derecho". *Ob. Cit.* p. 51.

[182] Al respecto ver: ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Trad. de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007, pp. 56 y ss.

[183] SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación...*, p. 44. Con cita de Jescheck

Las categorías elaboradas por la teoría del delito, a la par con los principios reguladores del control penal (legalidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, proporcionalidad, lesividad, etc.), definen y delimitan la actuación punitiva del Estado, legitimándola solo en los casos en que las necesidades político criminales lo exijan; a la vez que diseñan la forma de la reacción estatal, determinando el instrumento penal con el cual se debe hacer frente al delito (tipo de pena, medida de seguridad o una consecuencia "accesoria"). Asimismo, protegen los derechos fundamentales de los justiciables, al impedir la injerencia estatal en el ámbito privado de los sujetos, cuando esta no se justifica por criterios de estricta necesidad político-criminal; a la vez que la proporcionalidad de la reacción exigida por la teoría del delito, impide la injerencia arbitraria del Estado sobre los derechos fundamentales de las personas; pues a la fecha, todo el ordenamiento jurídico y la ciencia del derecho que al respecto se elabore, deberá respetar irrestrictamente, el principio de *interdicción de la arbitrariedad.*

La teoría del delito proporciona la seguridad jurídica anotada, al desarrollar de modo claro y comprensible, cada uno de los conceptos, elementos, o niveles de análisis del delito, los que deberán acreditarse en el momento que sea necesario para la concreción de la consecuencia prevista por la norma penal; estos conceptos deben coincidir con las finalidades u objetivos político-criminales[184] que orientan el ordenamiento jurídico que la sociedad y el Estado se han trazado en determinado momento histórico. En buena cuenta, la teoría del delito define las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como hecho punible así como también la naturaleza, estructura y límites de la respuesta penal (pena y otras consecuencias) que corresponde a tal conducta. Asimismo, la teoría del delito tiene

---

[184] ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Traducción de Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, p. 42. Criterio que es compartido ampliamente por la doctrina penal mayoritaria. Al respecto también se pronuncia favorablemente SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p. 27 y 88. De igual modo SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 66.

incidencia en la forma como se concreta la reacción penal en cada caso específico, esto es, en el procesamiento del agente orientado a imponer la consecuencia jurídica prevista por la norma, ya que cada uno de los elementos del delito deben ser susceptibles de ser probados en el proceso[185].

Sin embargo, es necesario precisar que la teoría del delito no ha tenido un desarrollo pacífico, así como tampoco existe unanimidad en el diseño y contenido de cada uno de sus elementos y categorías, presentando especial interés el determinar si la teoría del delito debe significar una construcción jurídica abstracta válida para todos los ámbitos y tiempos o se debe elaborar a partir de la ley vigente en determinado lugar. Al respecto, sin caer en los postulados del positivismo y formalismo (que abogaban por una ciencia del derecho neutral y exenta de toda valoración y de toda referencia a lo social y lo político) y teniendo en cuenta los criterios de política criminal imperantes, debemos afirmar, de la mano de JESCHECK y WEIGEND, que la "... teoría general del delito debe deducirse de la ley o, ser compatible con ella"[186]; y claro, la ley penal es expresión de la necesidad político

---

[185] "... el concepto de delito debe ser compatible con las condiciones de la persecución penal en un *procedimiento* formalizado. Para ello, tal procedimiento debe ser tan *claro y sencillo* que puede ser tratado de modo igualitario y seguro en el proceder rutinario de la policía, la fiscalía, y los tribunales que operan con un período limitado de tiempo y con escaso personal. Además, los elementos del concepto delito deben ser *comprobables* en el proceso penal y *acreditables* a través de los medios probatorios admisibles. Por ello los ingredientes subjetivos únicamente pueden ser aplicados si se encuentran tan estrechamente vinculados a factores objetivos como para que puedan ser indagados con fiabilidad. Esta es la razón por la que los elementos normativos deben poseer un núcleo esencial de carácter descriptivo". JESCHECK Y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 213.

[186] JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 211.
En nuestro medio, también VILLAVICENCIO TERREROS, expresa: "La teoría del delito nace de la *ley* y se desarrolla como un sistema de conceptos a través de un proceso de abstracción científica". *Derecho Penal. Parte General.* Grijley, Lima, 2006, p. 224.

criminal preventiva de determinados hechos considerados antisociales e intolerables.

La teoría del delito, así como el propio Derecho penal, ha experimentado una notable evolución, asimismo, existen diversas escuelas o teorías que desde particulares perspectivas han elaborado y desarrollado su contenido, a la vez que han delineado los diferentes elementos o categorías integrantes del delito. Así, han surgido, a su turno, la teoría *Clásica (formalista o causalista), la teoría neoclásica o neokantiana, la teoría finalista y las teorías teleológicas,* estas últimas con sus variantes más caracterizadas en el funcionalismo (teleologismo) moderado de ROXIN y el funcionalismo radical o sistémico de JAKOBS; obviamente cada una de estas teorías, a su vez, presentan variantes que no es del caso desarrollar aquí.

Para abordar las categorías del delito, si bien podemos valernos de todos los contenidos útiles de cada una de las teorías en mención, debemos interpretar cada concepto o elemento dentro de su marco categorial y metodológico, de tal suerte que no se atente contra la sistemática de la teoría así como tampoco se contradiga la coherencia y unicidad del sistema elaborado por la teoría con la cual se trabaja.

Sin embargo, tal como ya lo hemos adelantado, debemos tener en cuenta que no existen modelos jurídicos o teorías cerradas o completas, estos solamente existen en las ciencias exactas como la matemática, la física o las formales como la lógica; en estas, los modelos y, en buena cuenta, las teorías científicas, están configurados por un conjunto de axiomas *(proposición tan clara y evidente que se admite sin necesidad de demostración)* y teoremas *(proposición demostrable lógicamente partiendo de axiomas o de otros teoremas ya demostrados, mediante reglas de inferencia aceptadas)*, y claro, si se altera, varía o se introduce algún elemento ajeno al axioma o teorema, se falsea el modelo o teoría científica y pierde su valor o utilidad. En cambio, los modelos o teorías jurídicas (orientados a fines, valores o aspiraciones de justicia o legitimidad) no son exactos o cerrados, constituyen únicamente un conjunto de argumentos lógico-jurídicos que resultan válidos solo si

son aceptados consensual o mayoritariamente; por tanto, al tratarse de argumentos, estos pueden complementarse o mejorarse con elementos provenientes de otros modelos o teorías jurídicas, en función de las finalidades que se persiga, pues, estas teorías o modelos están en el campo del "deber ser".

En el presente trabajo, como ya lo hemos indicado desde el comienzo, seguimos fundamentalmente los criterios teleológicos comprendidos en la teoría teleológica o funcional moderada de ROXIN[187], esto es, la teoría que se orienta por las necesidades político-criminales, tanto para la formulación de la norma penal así como también para la construcción y sistematización de la teoría que sobre ella se desarrolle, a la vez que para la determinación del contenido y límites de cada uno de los conceptos o elementos del delito. En tal sentido, las necesidades político-criminales deberán tenerse en cuenta para la elaboración de la doctrina que se formule a partir de las normas, así como también para su posterior aplicación. O dicho con palabras del propio ROXIN: "... los tres requisitos fundamentales que deben exigirse a un sistema fructífero, claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político-criminales"[188].

Asumir esta posición a la vez implica, tal como ya se ha dejado sentado con anterioridad, que asumimos una teoría del delito que reconoce la existencia de bienes o intereses vitales de la sociedad y del

---

[187] Si bien la teoría esbozada por ROXIN, no habría alcanzado aún los contornos de un sistema propiamente dicho, tal como lo indican SCHÜNEMANN, puesto que la posición dominante en la actualidad debe todos sus contenidos esenciales al finalismo (SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p. 64; JESCHECK Y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 229), sin embargo, la nueva orientación de los principios de construcción del sistema iniciado por este insigne penalista alemán, sienta las bases de un nuevo sistema. SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p. 64.

[188] ROXIN: *Política Criminal y sistema del Derecho penal.* Traducción de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 57. Criterios que suscribe en su plenitud, SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p. 64.

Estado, que configuran verdaderos *bienes jurídicos* u objetos de protección del Derecho penal, a la vez que constituyen la piedra angular del desarrollo de este y de la teoría del delito, cuya lesión o puesta en peligro da contenido a las infracciones penales. Asimismo, no podemos desconocer la naturaleza ontológica que orienta la formulación de ciertos conceptos jurídico-penales, y por tanto reconocer la causalidad como elemento relevante en la configuración de muchos delitos (delitos de resultado). Aun cuando debemos reconocer y auspiciar el desarrollo de las categorías y conceptos normativos que integran el Derecho penal y la teoría del delito, los mismos que han resuelto muchos de los problemas que se mostraban irresolubles con las categorías causales o finales, y han contribuido a que la teoría del delito se erija en un instrumento lógico y seguro. Sin embargo, tampoco podemos equiparar en el análisis (con criterios estrictamente normativos), los supuestos dolosos o culposos, o los activos y omisivos, puesto que los dolosos y comisivos despliegan una mayor fuerza criminal y por tanto exigen una respuesta más severa.

En tal sentido, en el análisis de las categorías del delito (injusto penal y culpabilidad) desarrollaremos cada una de sus categorías, aplicando los criterios del Derecho penal esbozados por ROXIN y SCHÜNEMANN, matizados con los desarrollos normativos de JAKOBS, sin dejar de lado, las construcciones del Derecho penal tradicional que analiza categorías ontológicas, bienes jurídicos, causalidad e imputación objetiva.

De otro lado, tampoco podemos perder de vista que, ante la complejidad de las relaciones intersubjetivas, se presentan múltiples acciones que ameritan una respuesta penal, aun cuando no se puede apreciar la afectación (lesión o puesta en peligro) de un bien jurídico u objeto de protección específico, con lo que muchas veces se cuestiona la validez del concepto "bien jurídico" como elemento sistematizador del delito o como fundamento legitimador de la intervención penal; nos referimos a los supuestos que han devenido en llamarse *"delitos de mera desobediencia"*.

Con la existencia de estos delitos se daría la impresión de que, en efecto, el bien jurídico es prescindible en la configuración de los tipos penales, y por ello mismo, se reforzaría la idea de que únicamente la vigencia de la norma determina la intervención del Derecho Penal. Sin embargo, en todos estos casos de *delitos de mera desobediencia,* en el fondo, siempre está la necesidad de reforzar la protección de un bien jurídico importante. Así por ejemplo, en el caso de los delitos de lavado de activos, el objeto de protección o bien jurídico constituido por el orden económico (representado por le libre competencia) así como la eficacia de la administración de justicia (en cuanto se vincula directamente a la protección del sistema económico), está presente en todos los tipos penales de lavado de activos. Sin embargo, vinculado a este delito, se sanciona la *omisión de reporte de operaciones sospechosas,* delito en el cual no se puede apreciar un bien jurídico específico, más allá del deber específico impuesto por la norma; por lo que podría asumirse que se trata de la propia defensa de la vigencia de la norma (delito de mera desobediencia). Sin embargo, en realidad, este delito tiene como objeto de protección o bien jurídico al mismo de los delitos de lavado de activos, solo que se trata de una protección indirecta y necesaria, dado el alto grado de complejidad como se desarrollan las conductas propias del delito de lavado de activos, y por ello mismo, los tipos penales de lavado no son suficientes para una verdadera protección; en tal sentido, el delito de omisión de reporte de operaciones sospechosas viene a reforzar el criterio de protección de los bienes jurídicos protegidos contenidos en el delito de Lavado de Activos.

Es este grado de complejidad de las relaciones intersubjetivas, el que ha determinado que se apele a los llamados tipos abiertos así como a los tipos o leyes penales en blanco, sin que ello signifique que se falte al principio de legalidad, cuya observancia es la piedra angular del Derecho penal, o que se haya dejado de lado el bien jurídico como fundamento de la configuración de estos tipos penales.

2. EXTRUCTURA DEL DELITO Y PUNIBILIDAD

2.1. IMPUTACIÓN O ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

Como ya se ha indicado, los derechos fundamentales y sus condiciones de vigencia constituyen los bienes jurídicos o verdaderos objetos de protección del Derecho penal; a los que hay que agregar los grandes principios y valores constitucionalmente valiosos que fundamentan y aseguran la propia subsistencia del Estado Constitucional de Derecho. La afectación a estos bienes jurídicos a través de una lesión o de una puesta en peligro, constituyen hechos de elevada dañosidad social que exigen una respuesta severa a fin de prevenirlos o de reducir su comisión a límites tolerables.

Esta respuesta se concreta mediante la criminalización del hecho a través de la ley penal, en la que se califica como delito al referido hecho antisocial. La ley penal, contiene toda la descripción del hecho y prevé una sanción penal (pena) para el autor del mismo, con cuya aplicación busca proteger los bienes jurídicos (o desde otras perspectivas, preservar la identidad normativa de la sociedad o preservar la vigencia del orden jurídico). Esto significa que siempre que estemos ante el hecho calificado como delito, surge la hipótesis de imposición de la pena a su autor o autores.

Pero para determinar si estamos o no ante el hecho contenido en la ley, a fin de imponerle a su autor la pena prevista en esta, necesitamos de bases firmes o buenas razones que destierren la arbitrariedad y legitimen la actuación del sistema penal y la concreción de su función preventiva. Corresponde a la teoría del delito proporcionar estas buenas razones o bases firmes para la correcta *imputación o atribución penal.* Pues solo esta proporcionará al operador jurisdiccional los criterios seguros para interpretar y aplicar la ley penal a la vez que para fundamentar sus decisiones; con lo que a la vez la dogmática cumple su finalidad práctica[189].

---

[189] VILLAVICENCIO TERREROS: *Ob. Cit.* p. 223.

La *imputación penal*, implica la determinación de la existencia de un hecho delictivo y la atribución de este a su autor como su propia obra; o lo que es lo mismo, tal como se señala en las diversas sentencias o ejecutorias penales: "La determinación de la comisión del delito así como la responsabilidad penal de su autor o partícipes por el hecho imputado". Solo luego de la atribución válida de *responsabilidad penal* al agente de la afectación del bien jurídico, precisado en un específico objeto de protección, se puede legitimar la aplicación de la pena y eventualmente las demás consecuencias previstas para el delito[190].

La *responsabilidad penal* es la carga legal que recae sobre el autor o partícipe de un hecho punible, consistente en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de su hecho. Es la situación legal en que una persona se ve inmersa para asumir coactivamente las consecuencias de su obrar. *Responsable*, a su vez, es la persona que por haber ejecutado el hecho punible en circunstancias que no lo exoneran de cargar con las consecuencias jurídicas del mismo, se ve abocado por ley y la sentencia a soportarlas, sufrirlas o llevarlas sobre sí. *Responsablees la persona como tal; responsabilidad, la situación jurídica que se le hace asumir a esta por virtud de la sentencia condenatoria*[191]. En otras palabras, "... responder es dar cuenta, es contestar, y en último extremo -cuando se demuestra que nuestra acción es contraria a aquella que nos estaba mandada-, esa obligación de rendir cuentas hace que se nos tenga por responsables, y que debamos asumir las consecuencias de la violación

---

[190] Tal como refiere ROXIN: "El injusto penal presupone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y que sobre esa base, la teoría de la imputación objetiva fija el ámbito de lo penalmente prohibido ponderando los particulares intereses de protección y de libertad". ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Grijley, Lima, 2007, p. 95.
Un estudio detallado de las demás consecuencias aplicables al delito, ver en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *La reparación civil en el proceso penal.* Instituto Pacífico, Lima, 2016.

[191] FERNANDEZ CARRASQUILLA, J.: *Derecho Penal Fundamental.* Vol. II, Temis, Bogotá, 1998, p. 441.

en que hemos incurrido[192]. "*Responsabilidad* es la consecuencia final de la acción: reunidos todos los requisitos que la ley exige, el individuo debe responder ante la sociedad. Esa responsabilidad se traduce, en lo penal, en el cumplimiento de la pena, y en lo civil -generalmente- en el pago de una indemnización"[193]. La responsabilidad que se le atribuye al sujeto es la otra cara de la libertad, pues solo se puede hablar de un sujeto responsable cuando estamos ante una persona que actuó libremente[194].

---

[192] TERRAGNI, Marco Antonio. *Culpabilidad penal y responsabilidad civil.* Hammurabi, Buenos Aires, 1981, p. 16.

[193] TERRAGNI, Marco Antonio: *Ob. Cit.* p. 160.

[194] "Desde el punto de vista del sujeto racional, lo existente tiene doble carácter: por una parte la realidad puede apreciarse como un suceso sujeto a leyes naturales aprehensibles por la experiencia, y por el otro, como aquélla que tiene lugar mediante una acción libre del individuo orientada teleológicamente. En el primer ámbito, el criterio racional ordenador del conocimiento es la causalidad, mientras que en segundo existe la posibilidad de oponerse a los procesos causales (causalidad por medio de la libertad). Al derecho le interesa fundamentalmente el segundo ámbito, donde el criterio configurador de la realidad es la acción personal de un individuo. El individuo que actúa es entendido como un ser autofundante, es decir, su actuación se determinada por sus propias capacidades de fundamentación. Aquí se ve también que no es una realidad externa al sujeto la que establece los principios de ordenación, sino que éstos son determinados por el sujeto mediante una labor racional ajena a todo condicionamiento empírico. En este sentido, el sujeto participa en el principio sustancialmente espiritual de la realidad, lo que significa que el sujeto tiene capacidad de determinar la realidad según la categoría de la teleología interna, cuyo principio espiritual puede estar expresado en normas o reglas. El sujeto racional no actúa según las leyes naturales, sino que debe actuar según su representación de las leyes morales que se someten al imperativo categórico de seguir la máxima mediante la cual pueda querer al mismo tiempo que sea una ley general. Sin embargo, como se trata de un ámbito que no está regido por leyes causales, puede que el sujeto no siga la teleología interna expresada en las normas (voluntad como libre arbitrio). La autonomía del sujeto puede llevarle a actuar sin observar estas reglas de la acción. La realización de un suceso objetivo según una regla del sujeto libre justifica la imputación como su realidad, como aquella que él ha configurado libremente)". GARCÍA CAVERO, Percy, con cita de KANT: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Grijley, Lima, 2008, p. 263.

Sin embargo, en el Derecho penal no se ha trabajado mayormente la *responsabilidad penal* como categoría propia de la teoría del delito, habiéndose incidido, sobre todo, en la *culpabilidad*. Ha sido ROXIN quien ha desarrollado la responsabilidad diferenciándola de la culpabilidad y precisando los presupuestos para definirla o determinarla. Al respecto, sostiene que "... la responsabilidad, como segunda categoría central del sistema del hecho punible, debe fundarse en la teoría de los fines de la pena. Mientras que mediante la teoría del injusto se responde a la cuestión de cuáles hechos son objeto de las prohibiciones penales, la categoría de la responsabilidad tiene que resolver el problema de bajo qué presupuestos el autor puede ser hecho penalmente responsable por un injusto realizado por él"[195]. Asimismo, considera que no es suficiente la culpabilidad para fundamentar la punibilidad, sosteniendo que para ello es necesaria 'una necesidad preventiva de punición', ya que existen casos en que pese a estar presente la culpabilidad puede prescindirse de la pena o suspenderse su ejecución[196], ya que: "Cuando no exista una necesidad de pena, sea bajo puntos de vista de prevención especial sea bajo puntos de vista de prevención general, la pena carecerá de una justificación penal. En tal caso, no tendría una legitimación social y no deberá ser impuesta"[197]. Y concluye finalmente indicando que "... la categoría delictiva que sigue al injusto tiene que hacer objeto del juicio –naturalmente sin perder la vinculación a la ley-, junto a la culpabilidad, también a la exigibilidad preventiva de sanción penal y resumir ambos elementos bajo el con-

---

[195] ROXIN: *Dogmática Penal y Política Criminal.* Traducción de Manuel Abanto V., Idemsa, Lima, 1998, p. 32.

[196] ROXIN, *Ob. Cit.* p. 33. Criterio distinto expresa HASSEMER al considerar que "... tanto el sí, como el cómo de la pena dependen de su efecto, no de cuestiones de culpa o de merecimiento". "... por 'efecto' se entiende primariamente, las consecuencias de la conminación penal y de la pena en el individuo y, secundariamente, desde el punto de vista estratégico, las consecuencias en la general evolución de la criminalidad". *Ob. Cit.* p. 10.

[197] ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Grijley, Lima, 2007, p. 44.

cepto de 'responsabilidad'"[198]. Con ello ROXIN establece un 'concepto funcional de culpabilidad'.

Así, ROXIN concibe un sistema bipartito del delito, dentro del cual, si bien se encuentran todas las categorías tradicionales del delito (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) así como también se toman en cuenta las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias o causales de inculpabilidad, las categorías que resultan realmente importantes y determinantes son el 'injusto penal' y la 'responsabilidad penal'[199].

En conclusión, para la imputación penal (atribución de responsabilidad al agente del hecho), se requiere determinar que estamos ante un hecho delictivo y ante un sujeto responsable del mismo, al cual se le aplicará la pena.

2.2. PRESUPUESTOS PARA LA IMPUTACIÓN O ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

En los casos concretos (sea para la formulación de la ley penal o para aplicarla), para la determinación del hecho delictivo y el sujeto responsable, es necesario constatar la presencia de diversos presupuestos o elementos que aseguren la imposición de la pena de modo legítimo. Estos presupuestos o elementos, al estar vinculados al obrar humano son, de un lado, de carácter objetivo y de otro, el subjetivo. Ello determina que el análisis del delito y la atribución de responsabilidad tengan un aspecto objetivo y otro subjetivo; lo que en la teoría

---

[198] ROXIN, *Ob. Cit.* p. 34. El mismo criterio expresa Bernd SCHÜNEMANN: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio.* Idemsa, Lima, 2006, pp. 236 y 246.

[199] Este mismo criterio es sostenido por SCHUNEMANN refiriéndose a un sistema teleológico del Derecho penal, e indica: "De esta dicotomía de valoraciones básicas jurídico-penales se desprende que únicamente un sistema *bipartito* satisface las exigencias lógicas (...) tan solo dos elementos –esto es, el injusto y la responsabilidad– pueden conformar la base del sistema teleológico del Derecho penal. *Ob. Cit.* p. 76.

del delito, conocemos como elementos objetivos y subjetivos o como criterios de imputación objetiva y subjetiva.

Pero claro, estos presupuestos o elementos debemos determinarlos tanto a nivel del hecho delictivo así como de la responsabilidad penal; esto es, a nivel de lo que se conoce como *injusto penal* y como *imputación personal a su autor.* Mediante la teoría del injusto se responde a la cuestión de cuáles hechos son objeto de las prohibiciones penales, mientras que a través de la categoría de la responsabilidad se resuelve el problema de bajo qué presupuestos el autor puede ser declarado penalmente responsable.

Determinar ambas cuestiones nos lleva directamente al análisis del concepto de delito así como de su estructura y los niveles de configuración del mismo. No obstante, previamente resulta necesario desarrollar los criterios de imputación objetiva y subjetiva, que son los que en los últimos tiempos se han convertido en el centro de la reflexión o análisis en la teoría del delito, a la vez que han contribuido a resolver diversos problemas que con las categorías tradicionales se mostraban irresolubles. Más aún, desde las perspectivas funcional-sistémicas, la imputación objetiva y subjetiva (además de la imputación personal) son las categorías que en general determinan las razones de la punibilidad, sin requerir de otros conceptos o categorías referidos a la tipicidad y demás elementos de análisis del delito.

2.2.1. CONCEPTO Y NIVELES DE ANÁLISIS DEL DELITO DOLOSO

2.2.1.1. CONCEPTO DE DELITO

Como es aceptado casi unánimemente, el delito es la *acción (o conducta) típica, antijurídica y culpable;* esto es, el injusto penal (hecho típico y antijurídico) imputado o atribuido a su autor como su propio hecho (culpabilidad)[200]. Habiéndose discutido si la punibilidad en sí misma in-

[200] No obstante, el concepto de delito que estamos presentando se encuadra dentro de la concepción general y más o menos tradicional de la teoría del delito y de los principios del control penal, como el principio de *Exclusiva*

tegra o no el concepto o estructura del delito, y llegado a la conclusión de que esta es una categoría distinta que no integra propiamente la estructura del delito; pudiendo presentarse casos en que, pese a que nos encontramos ante un delito, no sobreviene o no es necesaria la punibilidad.

No obstante, definir de este modo al delito, todavía no ayuda en nada, pues resulta necesario desmenuzar o analizar cada uno de estos elementos que integran la estructura del delito o los niveles de su configuración y análisis. Solo después de acreditar o constatar la presencia de cada uno de estos elementos, estaremos en la posibilidad de atribuir responsabilidad penal al agente; de lo contrario, es decir si no pudiéramos constatar alguno de estos elementos, sea porque no están presentes, porque se excluyen de la tipicidad, porque se justifican, o quedan sujetos a alguna causal de exculpación, concluiremos que no estamos ante un delito, negándose toda relevancia jurídico-penal al hecho analizado.

Asimismo, debe quedar claro, tal como ya lo hemos indicado en líneas anteriores, que al considerar a la protección de los *bienes jurídicos* como elemento ordenador y fundamentador de la reacción penal, para todo análisis del delito, tendremos que partir de la identificación de los bienes jurídicos que se busca proteger con los tipos penales, y solo a partir de ello determinar los demás elementos del delito y sus niveles de análisis; toda vez que solo existirá la posibilidad de identificar una

---

Protección de Bienes Jurídicos, dejándose de lado otros criterios o conceptos como los formulados por la Teoría Funcional Normativa del Derecho penal y del delito, la que al considerar que la finalidad o función del Derecho penal es la protección de la vigencia de la norma o del sistema penal, o la fidelidad al ordenamiento jurídico, conceptúa al delito como: "Un comportamiento realizado con un defecto de fidelidad al ordenamiento jurídico". A la vez que considera a los criterios de imputación objetiva como únicos tamices para la determinación de la presencia de una acción penalmente relevante; asimismo, considera como elementos subjetivos del hecho a la imputabilidad, el conocimiento (cognoscibilidad) y la exigibilidad como indicios necesarios de dicho déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico; precisando que estos elementos cumplen la función del lado subjetivo del hecho. JAKOBS: *El lado subjetivo del tipo.* En desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje a G. Jakobs, Ara Editores, Lima, 2005, p. 119.

acción típica cuando dicha conducta haya afectado un bien jurídico penalmente tutelado; afectación que puede presentarse a través de una lesión efectiva o de una simple puesta en peligro; sea esta última, a través de un peligro concreto o de uno abstracto[201].

No obstante, no debemos olvidar que no toda afectación a un bien jurídico constituye una acción penal, por el contrario, serán relevantes penalmente solo aquellas que la propia ley penal así las considera, o las que no sean excluidas de dicha relevancia por criterios elaborados por la propia dogmática penal, como la adecuación social o la imputación objetiva.

A. LA ACCIÓN PENAL

Todo estudio del delito deberá partir del análisis de la acción, hecho, conducta o comportamiento humano, pues como refiere WESSELS, punto de partida del Derecho penal es la conducta humana unida a consecuencias socialmente perjudiciales[202]; solo a partir de esta se podrá realizar con posterioridad la imputación penal[203].

---

[201] En el caso de ***peligro concreto***, la acción delictiva entra en contacto con el bien jurídico u objeto de protección de la norma, estamos en este caso, ante un objeto determinado e identificado, el resultado lesivo en este caso, sólo constituye un paso más en la línea o en el sentido de la propia acción generadora del riesgo o peligro; por ello mismo, si estamos ante un delito de peligro concreto y luego se genera el resultado lesivo (delito de resultado) estaremos únicamente ante un delito de resultado dejándose de lado el delito de peligro concreto, el que en todo caso sería subsidiario. En cambio, en el caso del ***peligro abstracto***, el peligro se toma en cuenta sin relación a objeto de protección alguno; esto es, no está determinado ni identificado el objeto protegido de modo específico; la acción no entra en contacto con el objeto de protección; por ello, de producirse un delito de resultado a partir del delito de peligro abstracto, estaremos ante un concurso real de delito, con todas las consecuencias que ello significa (sobre todo, sumatoria de penas en nuestro sistema penal).

[202] WESSELS: *Derecho Penal. Parte General.* Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 19.

[203] DE LA CUESTA AGUADO: *Ob. Cit.* p. 62.

Se ha discutido si la acción típica debe ser considerada como un elemento independiente y previo a los otros elementos del delito o simplemente como un elemento integrante del tipo.[204] Al respecto, aun cuando para efectos didácticos es preferible considerarla como elemento autónomo a partir del cual se realiza la estructuración del delito, -calificándola con la calidad de típica y antijurídica-, para efectos de análisis, normalmente se la ubica conjuntamente con los demás elementos objetivos del tipo[205], es más, se la considera como el núcleo o verbo rector del mismo. Más aún, si se tiene en cuenta que en muchos casos "no hay acción antes del tipo, sino que el tipo es presupuesto de aquella". Por eso se dice que la acción ha pasado, para muchos autores, de ser un elemento previo a partir del cual se definía al delito, a ser el primer elemento de la tipicidad[206]. Por ello mismo, se sostiene que el concepto de acción tiende a desdibujarse a favor del concepto de realización típica[207].

El concepto de acción ha ido variando, con la evolución del Derecho penal, pasando por una concepción ontológica[208] (teoría causal

---

[204] LUZÓN PEÑA: *Ob. Cit.* p. 247.

[205] "El concepto de acción no debe invadir el campo del tipo, pero por otra parte no puede estar vacío de contenido, sino que tiene que poseer suficiente sustancia, o sea suficiente fuerza expresiva, como para poder soportar los predicados de los siguientes elementos valorativos". ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General.* p. 243

[206] ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General.* p. 257.

[207] SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo.* Barcelona, 1992, pp. 63 y ss.

[208] "Como es sabido, los elementos ontológicos pertenecen al mundo del ser, de la realidad, mientras que los normativos corresponden al ámbito de las normas -no necesariamente jurídicas- y, por tanto del deber ser y de lo axiológico (valorativo). Para saber si un concepto o un elemento utilizado en el Derecho, como por ejemplo los componentes del concepto de delito, es de una u otra clase, hay que tener en cuenta que si un concepto es ontológico, para conocer su alcance basta con conocimientos empíricos, del mundo real, o con conocimientos lógicos, mientras que si es normativo,

y final de la acción), por una concepción social, por un concepto negativo de la acción y por concepciones estrictamente normativas.[209] Sin embargo, cada una de estas teorías, que explican la naturaleza y contenido de la acción, habitualmente han caído en concepciones reduccionistas, dejando fuera de su ámbito a formas o supuestos fácticos que revestían relevancia penal, sea por ceñirse a orientaciones netamente ontológicas o por el contrario, a concepciones de corte exclusivamente normativo. En este sentido, debemos concluir con LUZÓN PEÑA, que se "... debe destacar los elementos característicos y diferenciales de la actuación humana, pero por otra parte debe intentar coincidir al máximo con lo que consideran acciones o conductas tanto las concepciones usuales en la sociedad (...) como cualesquiera otras disciplinas científicas, y por tanto no excluir anticipadamente actuaciones que conforme a esa concepción amplia sí son acciones por criterios normativos reduccionistas (sociales, jurídicos o jurídico-penales) o por criterios ontológicos también reduccionistas (como la exigencia de causación de resultado o de la finalidad)"[210].

En este sentido, se ha elaborado una concepción amplia de acción, en la cual pueden caber todos los casos de exteriorización de la voluntad humana cuya expresión objetiva implica una afectación al bien jurídico, sea causándole una lesión o sea poniéndolo en peligro; obviamente la relevancia penal de estas acciones estará determinada por la propia norma penal.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta los aportes de las concepciones antes indicadas, nos parece bastante acertada y acorde

---

para entenderlo es preciso conocer las definiciones, valoraciones y exigencias del correspondiente sector de normas: éticas, religiosas, sociales, técnicas, jurídicas, etc.". LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Ob. Cit.* p. 249.

[209] Para mayor información, ver ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General.* pp. 232 a 341 y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General I.* pp. 247 a 273

[210] LUZÓN PEÑA: *Curso de Derecho Penal...* p. 265.

con los fines del Derecho penal[211] la posición formulada por ROXIN, quien sustenta una *concepción personal de la acción.* Al respecto refiere: "Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como *"manifestación de la personalidad"*, lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (somática) del hombre, o 'del ámbito material vital y animal del ser', sin estar sometidos al control del "yo", de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano"[212]. "En el enjuiciamiento del suceso como manifestación de personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y solo el conjunto de todas ellas agota su contenido significativo"[213]. O dicho en términos de LUZÓN PEÑA, esa manifestación de personalidad debe ser a su vez voluntaria, o expresar una manifestación objetiva consciente y voluntaria[214].

El hecho que la acción sea voluntaria descarta como acción penalmente relevante aquellos supuestos en que dicha voluntad no está presente, como la *fuerza física irresistible* (Artículo 20°.6 del CP), los

---

[211] "En lo que hace al Derecho penal,... significa no sólo que la interpretación de los concretos tipos penales de la Parte Especial debe orientarse a su fin de protección, sino también que las *teorías generales* del Derecho penal, en especial los principios relativos a los diversos niveles de la imputación jurídico-penal, deben ser dotados de contenido atendiendo a la definición de los fines del Derecho penal del Estado. El contenido y presupuestos tanto de las normas penales de conducta como las normas penales de sanción deben determinarse, asimismo, a partir de los fines y objetivos de un Derecho panel estatal". RUDOLPHI, Hans-Joachim: *El Fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal.* En: El sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales. Bernd Schunemann, Compilador. Tecnos, Madrid, 1991, p. 81.

[212] ROXIN, Claus: *Derecho Penal...* p. 252.

[213] ROXIN, Claus: *Derecho pena...*p. 255.

[214] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Ob. Cit.* p. 265.

estados de inconsciencia y los *movimientos reflejos*, en cuyos casos nos encontramos precisamente, ante supuestos de ausencia de acción. Dentro de estos supuestos también se debe considerar algunos casos comprendidos artículo 20°.1 del CP en cuanto se refiere a la *anomalía psíquica* y la *grave alteración de la consciencia*, cuando estas son de tal entidad y magnitud que significan la anulación total de la consciencia; en el caso que solo la afectasen gravemente pero sin llegar a anularla, estaremos frente a supuestos de inimputabilidad con incidencia sobre la ***culpabilidad,*** mas no ante supuestos de ausencia de acción.

Finalmente, desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva (perspectiva normativista), como quiera que la imputación objetiva es el primer elemento de la teoría del delito, solo se considerará como acción penalmente relevante, a las conductas o comportamientos que hayan pasado el tamiz, precisamente, de los criterios de imputación objetiva; esto es, no habrá acción penal si el comportamiento, sometido a cualquiera de los criterios de imputación objetiva, resulta conforme a derecho o conforme al rol que le competía al agente[215].

"En este línea JAKOBS define la acción jurídico-penal como un comportamiento objetivamente imputable, individualmente evitable y culpable, lo que significa atender al sentido global del hecho. (...). La acción jurídico-penal, se presenta en este sentido, como un concepto que otorga unidad a la imputación jurídico penal, pudiendo incluso afirmarse que el concepto jurídico-penal de acción no es más que una teoría global del hecho delictivo"[216].

---

[215] "Con otras palabras: solo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse *en un sentido general 'acción'*. Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino, si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante". JAKOBS: *La imputación objetiva en el Derecho penal.* Grijley, Lima, 2001, p. 23.

[216] GARCÍA CAVERO, Percy: *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2008, p. 283.

En síntesis, y dejando de la do la teoría funcional normativista, podemos proponer como concepto operativo que, *la acción penalmente relevante es el comportamiento humano que afecta un bien jurídico penalmente tutelado, a través de una lesión o una puesta en peligro, al mismo que debe tamizarse con los criterios de imputación objetiva, particularmente el referido a la creación de un riesgo no permitido.*

B. EL TIPO PENAL (TIPICIDAD)

Es el supuesto de hecho abstracto (hipotético) previsto y descrito por la ley penal; a través de este se plasma o concreta el principio de legalidad, esto es, la garantía *nullum crimen sine lege*[217]. En tal sentido, la principal función del tipo es concretar el principio de legalidad.

Una acción o comportamiento será típica si encaja exactamente en el supuesto abstracto previsto por la ley penal; dicha acción será el núcleo o verbo rector de dicho tipo. No obstante, esta correspondencia solo acredita que la acción está contenida en el tipo, pero no determina que nos encontremos ante un tipo penal; para ello es necesario que, además de la acción, estén presentes todos los demás elementos objetivos y subjetivos previstos en la norma penal; si faltara alguno de ellos, la acción no será típica y no tendrá relevancia penal alguna.

Como se sabe, en la parte objetiva del tipo "... habrá como mínimo los siguientes elementos: un sujeto activo, que requiere las condiciones de la autoría, una *acción o conducta*, positiva u omisiva, e implícitamente un bien jurídico -con su titular o sujeto pasivo- que se ve lesionado o puesto en peligro por la acción. Luego se podrá añadir o no otros requisitos, como la causación de un resultado y su imputación objetiva, circunstancias especiales en los sujetos activo o pasivo o pluralidad de los mismos, concurrencia de ciertas modalidades de ejecución, circunstancias de lugar, tiempo, modo, etc."[218]; a lo que

---

[217] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Ob. Cit.* p. 296

[218] LUZÓN PEÑA: *Curso de Derecho Penal...* p. 302.

en algunos casos puede agregarse ciertas condiciones o circunstancias del objeto de la acción.

Aun cuando, antaño se consideraba que el tipo era valorativamente neutro, y que recién la valoración se realizaba a nivel de la antijuricidad, actualmente se consideran dentro del tipo diversos elementos valorativos a los que se conoce como elementos normativos del tipo.

a) Clases de tipos penales

Conforme al criterio diferenciador o de clasificación que se tenga en cuenta, existen variedad de tipos penales; sin embargo, vamos a referirnos solo a aquellos que tengan alguna incidencia clara en la resolución de casos concretos.

Así, según la intervención de un solo *agente o de varios agentes,* los delitos o tipos penales pueden ser: *plurisubjetivos o unisubjetivos;* el delito de asociación ilícita, o algunos supuestos agravados de ciertos delitos (hurto, robo, tráfico ilícito de drogas, etc.) en el primer caso, y todos aquellos que para su consumación es suficiente la intervención de un solo sujeto.

Según *el número de bienes jurídicos que se afecta,* los delitos pueden ser *monofensivos o pluriofensivos.* Los primeros afectan a un solo bien jurídico, como el homicidio que afecta únicamente la vida; y los segundos, a más de uno como el caso del robo que afecta al patrimonio, la libertad personal e incluso la vida o la integridad física.

Según los *elementos subjetivos del tipo,* los delitos pueden ser *dolosos y culposos (imprudentes).* Asimismo, también están los *delitos cualificados por el resultado* como los llamados *preterintencionales,* que se estructuran a partir de una acción dolosa inicial y que por imprudencia se produce un resultado mucho más grave que el que se quiso causar. También están los que muestran especiales *elementos subjetivos adicionales al dolo,* estos son los llamados *tipos de tendencia interna trascendente,* normalmente estos muestran una intención de lograr determinada finalidad o propósito, la misma que ordinariamente

es un resultado que trasciende el dolo. Estos son los casos del ánimo de lucro en los delitos contra el patrimonio.

Por la *cualificación especial del autor,* los delitos pueden ser *comunes o especiales.* Los comunes pueden ser cometidos por cualquier persona, sin necesidad de cualificación o condición especial; en cambio los especiales, exigen en el sujeto activo una especial condición, relación o cualificación. Estos últimos a la vez pueden ser delitos *especiales propios y delitos especiales impropios.* Los primeros no cuentan con un figura paralela en los delitos comunes, siendo la cualidad o condición especial del agente la que normalmente justifica la relevancia penal del hecho; por ello si no se presenta la cualificación especial, el hecho no tendrá relevancia penal. *Los delitos especiales impropios,* por el contrario, cuentan con un tipo común paralelo; en estos casos la calificación especial, ordinariamente solo configura una circunstancia que da mayor gravedad el hecho; ejemplo típico de estos delitos es el delito de peculado, en el que para su configuración se requiere de un funcionario o servidor público como agente; pero si la conducta de apropiación o sustracción de los bienes o caudales configurativa del peculado, las realiza un particular (sin la calificación de funcionario o servidor público), no habrá delito de peculado, pero de todos modos el hecho calificará como hurto o apropiación ilícita; en estos casos se presenta la problemática del *intraneus* y el *extraneus,* la misma que abordaremos al desarrollar la autoría y participación en los delitos de infracción de deber.

Por el *título en que se sustenta la punibilidad,* los delitos pueden ser *delitos de autoría normal o de dominio* y *delitos de infracción de deber.* Los *delito de dominio* sustentan la punibilidad en la propia acción, esto es, tienen como núcleo de la imputación en la afectación concreta al bien jurídico (lesión o puesta en peligro) así como en la infracción del deber general de no dañar a nadie y comportarse conforme a los mandatos normativos generales; en este caso, se infringe un deber *negativo* general. En cambio, los de *infracción de deber* suponen un agente portador de deberes especiales, más allá de los deberes

generales correspondientes a toda persona, y sustentan la punibilidad precisamente en la infracción de estos deberes; estos deberes configuran mandatos especiales de los que son destinatarios ciertos grupos de personas como funcionarios o servidores públicos, ciertos familiares respecto de otros, los profesionales, etc.,[219] de realizar determinadas conductas positivas a favor de ciertos bienes jurídicos; en tal sentido, se infringe un deber *positivo*.

Desde una perspectiva funcional normativa, no se trata de la infracción de un deber impuesto por el rol general de ciudadano, sino de un rol especial o institucional. El título de imputación en estos últimos delitos se establece a partir de la infracción del deber, independientemente de si el agente actúa o no con dominio del hecho[220]. En otras palabras, la imputación se sustenta en el incumplimiento de expectativas vinculadas al rol del sujeto en el marco de una institución (de funcionario público, de padre de familia o de otro deber especial) y dirigidas, no negativamente a la evitación de la lesión, sino positivamente a la generación de determinadas situaciones favorables para el bien jurídico. Estos son los llamados, en terminología de Jakobs, delitos en virtud de una *competencia institucional*, por contraposición a los de dominio que son delitos en virtud de una *competencia de organización*[221].

Por *la acción y el resultado*, los tipos penales pueden ser *delitos de mera conducta o simple actividad y delitos de resultado*. Los *de simple actividad*, como su nombre lo señala, se consuman con la

---

[219] SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: *Los Delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia los delitos cometidos por funcionarios*. En: "La Dogmática Penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública". Grijley, Lima, 2001, p. 150.

[220] ROXIN, JAKOBS, WESSELS, BUSTOS RAMÍREZ, conforme a las citas antes expuestas.

[221] PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel: *Un nuevo sistema del Derecho penal*. Grijley, Lima, 1998, p. 42.

simple realización de la conducta o acción típica, sin necesidad de que se produzca un resultado ulterior; esta conducta puede ser de peligro o en sí misma configurar una afectación lesiva para el bien jurídico. Como puede apreciarse, estos delitos no consideran en su configuración típica resultado alguno (sin embargo, algunos autores sostienen que también muestran un resultado, solo que este se presenta simultáneamente con la acción[222]). En cambio, los delitos de *resultado,* comprenden en su estructura al resultado como elemento del tipo objetivo. Este resultado puede separarse espacio-temporalmente de la acción, pues, normalmente se presenta con posterioridad a esta. Para su consumación se requiere del resultado adicional, normalmente lesivo para el bien jurídico; asimismo, requieren de una *relación causal entre acción y resultado.* Si se concretara únicamente la acción típica mas no el resultado, el delito simplemente quedará en grado de tentativa. No obstante, la conducta puede ser activa u omisiva.

Un grupo de delitos de resultado que ha generado especial dificultad, son los llamados *delitos cualificados por el resultado,* es decir aquellos en los que, a la acción dolosa de determinado contenido de injusto, se añade un resultado imprudente mucho más grave. En este caso estamos ante los llamados *delitos preterintencionales* (estos serán tratados en los tipos penales conforme a los elementos subjetivos).

Por el *grado de afectación al bien jurídico u objeto de protección,* se clasifican en *delitos de lesión* y *delitos de peligro.* Los delitos de lesión causan un menoscabo o daño concreto al bien jurídico u objeto de protección. En cambio, los de peligro solo generan un riesgo o peligro para el bien jurídico u objeto de protección; no requieren para su consumación de lesión alguna. Estos últimos a su vez se clasifican en *delitos de peligro concreto* y *delitos de peligro abstracto.* En los delitos

---

[222] MIR PUIG, Santiago: *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal.* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ARTÍCULOS.ISSN 1695-0194 RECPC 05-05 (2003). RECPC 05-05 (2003) http://criminet.ugr.es/recpc _ ISSN 1695-0194.

de *peligro concreto*, la acción delictiva entra en contacto con el bien jurídico u objeto de protección de la norma, se trata de un objeto determinado e identificado; inclusive, se dice que estos delitos son de resultado[223], no de un resultado lesivo, pero sí de una afectación más o menos concreta del objeto de protección[224]. En estos delitos, el resultado lesivo simplemente constituye un paso más en la línea o en el sentido de la propia acción generadora del riesgo o peligro; por ello mismo, si estamos ante un delito de peligro concreto, pero luego a partir de este delito, se genera el resultado lesivo (delito de resultado) estaremos únicamente ante un delito de resultado dejándose de lado el delito de peligro concreto, el que será absorbido por el delito de resultado; por tanto, los delitos de peligro concreto son subsidiarios de los delitos de lesión. En cambio, en el caso de los delitos de *peligro abstracto*, el peligro se toma en cuenta sin relación a objeto de protección alguno, simplemente se toma en cuenta como un peligro general; esto es, no está determinado ni identificado el objeto protegido de modo específico; la acción no entra en contacto con el objeto de protección; por ello, de producirse un delito de resultado a partir del delito de peligro abstracto, estaremos ante un *concurso real de delitos*, con todas las consecuencias que ello implica (sobre todo, la sumatoria de penas en nuestro sistema penal). Caso típico de concurso real se presenta entre los delitos de asociación ilícita para delinquir (peligro abstracto) y delito de robo (resultado). Los delitos de peligro abstracto se concretan con la mera realización de la acción, por lo que no se

---

[223] "Los delitos de peligro concreto requieren, además de una imputación del comportamiento, una imputación del resultado. Como lo señala JAKOBS, el peligro concreto es un resultado, ya que es algo más que la realización de una acción en determinadas circunstancias subjetivas, esto es, la producción de una situación de peligro para determinado objeto de ataque existente en la realidad". GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 379.

[224] "El resultado, por tanto, no perturba *per se*, 'sino como objetivación de una errónea planificación que también puede objetivarse sin lesionar bien jurídico alguno'". PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ: *Ob. Cit.* p. 102.

diferencian de los delitos de simple acción; por ello mismo, en estos casos resulta innecesaria la probanza del peligro en el caso concreto para que sobrevenga la punibilidad.

Como se ha indicado, la afectación al bien jurídico se realiza a través de una lesión o de una puesta en peligro; sin embargo, existen algunos delitos, a los que comúnmente se les llama *delitos de mera desobediencia,* en los cuales realmente no se aprecia la causación de una lesión o un riesgo para el bien jurídico, inclusive ni siquiera es posible identificar un objeto de protección, más allá de la simple infracción a la norma que prohíbe la conducta. Estos delitos resultan muy similares a los delitos de *peligro abstracto,* tanto que, inclusive, se dice que estos delitos también son de mera desobediencia[225]; y claro, no falta razón para ello, porque también en los delitos de peligro abstracto no se puede identificar un objeto de protección penal específico. A partir de estos tipos penales, se niega la validez del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos propio del Derecho penal, y se sostiene que en efecto, existen los delitos de *mera desobediencia,* no porque se busque proteger bienes jurídicos específicos, sino simplemente porque la norma así lo establece, y la norma puede estar orientada a la protección de la paz social en abstracto, sin estar vinculada a bien jurídico específico alguno (salvo que se considere a la necesidad de protección de la paz social como un bien jurídico específico, lo cual resulta ampliamente discutible[226]); y desde luego, estos delitos se concretan con la simple desobediencia de la norma, lo que daría toda razón a las tesis funcionalistas normativas.

No obstante, por nuestra parte creemos que la existencia de los *delitos de mera desobediencia* no resulta suficiente para negar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos del Derecho penal, por

---

[225] VILLAVICDENCIO TERREROS: *Ob. Cit.* p. 312.

[226] Al respecto ver amplio desarrollo en: PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel: *Ob. Cit.* p. 42 y ss., con citas de Roxin, Jakobs y Carlos Santiago Nino.

el contrario, consideramos que estos delitos solo existen en la medida que con ellos se busca *reforzar* la protección de determinados bienes jurídicos que ya se encuentran protegidos por otras normas penales (tipos penales) y que por ello ya configuran bienes jurídicos penalmente tutelados. Tal es el caso del *delito de omisión de reporte de operaciones sospechosas* en los casos del delito de lavado de activos (sujeto a ley especial) en el cual el tipo penal se concreta con el simple hecho de la omisión de comunicar a la autoridad correspondiente sobre la operación sospechosa de la cual ha tenido conocimiento la persona obligada a informar, independientemente de que finalmente se determine que la operación no reportada era lícita o ilícita; sin embargo, a pesar de ello el tipo penal ya se concreta con la simple omisión de reporte. Pero claro, aun cuando en este tipo penal no resulta claro cuál es el objeto de protección o bien jurídico, es evidente que este resulta siendo el mismo que es protegido por el delito de lavado de activos (libre competencia y eficacia de la administración de justicia), y con el tipo penal de omisión de reporte lo único que se busca es reforzar la protección de dicho bien jurídico. En tal sentido, incluso en estos casos de delitos de mera desobediencia, el fundamento de la punición es la protección de un bien jurídico.

Según la *posibilidad de admitir o no un autor mediato,* pueden dividirse en *delitos de propia mano* y *delitos que admiten intermediarios.* Los primeros solo admiten la autoría cuando el agente realiza por sí mismo la conducta típica, como el caso de la violación sexual o la conducción de vehículo en estado de ebriedad, lo cual obviamente no significa que no se pueda considerar a los demás intervinientes en los hechos, como cómplices o inductores. En cambio, en los segundos, se admite la intervención de autores mediatos además de los cómplices o inductores.

Por la *forma como se logran o pretenden los fines delictivos.* Pueden ser delitos de *consumación normal y delitos de consumación anticipada.* En los primeros se requiere la obtención de los fines típicos o producción del resultado final. En cambio en los de consumación anticipada, esta

se produce antes de la obtención del resultado o fin típico propuesto por el agente; normalmente se trata de supuestos de tentativa elevados a delitos consumados, cuya configuración se concreta a través de la realización de ciertos actos encaminados a determinado fin que no es necesario que se cumpla para la consumación del delito; estos son los llamados *delitos de emprendimiento.* Asimismo, dentro de estos delitos de consumación anticipada, se encuentran los conocidos como *delitos mutilados por el resultado y los delitos de resultado cortado.* Los *delitos mutilados por el resultado* configuran actos completos (inclusive con un resultado), pero la realización de estos actos tiene como fin realizar otro acto, es decir, lograr otro resultado; presentan un elemento subjetivo adicional al dolo constituido por el ánimo encaminado a concretar el otro acto o lograr el otro resultado. La consumación de estos delitos se concreta con la realización del primer acto, sin necesidad de que el segundo acto o resultado se lleve a cabo, pero claro, el primer acto se realiza para lograr la realización del segundo; ejemplo típico de estos delitos es la posesión de drogas para luego comercializarlas o el delito de rebelión (alzarse en armas para derrocar al gobierno). En el caso de los *delitos de resultado cortado* el agente consuma la acción delictiva, pero la realiza con la finalidad de lograr un resultado ulterior, el mismo que no constituye un elemento adicional del tipo penal, por lo que no es necesario que este se produzca; ejemplo de estos delitos es el delito de falsificación de documentos, el mismo que se realiza con la finalidad de lograr un beneficio ulterior o perjudicar a tercero. La diferencia entre estos delitos es que en el primero se requiere de la realización de otros actos para lograr el propósito emprendido, puesto que el primer acto no tendría sentido para el autor sin la realización de los demás actos; en cambio en el segundo, el primer acto por sí mismo ya satisface el ánimo del autor sin necesidad del resultado ulterior; ello determina que en el delito mutilado por el resultado, si un tercero participa en el segundo acto, resultará coautor o cómplice del único delito que se comete (posesión de droga o rebelión); en cambio en los delitos de resultado cortado, si un tercero participa en el segundo acto (utilizar el documento falso) cometerá un delito

independiente (uso del documento). Finalmente, en todos estos delitos de consumación anticipada, no es posible la tentativa, puesto que no resulta relevante penalmente intentar un delito que se consuma, precisamente, a través de una "tentativa".

Según su *forma de consumación*, los delitos pueden ser clasificados en *instantáneos y permanentes*. Los *instantáneos* son aquellos en que la realización total es inmediata. *Permanentes* son aquellos en que el momento consumativo se prolonga en el tiempo[227] por voluntad delictiva del autor[228]. Cada uno de estos momentos del estado antijurídico realiza el tipo penal; por esto, la intervención de terceros durante la permanencia del estado antijurídico configura coautoría o complicidad (primaria o secundaria); igualmente, como quiera que el momento consumativo del delito se prolonga en el tiempo, el plazo de prescripción de la acción penal recién comenzará a correr cuando cese el estado de antijuricidad (permanencia). Cercanos a los delitos permanentes están los llamados *delitos de estado*, estos se consuman a través de una acción instantánea o inmediata pero generan una situación antijurídica posterior que se prolonga en el tiempo; sin embargo, esta prolongación de la antijuricidad no continúa realizando el tipo penal, como ocurre en los delitos permanentes; por ello se consideran únicamente como delitos instantáneos. La participación de terceros durante la permanencia de la antijuricidad es irrelevante penalmente y el plazo de prescripción se inicia en el momento de la realización instantánea del hecho. Caso típico de estos delitos de estado, son los delitos de usurpación por despojo.

Finalmente, por *su conexión con otros delitos*, pueden ser *tipos básicos o tipos derivados*. Los tipos básicos contienen descritos todos los elementos del tipo en el supuesto normativo; en cambio los derivados, solo describen algunos elementos atenuantes o agravantes

---

[227] Véase, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Obras Completas*. T. I., Ara Editores, Lima, 2004, p. 799.

[228] Véase, ROXIN, Claus: *Ob. Cit.*, p. 329.

y los demás elementos son tomados de un tipo básico. Ejemplo los tipos básicos de hurto y robo, a partir de los cuales se estructuran los tipos agravados.

b) Elementos del tipo

Como se ha indicado, si bien para efectos pedagógicos en el análisis del concepto del delito, partimos del análisis de la acción típica, en realidad la acción es únicamente uno de los elementos del tipo, por lo que para determinar si estamos o no ante un tipo penal, debemos constatar la presencia de todos los elementos típicos (objetivos y subjetivos) previstos por la norma penal. Obviamente, en cada tipo penal no vamos a pretender constatar la presencia de todos los elementos a los que vamos a hacer referencia, sino únicamente los que la norma penal los haya previsto para el caso concreto.

Como habíamos dicho antes, el tipo penal, al describir un hecho humano presenta elementos objetivos y subjetivos, los mismos que pueden ser enfocados desde una perspectiva externa e interna del sujeto así como también desde una perspectiva social (los elementos objetivos) e individual (los elementos subjetivos), conforme a los criterios que se maneje de la teoría del delito y de la organización social de la comunidad en la cual rige la norma.

b).1. Elementos objetivos

Tal como se acaba de indicar, los elementos objetivos del tipo son aquellos que se encuentran fuera del ámbito interno del sujeto, que pueden apreciarse a través de los múltiples instrumentos de percepción u observación, o interpretando la descripción o valoración realizado por la sociedad respecto a determinados componentes sociales o instituciones jurídicas. Asimismo, también pueden ser determinados apelando a los criterios sociales respecto a los hechos o instituciones, por contraposición a los elementos subjetivos que se determinan apelando a los criterios individuales de los sujetos intervinientes en el delito, sea como agente o como víctima (conforme a la teoría funcional

normativa). Pero ojo, no todos los elementos que vamos a describir aquí tienen que estar presentes en un tipo penal, simplemente nos referimos a ellos porque van a estar presentes en algún tipo penal.

b).1.1. Elementos descriptivos

Son aquellos que los podemos apreciar, percibir o delimitar apelando simplemente a nuestros sentidos, aun cuando en ciertos casos tengamos que servirnos de instrumentos técnicos o científicos (lo que ha llevado a algunos a hablar de elementos científicos del delito), al fin de cuentas serán nuestros sentidos y nuestras apreciaciones lógicas elementales, los que nos darán la información necesaria respecto a la presencia o ausencia de estos elementos del delito. Dentro de estos están los siguientes:

b).1.1.1. Los sujetos del delito

Esto es, las personas naturales o jurídicas que resultan involucradas en la comisión del delito. Dentro de estos están los *sujetos activos* o *agentes del delito*, quienes realizan la acción típica o participan a título de autores, inductores o cómplices y serán pasibles de la responsabilidad penal correspondiente. Asimismo, los *sujetos pasivos o víctimas del delito*, es decir, las personas que se ven afectadas directa o indirectamente por el delito, sea porque sus bienes o derechos han sufrido directamente un menoscabo o porque sin menoscabarlos o deteriorarlos directamente se ha afectado la titularidad de dichos sujetos sobre los bienes o derechos (como cuando se sustrae el bien); igualmente puede tratarse de personas que no eran titulares del bien afectado, sin embargo, tenían una relación de dependencia o vinculación especial con el titular del bien lesionado por el delito, como por ejemplo, en el delito de homicidio, en el que resultan agraviados los causahabientes. Puede tratarse de personas naturales o jurídicas así como también de centros de imputación de derechos y obligaciones, como las sucesiones (testadas o intestadas); inclusive, puede tratarse del propio Estado, de la sociedad u otros colectivos titulares de intereses difusos.

b).1.1.2. La conducta

Es la propia acción o comportamiento al que nos hemos referido al desarrollar la *acción típica.* Pues, tal como ya lo hemos indicado, en realidad la acción es un elemento del tipo, que solo para efectos pedagógicos la separamos y a partir de esta iniciamos el análisis del tipo penal, de modo que resulte pertinente la definición del delito como *acción, típica, antijurídica y culpable.* Es más, la acción es el elemento fundamental del delito, constituyendo su núcleo o verbo rector.

b).1.1.3. El resultado

Este elemento estará presente en los llamados delitos de resultado, es decir, en los que requieren que la acción haya producido un efecto a través del cual se consuma el delito. Normalmente, este resultado constituye la concreción de la finalidad propuesta por el agente en los delitos dolosos y configura la lesión al bien jurídico u objeto de protección; sin embargo, también los delitos de mera actividad o de simple acción pueden causar una lesión al bien jurídico y sin embargo no estamos ante un delito de resultado; asimismo, en los delitos de peligro concreto también se habla de un resultado, el mismo que no es una lesión al objeto de protección (de haber lesión ya no se trataría de delito de peligro) sino una aproximación suficiente del peligro de causación de la lesión. En tal sentido, el resultado no necesariamente coincide con la lesión al objeto de protección del delito, únicamente es un elemento adicional que es separable temporal y espacialmente de la acción. El resultado puede ser constatable materialmente, o también puede ser netamente formal y constatable únicamente a través de criterios lógicos, intelectuales o jurídico-valorativos.

b).1.1.4. Relación de causalidad

En el caso de los delitos de resultado (y eventualmente en casos de delitos de peligro concreto) debe existir un vínculo o nexo causal entre la acción y el resultado, en virtud al cual la acción resulta ser causa del resultado; o dicho de otro modo, el resultado es efecto de la acción. Normalmente la relación de causalidad entre acción y resulta-

do es de fácil determinación, sobre todo cuando se trata de una sola acción. Sin embargo, en ciertos casos (especialmente cuando concurren varias acciones a la producción del resultado), la determinación del nexo o relación de causalidad presenta dificultades; por ello, para explicarla y determinarla se han generado diversas teorías. Entre las principales están *la teoría de la equivalencia de condiciones, la teoría de la causa adecuada, la de la relevancia jurídica y finalmente la imputación objetiva.*

Conforme a la teoría de la *equivalencia de condiciones* o también llamada de la *conditio sine qua non*, causas del resultado son todas las condiciones negativas y positivas que concurren a producir el resultado, de modo tal que suprimiendo alguna de ellas, el resultado desaparece[229]. Conforme a esta teoría se extiende enormemente las causas de un resultado, con lo que finalmente no se resuelve el problema, por cuanto considera igualmente causantes a todas las acciones que de una u otra manera intervinieron en la cadena causal, por remotas que hubiesen sido las posibilidades de contribuir la producción real del resultado o de causar este con su sola intervención. Asimismo, resultaba completamente injusto que quien contribuya mínimamente en los acontecimientos, sea responsable en la misma medida que el que con su accionar hubiera producido por sí solo el resultado. Por todo ello, esta teoría no resulta útil por sí sola.

---

[229] Ya STUART MILL había establecido en el terreno filosófico que 'la causa de un resultado es la suma total de las condiciones negativas y positivas tomadas en conjunto, que concurren a producirlo'. BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil.* 9ª edición, Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1997. p. 222.
En el Derecho Von Buri, estableció que "... constituye causa de un evento todo aquello que de un modo u otro ha contribuido a su realización; es decir todos los hechos sin los cuales no se hubiera dado el evento -las condiciones *sine quae non*- son causa del mismo; y todas son equivalentes, pues la falta de cualquiera de ellas habría hecho inexistente el evento". DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *La responsabilidad extracontractual.* Fondo Editorial PUCP, Lima, 1988, p. 286.

Conforme a la teoría de la *causa adecuada o de la adecuación* "... causa es, en sentido jurídico, únicamente la condición típicamente adecuada"[230]. Esta teoría parte de una observación empírica; se trata de saber, dentro de la universalidad de causas que encarna cada situación, qué causas *normalmente* producen tal resultado. No todas las causas que concurrieron a la producción del resultado pueden ser consideradas como causas en sentido jurídico; y por tanto, no todas las causas obligan a su autor a asumir el papel de 'causante', para ello se requiere que la causa sea adecuada, es decir, que sea idónea para producir el resultado. Que una causa sea idónea o típicamente adecuada, conforme a esta teoría, significa que esa causa *normalmente* es capaz de producir el resultado. Produce normalmente el resultado cuando conforme a la experiencia cotidiana o el curso normal y ordinario de las cosas, a una acción determinada le corresponde determinado resultado, y a determinada causa determinado efecto. Si concurrieran diversas causas a la producción del resultado, la causa jurídicamente relevante será la más adecuada o más idónea, las demás se consideran únicamente como condiciones o factores concurrentes pero no causas propiamente dichas.

Aun cuando teóricamente esta teoría aparentemente resulta clara, sin embargo, no es sencillo determinar qué causa produce '*normalmente*' el resultado; por ello, asumiendo criterios más concretos, se dice que una condición será adecuada para producir el resultado, cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que en las circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevitablemente. Pero *previsible objetivamente* lo es casi todo, por eso la teoría de la causa adecuada recurre a otro criterio limitador de la causalidad, el de la *diligencia debida;* en virtud a esta, quien realiza la acción con la diligencia debida, aunque sea previsible el resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente. "Previsibilidad objetiva y diligencia debida son, por consiguiente los

[230] WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* p. 57.

dos *criterios selectivos* que sirven para precisar cuándo una acción es adecuada para producir el resultado"[231]. Aun cuando esta teoría en la ciencia penal tiene prestigiosos partidarios[232], ha sido complementada y muchas veces reemplazada por criterios normativos, que han dado origen a la *teoría de la relevancia jurídica* y también a la *teoría de la imputación objetiva.*

La teoría de la *relevancia jurídica*se ha elaborado a partir de la teoría de la equivalencia de condiciones y la teoría de la adecuación, limitando la relevancia penal únicamente a las causas que pudieran tener cierta idoneidad para producir el resultado, y considerando además, que luego de acreditada la relación de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de condiciones, se deben tener como resultados de la acción (o como causas del resultado), únicamente a los que entran dentro del fin de protección de la norma penal. En este sentido se pronuncia Wessels cuando indica: "Oponiéndose a la teoría de la adecuación, la teoría de la *relevancia jurídica* que se le aproxima en cuanto al resultado final (Mezger, Blei), distingue rígidamente entre la cuestión de la causación y la imputabilidad objetiva del resultado: al comprobar la *relación causal*, se basa con la opinión dominante, en la teoría de la condición (teoría de la equivalencia de condiciones). En cambio, con respecto a la *imputación del resultado*, remite a la *relevancia penal* del suceso causal, reconociendo como fundamentadora de la responsabilidad únicamente (como la teoría de la adecuación) las *condiciones típicamente adecuadas* dentro del curso causal, pero sin perder de vista el *fin de protección de la norma* y las *peculiaridades del tipo penal de que se trata* (...). En el aspecto dogmático, la teoría de la relevancia al separar exactamente la causación y la imputación del resultado, es preferible a la teoría de la adecuación"[233].

---

[231] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *"Derecho Penal Parte General"*. Tirant lo Blanch, 2da. Edición, Valencia, 1996, p. 244.

[232] WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* p. 57.

[233] WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* p. 58.

Las dificultades para la determinación de la relación causal y de la propia imputación del resultado[234], determinaron la formulación de criterios normativos para tal fin. A partir de estos criterios se ha desarrollado la teoría de la *imputación objetiva*, la misma que, como se verá más adelante, en su versión más moderada, toma en cuenta, además de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, especialmente la cuestión de si un resultado socialmente perjudicial puede serle imputado al autor como su "propia obra", teniendo en cuenta la posibilidad humana de realización[235]. En estos casos, para la mayoría de autores, luego de comprobar la relación de causalidad[236],

---

[234] Los problemas de la relación de causalidad se presentaron sobre todo en los casos de la llamada *causalidad hipotética,* en la que el resultado de todos modos se habría producido aun cuando no se hubiese concretado la acción, puestos que otra acción necesariamente se iba a producir o existía otra persona con la decisión de realizar la acción productora del resultado; o también los casos de *causalidad alternativa, causalidad cumulativa, causalidad adelantada o desviación del curso causal.* Al respecto ver ABANTO VÁZQUEZ, Manuel, en Roxin, *Imputación objetiva en el Derecho penal.* Idemsa, Lima, 1997, pp. 18 y 19. Para resolver esta problemática también se ha planteado la *Teoría de la evitabilidad;* en este último punto ver, GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* pp. 361 y ss.

[235] WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* p. 60.

[236] No obstante, conforme a esta teoría, para algunos casos, ni siquiera se requiere la constatación de la relación de causalidad propiamente dicha, sino que basta que al sujeto activo le sea *imputable objetivamente* el no haber impedido el resultado cuando debió haberlo hecho en virtud de su posición de garante. ABANTO VÁSQUEZ: En traducción de la "*Imputación Objetiva*" de Roxin, Idemsa, Lima, 1997, p. 15.
La imputación objetiva no se corresponde siempre en Derecho Penal con la causalidad. *Por una parte,* existen casos en los que la imputación objetiva se afirma pese a la ausencia de relación de causalidad. Un ejemplo importante de ello lo constituyen los delitos de omisión impropia. También falta una verdadera causación del resultado cuando se impide la prosecución de un intento de salvación y, por ello, se realiza el resultado lesivo. En ambos casos concurre sólo una causalidad hipotética (mentalmente supuesta). Además en materia de condiciones objetivas de punibilidad no es preciso que se encuentren en relación de causalidad con el hecho punible en sí mismo la producción del resultado grave. JESCHESK, Hans Heinrich: *Ob. Cit.* p. 379.

se imputará el resultado al agente, únicamente si con su actuar creó un *riesgo no permitido para el bien jurídico* o aumentó uno ya existente; asimismo, si este *riesgo llegó a concretarse en un resultado* (relación de riesgo entre acción y resultado), y si este resultado se produce *dentro del ámbito de protección de la norma infringida*[237]. Adicionalmente, se

---

La doctrina actual subraya, por ello, con razón, la independencia y, en su caso, incluso preferencia del baremo jurídico que representa la imputación objetiva frente a la categoría científico - naturalística de la causalidad. Sin embargo debe partirse de la base de que son excepcionales los supuestos en los que cabe fundar la imputación objetiva sin ayuda de la causalidad. JESCHECK, Hans. H.: *Ob. Cit.* p. 379.

[237] "... el ámbito de prohibición jurídico - penal sólo puede comenzar allí donde se constata la realización de una acción que excede de lo jurídicamente permitido. De un modo general se puede decir que toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo existente más allá de los límites de lo permitido es ya suficiente para imputar el resultado que suponga la realización de ese riesgo no permitido..." "La *creación de un riesgo no permitido,* lo que ya supone por lo menos una falta de diligencia, la consiguiente realización de ese peligro o riesgo en el resultado y la *producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida,* son, pues, los criterios que hay que aplicar para, a partir del establecimiento de una conexión causal, imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causó. MUÑOZ CONDE. y GARCÍA ARÁN: *Ob. Cit.* p. 246.

Desde una perspectiva del funcionalismo radical de Jakobs y sus seguidores, para la imputación objetiva del tipo penal, no resulta relevante el nexo causal entre acción y resultado, éstos se sustentan mayormente en la infracción del rol o de los deberes de los cuales es portador el sujeto; pues prescinden de todo elemento empírico o naturalístico dentro de su teoría funcional sistémica del Derecho penal.

Complementariamente, *Imputación Objetiva*: MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Ob. Cit.* pp. 245 a 248. WESSELS: *Ob. Cit.* pp. 51 a 64. ROXIN: *"Derecho Penal. Parte General".* pp. 342 a 411. CANCIO MELLIA, Manuel: *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en el Derecho Penal.* Bosch, Barcelona, 1998. JAKOBS: *"La Imputación Objetiva en el Derecho Penal".* Traducción de Cancio Melliá. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996. ABANTO VÁSQUEZ: Traducción de Imputación Objetiva de Roxin, Idemsa, Lima, 1997. JESCHECK: *Ob. Cit* pp. 376 a 394. DIAZ VALCÄRCEL, Luis María: *"Causalidad e Imputación Objetiva",* Madrid, 1994. SALAS ALMIRAL, Salvador: *Causalidad e Imputación Objetiva en los Delitos de Peligro.* Madrid,

han desarrollado otros criterios de imputación objetiva, más que para imputar el resultado a determinada acción, fundamentalmente para extraer del ámbito penal a determinadas conductas, o para determinar la participación en el injusto atribuido (autoría o participación); tales son: el *principio de confianza, prohibición de regreso y ámbito de protección de la víctima* (el que lleva a la exclusión de la imputación en casos de *autopuesta en peligro o actuación a propio riesgo*).

b).1.1.5. Objeto del delito o de la infracción

Se entiende por *objeto del delito,*a todo bien, derecho o interés sobre el cual recae la acción delictiva, es decir, el bien afectado a través de la lesión o puesta en peligro por la acción u omisión del agente, pudiendo ser la propia persona (en su integridad psicofísica o la vida), cuando se trata de atentados contra la vida, el cuerpo y la salud. Sobre el bien o cosa objeto del delito, existe una titularidad indiscutida de derechos del agraviado o víctima, y precisamente tales derechos o titularidad de estos son afectados por el delito; salvo los casos de los delitos de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo en que el objeto del delito no tiene propiamente un titular, en el primero por su origen delictivo y en el segundo porque se ha perdido dicha titularidad al darle al dinero o bienes un uso delictivo; asimismo, cuando el objeto del delito es un bien o cosa intrínsecamente delictiva, como las drogas, tampoco estos tienen un titular.

En algunos tipos penales se considera como objeto del delito a ciertos elementos específicos de la acción, obviamente, estos ele-

---

1994. STRUENSEE, Eberhard: *Atribución Objetiva e imprudencia.* Cuadernos de Política Criminal N° 44, 1991 Instituto Universitario de Criminología, Madrid, 1991. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal.* Editorial Universitas, Madrid, 1996. pp. 358 a 386. REYES ALVARADO, Yesid: *El concepto de imputación objetiva.* En revista Internacional. Derecho Penal contemporáneo. N° 1, Legis, Bogotá Colombia, octubre – diciembre 2002, pp. 5 y ss. PUPPE, Ingeborg: *La imputación del resultado en el Derecho penal.* Ara Editores, Lima, 2003.

mentos deben reunir determinadas características especiales para justificar la punibilidad de la conducta que afecta a estos elementos, como el feto o concebido en los delitos de aborto, los bienes en los delitos contra al patrimonio, etc. Estos son distintos del bien jurídico protegido, que en el primer caso, es la vida humana dependiente y el patrimonio en los segundos. Igualmente se prevé como objetos de la acción a los medios de transporte o las instalaciones de los servicios públicos, etc.

b).1.1.6. Efecto y ganancias del delito

Es el producto del delito, es decir los objetos producidos mediante la acción delictiva, como por ejemplo los alimentos adulterados o la moneda o documentos falsificados. En algunos tipos penales, es necesario que se produzca estos efectos para la consumación del delito. Así por ejemplo, en el delito de falsificación de documentos será necesario que se haya producido el documento falso como consecuencia de la realización de la acción típica, de lo contrario no se habrá cumplido con los elementos objetivos del tipo. Los efectos son consecuencias inmediatas y directas del delito, por ejemplo el dinero que se obtiene con la venta de la droga (efectos), en cambio las ganancias son efectos mediatos o indirectos del delito, es decir, las ganancias se obtienen a través de algunos actos aparentemente lícitos sobre los efectos, por ejemplo el dinero de la venta de la droga se deposita en un banco en donde se producen intereses, en este caso dichos intereses son las ganancias del delito.

b).1.1.7. Otros

Dada la multiplicidad de tipos penales se pueden considerar otros elementos objetivos específicos, referidos a los medios como se realiza la acción (homicidio mediante veneno, incendio, etc.), a la forma como esta se concreta (pluralidad de agentes, ferocidad, gran crueldad), a las circunstancia de tiempo (durante la noche), a las circunstancias de lugar (en lugar desolado), otras circunstancias como el estado puerperal en el infanticidio, etc. En todos estos casos, para considerar que

los elementos objetivos descriptivos del tipo están presentes se deberá constatar su existencia, según lo disponga la norma penal de modo específico, sea para los tipos básicos o para los calificados.

b).1.2. Elementos normativos

En algunos casos los elementos del tipo objetivo a los que nos hemos referido, pueden estar formulados en base a ciertas valoraciones preexistentes de la sociedad o del sistema jurídico, en estos casos no podemos apreciarlos o determinar su presencia y alcance apelando a nuestros sentidos; en tales casos, para definirlos, delimitarlos o constatarlos, debemos recurrir a las referidas valoraciones contenidas normalmente en otras normas, sean estas de naturaleza penal o extrapenal; es decir, apelaremos a las llamadas normas de remisión, las mismas que para cumplir con el principio de legalidad, deben ser normas con jerarquía de ley, salvo que estas remitan, a su vez, a un reglamento u otra norma de menor jerarquía. No obstante, en ciertos casos también estas valoraciones pueden ser netamente sociales o culturales, como por ejemplo el elemento *"materialobsceno"*, el mismo que será determinado en base a valoraciones culturales e incluso morales imperantes en la sociedad.

Todos los elementos a los que nos hemos referido al tratar sobre los elementos descriptivos, pueden ser formulados como elementos normativos, precisamente porque la gran mayoría de conceptos jurídicos se determinan normativamente. Así, la acción típica puede ser normativa en el caso: *"girar" o "endosar"* un cheque, puesto que para entender a qué nos referimos con estas acciones tenemos que recurrir a la ley de títulos valores; el resultado *"lesiones graves"* en el delito de robo agravado (artículo 189° del CP, última parte), se determina recurriendo a la norma penal contenida en el artículo 121° del CP, inclusive en determinados casos el propio resultado *"muerte"* es determinado por la norma, en este caso, la Ley General de Salud y la Ley de Donación de Órganos, establece que para determinar la muerte se requiere del electroencefalograma plano o lineal, y a partir de este momento ya se puede disponer de sus órganos si se trata de un sujeto

"donante". Igualmente los demás elementos pueden ser normativos en ciertos tipos penales, como los sujetos activos *"funcionarios o servidores públicos"* en la mayoría de los delitos contra la administración pública, en cuyo caso se determinan estos sujetos recurriendo al artículo 425° del CP; igualmente, el objeto del delito *"bienes muebles o inmuebles"* se determina recurriendo a las normas correspondientes del Código Civil; en el mismo sentido, los demás elementos pueden tener una formulación normativa en determinados tipos penales.

b).2. Elementos subjetivos

Como ya lo indicamos, el tipo penal, al describir un comportamiento humano, presenta elementos objetivos y subjetivos; se considera subjetivos a los que se producen o están presentes en el ámbito interno del sujeto, los que sin embargo, se muestran externamente a través de ciertos indicios o expresiones objetivas. Desde otro punto de vista (funcional-normativo), los elementos subjetivos son aquellos que están referidos al sujeto individualmente considerado, por contraposición a los elementos objetivos que se configuran y determinan en base a criterios sociales.

Por tratarse de elementos del fuero interno del sujeto, se dice que no es posible constatarlos y por tanto que no pueden configurar verdaderos elementos del delito, sin embargo, como quiera que estos elementos pueden ser apreciados a partir de datos objetivos, consideramos que no existe mayor problema para su consideración y acreditación.

El principal elemento subjetivo en los delitos dolosos, que son los que estamos desarrollando, es precisamente el dolo, aun cuando pueden existir otros elementos subjetivos adicionales al dolo en ciertos tipos penales. Obviamente, el otro elemento subjetivo es la culpa o imprudencia, sin embargo, a este elemento no haremos referencia en el presente, toda vez que estos están presentes en los delitos imprudentes, cuyo tratamiento lo hemos dejado para otra oportunidad.

b).1. El dolo

Es precisamente el principal elemento subjetivo en los delitos dolosos, supone un mayor desvalor subjetivo de la acción (en relación a la imprudencia) y ordinariamente una mayor peligrosidad. Entendemos por dolo, al conocimiento y voluntad del agente respecto al tipo penal, o mejor dicho, respecto de los elementos objetivos del tipo (los elementos objetivos del tipo deben ser abarcados por el conocimiento configurativo del dolo). Seguimos utilizando el criterio tradicional y mayoritario todavía, en el sentido de que está configurado por el conocimiento y la voluntad, aun cuando modernamente existen posiciones interesantes y lógicamente coherentes en el sentido de que el único elemento del dolo es el conocimiento, no interesando mayormente la voluntad o el querer, toda vez que existen casos en que sin concurrir propiamente voluntad de realizar un tipo penal, la conducta llevada a cabo parece, sin embargo, merecedora de la pena asignada a la infracción dolosa..."[238]. Ante ello, se sostiene que puede prescindirse de la voluntad y afirmar el dolo siempre que el sujeto se haya representado como posible o probable que el resultado podía acaecer, o haya actuado con la conciencia de estar creando un riesgo elevado de realización del tipo penal.

Cuando hablamos de conocimiento, no nos referimos a uno técnico-jurídico o especializado, sino únicamente del conocimiento que puede tener cualquier persona con sentido común, actuando con toda normalidad. El sujeto luego de tener conocimiento de todos los elementos del delito, decide realizar la acción, *quiere la realización del hecho.*

El dolo concurrente a la configuración del tipo penal puede ser *dolo directo de primer grado,* cuando el agente tiene conocimiento pleno de los elementos objetivos del tipo, y además quiere realizarlos; en estos casos el elemento volitivo se presenta de modo más

[238] RAGUEZ Y VALLÉS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Bosch, Barcelona, 1998, p. 46.

intenso y es determinante en la configuración del dolo; no interesa que el sujeto tenga la seguridad de lograr su propósito propuesto, es suficiente que sea de posible realización; finalmente, no interesa si el propósito perseguido se logra o no para la configuración de este tipo de dolo.

Igualmente puede tratarse de *dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias,* en este caso el propósito perseguido por el sujeto no es precisamente la afectación al bien jurídico u objeto de protección con la realización del tipo, sino que persigue otro objetivo, sin embargo, "sabe que la acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad a la realización de todos los elementos de un tipo delictivo (con sus diversas circunstancias, y en su caso, su resultado), cuya producción por tanto, aunque no le guste, también acepta"[239]. Cuando el sujeto tiene la intención de perpetrar el hecho, pero su voluntad no está orientada a lograr determinado resultado, no obstante, conociendo que el mismo se producirá, lo asume y lo acepta como la consecuencia necesaria de su accionar.

Asimismo, puede tratarse de un *dolo eventual,* que se presenta cuando el agente realiza un hecho cuya consecuencia probable o posible es la realización del tipo, pero lo realiza sin el propósito de conseguir dicha consecuencia típica, a la vez que no está seguro de que esta se producirá. Sin embargo, pese a ser consciente de la probable realización del tipo (resultado, en su caso) continúa con la realización del hecho, con lo que asume como propia la realización del resultado o consecuencia típica.

Otros puntos que se han tratado a este nivel y que se ha discutido si configuran supuestos de dolo o de culpa (sobre todo, si se refiere a dolo eventual o imprudencia grave) son la *ignorancia deliberada y la indiferencia extrema.*

---

[239] LUZÓN PEÑA: *Ob. Cit.* p. 415.

Al respecto, en la doctrina y la jurisprudencia se viene discutiendo si estos casos constituyen supuestos que exigen el reproche penal correspondiente a las conductas dolosas[240], aun cuando estemos ante la ausencia del conocimiento o la representación de los elementos objetivos del tipo. Al respecto, consideramos que el caso de *ignorancia deliberada* puede asimilarse sin problema alguno a los casos de dolo eventual; o por lo menos, el reproche penal debe ser el mismo. En efecto "... el no querer saber los elementos del tipo objetivo que caracteriza el dolo, equivale a querer y aceptar todos los elementos que vertebran el tipo delictivo cometido"[241]. Esto es más evidente cuando el sujeto puede y debe conocer; es decir, está en la posibilidad de acceder a la información necesaria, a la vez que está en la obligación de hacerlo, pero deliberadamente no lo hace.

Actuará en estado de ignorancia deliberada, tal como refiere RAGUÉS Y VALLÉS, "... todo aquel que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia respecto de ellas"[242]. El mismo autor define las características de la ignorancia deliberada, señalando como tales: *a) ausencia de representación suficiente; b) capacidad de obtener la información ignorada; c) deber de obtener la información ignorada; d) decisión de no conocer*[243]. En estos casos, la doctrina y cierta jurisprudencia del

---

[240] Tal como lo señala RAGUÉS Y VALLÉS, al comentar las decisiones de la Corte Norteamericana y la doctrina del *willful blindness*. *Ob. Cit.* p. 77. En estos casos, se equipara el reproche penal para los supuestos de ignorancia deliberada y las conductas dolosas. O también las conductas orientadas por la indiferencia en el actuar del agente; tal como lo señala JAKOBS: *Ob. Cit.* pp. 345 y ss.

[241] Sentencia del Tribunal Supremo español. Citado en RAGUÉS Y VALLÉS: *Ob. Cit.* p. 28. O como se dice en la doctrina norteamericana: "*quien no quiere conocer lo que ignora, en realidad conoce aquello que cree ignorar*".

[242] RAGUÉS Y VALLÉS: *Ob. Cit.* p. 158.

[243] RAGUÉS Y VALLÉS: *Ob. Cit.* pp. 156 y 157.

Tribunal Supremo Español así como la jurisprudencia norteamericana, equiparan el reproche penal para estas conductas al correspondiente a los supuestos dolosos[244], criterio con el que coincidimos plenamente.

---

[244] Estos supuestos de ignorancia deliberada o de indiferencia, tal como refiere la doctrina, merecen un reproche mayor que las conductas simplemente imprudentes, equiparándose con las conductas dolosas. Por lo que resulta pertinente investigar desde una perspectiva de *lege ferenda* a fin de implementar los factores de imputación penal subjetivos, que tal como lo constata la doctrina, resultan insuficientes. Al respecto, inclusive se sostiene que el Sistema Jurídico Norteamericano resulta superior que el europeo continental, al considerar factores de imputación adicionales al dolo y la culpa.
En este sentido, RAGUÉS Y VALLÉS, señala: "El sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidad, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos merece la misma pena que este". *Ob. Cit.* p. 192.
Por ello este autor, con toda razón, agrega: "... resulta obvio que *no existe vulneración alguna de la legalidad* en la decisión de incluir los casos de ignorancia deliberada en el dolo, precisamente porque este es un concepto cuya definición se encuentra totalmente en manos de los consensos de la ciencia penal, que puede perfilarlos según sus necesidades con el único límite de que las consecuencias sean asumibles por el propio sistema jurídico. Con todo, aun en el caso de asumirse la versión más restringida de dolo, como "engaño, fraude o simulación", no existiría problemas insalvables para incluir en estos términos, casos como los de ignorancia deliberada, en que el sujeto construye artificiosamente su desconocimiento con el ánimo de eludir su responsabilidad". *Ob. Cit.* pp. 195 y 196.
En este sentido, dicho autor hace referencia a planteamientos modernos respecto a los factores subjetivos de imputación penal, orientados a redefinir el concepto de dolo, dando cabida a ciertos casos de ignorancia deliberada, señalando las siguientes opciones: *a)* abandonar la férrea vinculación del concepto de dolo con determinados hechos psíquicos y tratar de reformular este concepto partiendo de expresiones de sentido de las actuaciones que se consideran dolosas; incluyendo las expresiones de hostilidad e indiferencia. *b)* Mantener la tradicional referencia a los hechos psíquicos en la definición general, pero dando entrada en ella a los casos de ignorancia deliberada (como una excepción).

Sin embargo, en el caso de la *indiferencia extrema,* desde una perspectiva de *lege lata*, no podemos asumirla como supuestos de dolo eventual o de supuestos con un reproche penal equivalente[245]; puesto que se trata de ignorancia configurativa de delitos imprudentes. Y aun cuando en estos casos el reproche penal sea mayor al que corresponde a la simple imprudencia, y por tanto, requiere, sin lugar a dudas, de una pena mayor, estando al contenido de la norma no podemos equipararlos a los delitos dolosos, puesto que atentaríamos contra el principio de legalidad y de taxatividad. Más allá que desde una perspectiva de *lege ferenda* se pueda tomar esta opción.

b).2.2. Otros elementos subjetivos

Además del elemento subjetivo dolo, en ciertos casos se requiere de un elemento adicional a este para la configuración de los elementos subjetivos del tipo. Tal es el caso de los llamados *elementos de tendencia interna trascendente,* constituido por una finalidad o intencionalidad adicional al dolo como el *ánimo de lucro* en los delitos contra el patrimonio, o la voluntad de ocultamiento del origen delictivo de los activos o de impedir el decomiso o incautación en los delitos de lavado de activos.

A la vez que refiere que parece imponerse la evolución hacia sistemas como el *Model Penal Code* que acoge un mayor número de modalidades de imputación subjetiva, que a su vez permiten captar adecuadamente las peculiaridades de cada caso y disponer un tratamiento más proporcionado en las consecuencias. En efecto, en el *Model Penal Code* en su sección 2.02. bajo el epígrafe de "requisitos generales de culpabilidad" establece que un sujeto solo puede ser declarado culpable si actúa a *propósito* (*purposefully*), a *sabiendas* (*knowingly*), con *desconsideración* (*recklessly*) o *negligentemente* (*negligently*) respecto de los elementos materiales que configuran la infracción penal. RAGUÉS Y VALLÉS: *Ob. Cit.* pp. 205 y ss.

[245] "... quien pone en juego su vida, su cuerpo o su propiedad, así como su libertad (...) demuestra su incompetencia y se comporta, en consecuencia, de forma –tal vez altamente– descuidada, pero no indiferente". JAKOBS: *Indiferencia como dolo indirecto.* Trad. Pérez del Valle. En Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Madrid 2004, pp. 345 ss.

b).2.3. Error de tipo

Como quiera que para la configuración del dolo se requiere el conocimiento, siempre será posible que tal conocimiento no se configure debidamente, esto es, que exista ignorancia del agente respecto los elementos objetivos del tipo, o se forme un conocimiento falso o errado respecto de estos; es decir, que dicho conocimiento no se corresponda con la realidad. En tales casos, no habrá conocimiento propiamente dicho, y por tanto no habrá dolo; por el contrario, estaremos ante el llamado *error de tipo*. Este error puede ser vencible o invencible, en el primer caso cuando el agente, pese a haber actuado con diligencia o con la prudencia debida, no ha podido tomar un verdadero conocimiento o salir del error en que se encontraba, en cuyo caso no se habrá configurado el tipo penal por ausencia de sus elementos subjetivos. En el segundo caso, el sujeto no se ha formado el conocimiento debido, o no ha salido del error, por haber actuado precipitada o negligentemente, en cuyo caso podrá imputársele la comisión de un delito culposo, si es que el hecho hubiese sido previsto como delito doloso y también como culposo, como el caso del homicidio y las lesiones, en los cuales existe lesiones dolosas y culposas y homicidio doloso y culposo. De no existir ambos supuestos (doloso y culposo), al agente también quedará exento de responsabilidad penal, al no haberse configurado el dolo (elemento subjetivo del tipo penal).

C. LA ANTIJURICIDAD

Un comportamiento, acción, conducta o hecho es antijurídico cuando es contrario al ordenamiento jurídico; es decir, cuando el agente que lo realiza queda sujeto a una medida, consecuencia o carga negativa establecida por una norma jurídica específica. Esta carga puede consistir en la atribución de responsabilidad civil, penal o administrativa según la naturaleza del comportamiento y la norma jurídica en la cual está prevista la consecuencia aplicable. Ello significa que el agente puede quedar sujeto a la obligación de reparar el daño causado (responsabilidad civil), a sufrir la sanción administrativa

(responsabilidad administrativa) o sujeto a la imposición de una pena (responsabilidad penal).

Cuando nos encontramos ante una acción típica, significa que dicho comportamiento encaja o realiza el supuesto fáctico previsto en la norma penal y para el cual se ha previsto la sanción penal, lo cual significa que se trata de un hecho de la más intensa antijuricidad (sujeto a la responsabilidad penal); por tanto, cuando determinamos la tipicidad de la conducta, ya tenemos los elementos indiciarios suficientes para asumir que se trata de una conducta contraria a derecho; esto es, que se trata de una acción típica y antijurídica; precisamente porque el tipo penal, como categoría jurídico penal, cumple una función indiciaria de la antijuricidad.

Pero claro, con la tipicidad solo tenemos elementos indiciarios de la antijuricidad, que no equivale a sostener que la conducta típica es, además, antijurídica; para estar seguros de ello tendremos que descartar la presencia de las llamadas *causales de justificación.*

a) Causales de justificación

Tal como acabamos de señalar, para determinar con precisión la antijuricidad, tenemos que descartar la presencia concreta de alguna causal de justificación[246], cuya existencia, precisamente, niega la antijuricidad de la conducta; si se presenta alguna de estas causales, significa que la conducta está permitida por el Ordenamiento Jurídico, es decir, no es antijurídica. Pues, se dice que en este caso se presentan dos intereses que colisionan entre sí pero el ordenamiento jurídico solo protege a uno de ellos, sacrificando al otro. Estas causales son permisiones de la conducta típica sustentadas en la presencia de alguna circunstancia que hace razonable

[246] "Una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuricidad. En vez de causa de justificación también se puede hablar de "causas de exclusión del injusto". ROXIN, Claus: *Ob. Cit.* p. 557

su justificación. Estas son fundamentalmente, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el obrar por mandato legal o cumplimiento de un deber, por orden de autoridad competente, en ejercicio legítimo de un derecho y el consentimiento (para casos de libre disposición del bien jurídico).

a).1. Legítima defensa

Está prevista en el artículo 20°.3) del CP. Se trata de una acción realizada por una persona que ha sido víctima de una agresión ilegítima a través de la cual se ha puesto en riesgo alguno de sus bienes jurídicos propios o de terceros. Esta defensa debe reunir algunos requisitos, como la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima y ejercer la defensa del bien amenazado. Normalmente se habla de proporcionalidad del medio utilizado para la defensa en relación al medio utilizado para el ataque o a la naturaleza o modalidad de la acción agresiva (no obstante, dicha proporcionalidad deberá determinarse conforme a las circunstancias especiales que rodean el hecho concreto); a la vez que la doctrina considera que la defensa debe de ejercitarse al momento de sufrir el ataque, esto es, que debe existir actualidad en la reacción. No obstante, las últimas modificaciones normativas en nuestro medio, a efectos de superar las dificultades que se consideraban respecto a las precisiones respecto a la proporcionalidad de los medios utilizados para la defensa, han propuesto dejar de lado dicha proporcionalidad y en su reemplazo consideran otras circunstancias como la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que disponga la persona que realiza la defensa al momento de concretarla. Desde luego, que estos criterios normativos deberán armonizarse con los criterios doctrinarios a fin de racionalizar el ejercicio de esta causal de justificación.

El fundamento de la legítima defensa (a través de la cual se sacrifica bienes jurídicos del agresor en salvaguarda del agredido) viene dado por el hecho que el agresor, al realizar la acción agresiva (ilegítima) se pone al margen del Derecho, por lo que en tal situación no

puede recurrir, precisamente, a la protección del Derecho, al cual ha contravenido con su acción antijurídica.

a).2. Estado de necesidad justificante

Esta causal de justificación está prevista en el artículo 20°.4) del CP. Consiste en la realización de una afectación a determinado bien jurídico u objeto penalmente tutelado con la finalidad de salvar a un bien jurídico propio o de terceros que se encuentra en un actual e inminente peligro o riesgo de lesión, destrucción o cualquier otra forma de afectación. Con dicha acción el agente logra poner a salvo o proteger al bien propio o de terceros o conjurar el peligro que se cernía sobre este. Para que esta acción protectora o salvadora opere como causal de justificación se requiere de los siguientes requisitos: que la afectación o ataque al bien de tercero sea la única forma de salvar al bien puesto en peligro o riesgo; que el bien salvado sea de mayor valor o jerarquía que el afectado, o que por la intensidad del peligro o riesgo de afectación del bien protegido, el interés afectado (atacado con la acción defensiva) resulte de menor valor conforme a las circunstancias específicas (aun cuando en general, este último interés pudiese ser de mayor valor, no obstante, la magnitud de su afectación resulta menor en relación al interés protegido); asimismo, se debe de emplear un medio adecuado para vencer el peligro (conforme a las circunstancias), de tal modo que no se cause una afectación superior a la estrictamente necesaria para conjurar el peligro y poner a salvo al interés protegido.

a).3. Obrar por mandato legal o cumplimiento de un deber

Previsto en el artículo 20°.8 del CP. Se presenta cuando el agente realiza determinadas acciones que implican la afectación de ciertos bienes jurídicos (como la libertad), pero actúa en cumplimiento de un mandato o deber impuesto por una norma legal; se trata fundamentalmente de funcionarios o servidores públicos que actúan ejerciendo la coacción estatal a través de la cual se concreta la materialización de coacciones, privación de libertad, allanamiento de morada, apertura de

correspondencia, etc. Obviamente se requerirá que el cumplimiento del deber se realice dentro de los límites legales establecidos por el ordenamiento jurídico, de lo contrario, configuraría un acto arbitrario que, en lugar de configurar una causal de justificación, significaría una circunstancia agravante de la acción típica que se trate.

En los casos de obrar por mandato legal o cumplimiento de un deber, aun cuando la conducta realiza el tipo penal, se justifican por la existencia de la orden o deber legal, negándose la antijuricidad de la conducta típica.

a).4. Por orden de autoridad competente

Previsto igualmente en el artículo 20°.8 del CP; consiste en la realización de un acto penalmente típico por parte de una persona subordinada a otra, pero que actúa en cumplimiento de la orden impartida por el superior. En estos casos estamos ante dos agentes, uno facultado para impartir determinadas órdenes y otro que obedece y ejecuta la orden, presentándose un nivel de jerarquías debidamente configuradas entre el que ordena y el que obedece. El deber de obediencia se fundamenta en los mandatos legales o reglamentarios obligatorios. "El deber vinculante de los mandatos obligatorios no depende de su legalidad o incluso de su adecuación al fin perseguido, sino que sigue sus reglas propias que emanan de la división de funciones entre los órganos que mandan y los que obedecen"[247]. La orden debe evidenciarse como una conforme a derecho, esto es, debe tratarse de una orden con presunción de veracidad tanto en el plano formal así como material; esto es, debe quedar claramente establecida la competencia del órgano o persona que imparte la orden, así como debe observarse la forma prescrita por la ley. Asimismo, en el plano material, la orden no debe infringir manifiestamente el ordenamiento jurídico. Si ella implica materialmente una lesión a la dignidad de la

[247] JESCHECK y WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* 5ª Edición, 1995, p. 422.

persona, resulta evidente que se trata de una orden antijurídica. Más aún, la orden no será vinculante, si el cumplimiento de la misma implica la realización de un comportamiento punible.

a).5. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

También está prevista en el artículo 20°.8) del CP. Se trata de supuestos que realizan la acción típica; sin embargo, la acción se enmarca dentro del ejercicio de un derecho reconocido por una norma extrapenal, como el Código Civil u otras normas complementarias o conexas. El ejercicio del derecho debe ser legítimo, esto es, debe concretarse dentro de los límites autorizados por el derecho; cualquier exceso o abuso negarían la calidad de causal de justificación de estas acciones. Un ejemplo claro de ejercicio legítimo de un derecho como causal de justificación aparecía por ejemplo en el caso del artículo 241° del Código Civil que faculta para contraer matrimonio a los menores de 16 años (y por tanto a mantener relaciones sexuales consentidas) pese a que el artículo 173°.3) del Código Penal consideraba a estas relaciones sexuales (antes de la modificación normativa) como acciones típicas del delito de violación sexual de menor presunta; asimismo, el caso del *derecho de retención* previsto en los artículos 1123° y siguientes del Código Civil y en los demás pertinentes referidos a los actos jurídicos o contratos sinalagmáticos (con prestación y contraprestación), que en todo caso justifican conductas que, de no existir este derecho (de retención), realizarían la conducta típica del delito de apropiación ilícita; o el caso de la *defensa extrajudicial de la posesión* autorizada por el artículo 920° del Código Civil; etc.; en cuyo caso se deberá evitar incurrir en las llamadas vías de hecho no justificadas por las circunstancias; en este caso, se justifica una acción típica del delito de usurpación.

En el *ejercicio de un oficio, profesión o empleo,* el agente es portador de deberes especiales que no puede infringir, como es el caso de los médicos y abogados respecto a la información a la que accedan a través de su ejercicio profesional; como por ejemplo el médico psiquiatra o abogado, que además, es policía y se informa a través del

ejercicio profesional de que su paciente o defendido (en un determinado caso), se dedica al tráfico ilícito de drogas, por lo que por su calidad de Policía está en la obligación de denunciarlo, y de no hacerlo incurriría en la realización de la acción típica del delito de omisión de denuncia o de un eventual encubrimiento; sin embargo, en virtud de esta causal de justificación, su conducta no será antijurídica así como tampoco delictiva, por el contrario, configura una actuación conforme a Derecho, al estar amparado por el derecho de secreto profesional.

a).6. Consentimiento

Se trata de supuestos en que el titular del bien jurídico afectado consciente la afectación del mismo; si se trata de un bien jurídico en el que se reconoce a su titular, potestades para poder disponer del mismo sin reservas, en realidad estaremos ante supuestos de atipicidad, inclusive ni siquiera se puede hablar de una acción penalmente relevante (típica), puesto que en este caso, no se presenta propiamente una afectación al bien jurídico. En el caso que estuviera permitida la disposición pero con alguna restricción, reserva o condicionamiento, la conducta será típica, pero no se podrá afirmar la antijuricidad, en tal caso estaremos ante una causal de justificación; en estos casos, se aduce que lo que determina la tipicidad de la conducta es el menoscabo al propio objeto de protección, por encima de la capacidad de disposición del titular del bien jurídico. Estos son los casos de donación de órganos, de cirugías estéticas que impliquen menoscabos a la integridad corporal, etc.

D. LA CULPABILIDAD

Al determinar la *conducta típica y antijurídica,* nos hemos referido al llamado injusto penal o injusto típico, esto es, hemos determinado la existencia de un hecho lesivo o peligroso prohibido por la norma penal; sin embargo, no hemos establecido si el agente debe o no soportar las consecuencias que tal hecho acarrea. Para establecer un nexo entre este hecho y su autor o partícipe se exige todavía otros requisitos o presupuestos en virtud a los cuales concretamos la imputación penal

al autor; esto es, determinamos cuándo tenemos por responsable por el hecho a determinado autor o partícipe; lo cual pasa por analizar determinadas cualidades o condiciones del propio autor o partícipe, así como determinadas condiciones en las que actuó; o al decir de JESCHECK: "Aquí se trata la cuestión de bajo qué requisitos el autor, como persona de carne y hueso que es, puede ser hecho responsable por su actuación antijurídica"[248]. Estos presupuestos están determinados y contenidos en la *culpabilidad.*

El concepto de culpabilidad ha evolucionado desde una concepción *psicológica* que consideraba en la culpabilidad a todos los elementos subjetivos del delito (dolo, culpa, etc.); luego se la vinculó al *libre albedrío* y al *juicio de reproche* realizado contra el agente; hasta que finalmente, desde una perspectiva funcionalista, se vincula a la culpabilidad a las *necesidades preventivas* del Estado o necesidades político criminales (ROXIN), así como a los *fines de estabilización de la confianza* en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva (JAKOBS).

Se conoce también a la culpabilidad como *imputación personal.* A diferencia de los niveles de imputación objetiva y subjetiva del tipo y de la situación de ausencia de justificación (antijuricidad), *la imputación personal* (o individual) no condiciona el contenido de injusto del hecho, sino solo la posibilidad de hacer responsable del mismo (ya completo) a su autor. El injusto supone una lesión o puesta en peligro típica no justificada, imputable objetiva y subjetivamente a un destinatario estándar. La imputación personal no añade ningún elemento que modifique la oposición del hecho a la norma y su afectación al bien jurídico; solo le queda comprobar si tal injusto intersubjetivo es imputable en cuanto tal a su autor concreto como sujeto capaz de acceder a la norma y de ser motivado por ella en condiciones de normalidad[249].

---

[248] JESCHECK y WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Trad. de Olmedo Cardenete, 2001, p. 434.

[249] MIR PUIG: *Ob. Cit.* p. 14

Aun cuando debemos expresar que en nuestro medio, es mayoritaria la consideración de la culpa como un juicio de reproche realizada contra al agente, precisamente por haber realizado la acción típica y antijurídica. Pues, se asume que el juicio de culpabilidad se realiza a partir de una actitud reprobable del sujeto que determina una actitud interna jurídicamente deficiente del autor a partir de la cual se determinó la decisión o resolución de cometer el delito.

La culpabilidad debe entenderse como una actuación injusta a pesar de que el mandato normativo era asequible al sujeto, esto es "... estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico (...). Cuando la posibilidad psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existe en el caso concreto"[250]. El sujeto está en la capacidad de comportarse conforme al mandato de la norma y sin embargo no adopta ninguna de las alternativas de conducta que le son asequibles y no son contrarias a la norma.

De este modo, se deja de lado el criterio mayoritario seguido por la doctrina en el sentido de que la culpabilidad se elabora a partir de la posibilidad de 'actuar de otro modo', puesto que esta situación como fenómeno empírico no puede constatarse[251]; y si se hiciera depender

---

[250] ROXIN: *Ob. Cit.* p. 808.

[251] Para JAKOBS en la culpabilidad no debemos examinar si el autor tenia realmente una alternativa de comportamiento (culpabilidad establecida como juicio de reproche por obrar contra derecho cuando podía – tenía una alternativa real-obrar conforme a derecho) realizable individualmente; lo que debe individualizarse en la culpabilidad es si existe una alternativa de organización que sea preferible a la imputación del hecho al autor, y si ésta existiese se le reprocha que no lo haya utilizado.
La culpabilidad se dará no solo cuando el autor no se ha motivado por la norma sino cuando, además, estuviera obligado a ello, es decir, cuando fuera competente por su falta de motivación. Por ello Jakobs afirma que en la culpabilidad lo que se ha de determinar es qué factores relevantes para la motivación pertenecen al ámbito de tareas del autor, y que factores pueden invocar el autor como no disponible para él. Por consiguiente la

de ello la culpabilidad, en todos los casos resultaría de aplicación el principio *in dubio pro reo;* en tal caso sería un contrasentido un Derecho penal basado en la culpabilidad[252]. Con esto sin embargo, no se quiere decir que la culpabilidad sea una hipótesis indemostrable, sino por el contrario, la asequibilidad normativa que configura la culpabilidad, constituye un fenómeno empírico constatable a través de la Psicología, la Psiquiatría, etc. Claro que debemos tener en cuenta, al respecto, lo expresado por LACKNER: "... conforme al estado del conocimiento no hay método, y probablemente nunca lo habrá, que permita un pronunciamiento científicamente comprobable sobre la capacidad de determinada persona para evitar una determinada acción en una determinada situación"[253].

Obviamente al evaluar el contenido empírico de la culpabilidad no podemos dejar de lado la valoración normativa jurídico-penal contenida en la norma, por lo que debemos concebir a la culpabilidad como un concepto objetivo-normativo en el que no se deben dejar de lado las orientaciones y necesidades político-criminales[254]. En tal sentido, resulta ilustrativa la definición de culpabilidad formulado por BOTTKE, quien indica que: "La culpabilidad es, de hecho el poder de organización mal empleado por un organizador dotado de capacidad de reacción ante la norma. Dado que los hechos punibles solo

---

culpabilidad supone un déficit de motivación jurídica cuya competencia pertenece a la persona y no a la estructura social.

[252] ROXIN: *Ob. Cit.* p. 800.

[253] ROXIN: *Ob. Cit.* p. 807.

[254] Sin embargo, no se trata de facultar al intérprete del Derecho o de la norma (Juez, Jurista, u otro operador jurídico) para determinar el contenido de la culpabilidad o para considerar la presencia de la necesidad de pena o la exención de la misma, conforme a sus propias representaciones político criminales o criterios preventivos, sino que se deben averiguarse las hipótesis preventivas que sirven de base y fundamento de la propia ley. ROXIN: *Derecho Penal. Parte General.* Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remensal; Civitas, Madrid, 1999, p. 793.

son contactos sociales organizados por hombres, la culpabilidad por el hecho solo cabe predicarse de aquel poder de organización mal utilizado, encaminado hacia una conducta punible, por persona con capacidad de reacción ante la norma"[255]; o como refiere ROXIN: "El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de 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"[256].

Como puede apreciarse, aun cuando la culpabilidad, es una categoría fundamental en la teoría del delito, no es definida de modo unánime, inclusive algunos enfilan sus ataques planteando prescindir de ella en la teoría del delito, o en todo caso erosionando su contenido

---

[255] BOTTKE, Wilfried: *La actual discusión sobre las finalidades de la pena.* Trad. Guillermo Benlloch. En: Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Roxin, Editor Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 1997, p. 47.

[256] ROXIN: *Ob. Cit.* p. 792.
Para JAKOBS en la culpabilidad no debemos examinar si el autor tenia realmente una alternativa de comportamiento (culpabilidad establecida como juicio de reproche por obrar contra derecho cuando podía – tenía una alternativa real-obrar conforme a derecho) realizable individualmente, sino que lo que se debe individualizarse en la culpabilidad es si existe "una alternativa de organización que sea preferible a la imputación del hechos al autor" de manera que " si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no lo haya utilizado":
La culpabilidad se dará no solo cuando el autor no se ha motivado por la norma sino cuando, además, estuviera obligado a ello, es decir, cuando fuera competente por su falta de motivación. Por ello Jakobs afirma que en la culpabilidad lo que se ha de determinar es qué factores relevantes para la motivación pertenecen al ámbito de tareas del autor, y que factores pueden invocar el autor como no disponible para él". Por consiguiente la culpabilidad supone un déficit de motivación jurídica cuya competencia pertenece a la persona y no a la estructura social. Para el funcionalismo la culpabilidad supone un déficit de motivación jurídica en la persona, de cuya ausencia ella es competente.

y estructura[257]. Sin embargo, tal como lo resume SCHÜNEMANN, "...debe mantenerse la culpabilidad como principio de limitación junto a la prevención como principio de fundamentación de la pena, lo que hace necesaria una ampliación de la sistemática tradicional del Derecho penal con la categoría de la responsabilidad"[258]; así como también como principio para la medición de la pena[259]. Ello nos indica que debe distinguirse debidamente entre culpabilidad para la fundamentación de la pena y culpabilidad para la medición de la pena. La primera "... atañe a la cuestión de bajo qué presupuestos existe culpabilidad, esto es el 'si' de la pena, del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de la pena, se trata del concepto sistemático jurídico-penal de culpabilidad (...). En cambio la culpabilidad para la medición de la pena atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al 'conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto"[260].

Es necesario precisar sin embargo, que existen criterios como los desarrollados por ROXIN, seçundado por SCHÜNEMANN, que consideran que la culpabilidad no es suficiente para configurar la *respon-*

---

[257] Estos ataques y erosiones es denunciado por HASSEMER, quien indica: "El principio de culpabilidad está siendo bombardeado. Tras mucho tiempo sin ser cuestionada como justificación de la pena, como indicador de su medición y como criterio de imputación y exculpación, se le considera hoy como sospechoso de mala metafísica, con signo de un derecho penal autoritario (...) hace ya mucho tiempo que el propio legislador penal ha ido erosionando sus paredes maestras allí, donde éste le impedía llevar a cabo una eficaz política criminal". *Ob. Cit.* p. 51.
SCHÜNEMANN constata igual situación, "... el principio de culpabilidad, después de haber necesitado de siglos para su plena realización y aceptación como principio jurídico fundamental "*kat' exojen*" (que en griego significa 'por exelencia') en muy poco tiempo vuelve a abandonarse y a estimarse superfluo e incluso nocivo". *Ob. Cit.* p. 199.

[258] SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p. 246.

[259] ROXIN: *Derecho Penal. Parte General.* p. 814.

[260] *Ibidem.*

sabilidad penal, que para ello se requiere como elemento complementario, la *necesidad preventiva de pena,* que de no estar presente, no se justificaría la sanción penal. Si bien, normalmente en la gran mayoría de casos, la actuación culpable precisa de sanción penal también por razones preventivas, pues es suficiente para fundamentar la punición, y por tanto, no se requiere de una fundamentación especial y adicional como de la necesidad preventiva de pena; no obstante, existen casos en que dicha necesidad preventiva decae, por tratarse de supuestos de culpabilidad disminuida sin llegar a estar totalmente anulada; tal como sucede en el caso de *exceso en la legítima defensa o la necesidad exculpante,* en los que el propio legislador, por razones de política criminal, renuncia, 'solo en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad'[261]; en estos casos, se hace innecesaria la respuesta penal del Estado. Acá la libertad de acción del sujeto se encuentra reducida o casi anulada. Aun cuando está presente la culpabilidad (disminuida), no se concreta la responsabilidad penal y por tanto, se descarta la punición. Distintos serán los casos, por ejemplo, de *inimputabilidad o el error de prohibición,* en los que faltará desde un principio toda culpabilidad, y por tanto, ya no se trata de la ausencia de necesidad preventiva, sino de ausencia de culpabilidad.

Como puede apreciarse, en este caso, se desarrolla una categoría adicional dentro del concepto o estructura del delito, esto es, la *responsabilidad penal;* categoría que a pesar de su coherencia, aún no es asumida por la mayor parte de penalistas. Quienes, como hemos señalado, consideran como fundamento de la pena y de la magnitud de la misma, a la culpabilidad; y consideran como presupuestos o requisitos de la culpabilidad a la *imputabilidad, el conocimiento de la prohibición y la exigibilidad* (pese a que este último requisito es descartado por ROXIN entre otros).

---

[261] ROXIN: *Ob. Cit.* pp. 814 y 815.

a) Imputabilidad

Está constituida por la llamada capacidad de culpabilidad, referida a la aptitud o capacidad del sujeto para poder captar los mensajes normativos y poder motivar su conducta conforme a ellos; solo de este modo la conducta será reprobada válidamente, a la vez que estaremos ante un sujeto respecto al cual se pueden lograr los fines de la pena. Pues, si el sujeto no tiene esta capacidad la aplicación de la pena no tendría ningún sentido.

La capacidad de culpabilidad está vinculada directamente a la edad del sujeto así como a la salud psíquico-mental del autor o partícipe, negándose la culpabilidad para casos de menores de 18 años y de sujetos cuyo estado mental está afectado gravemente. En estos casos, el sujeto sí tiene capacidad de acción (para realizar la acción típica) pero su actuación no resulta reprobable, precisamente porque en las condiciones en las que actuó, o dada su condición psiquico-mental, no poseía capacidad de control de la acción y para motivarse por el mensaje normativo. Estos son los supuestos de inimputabilidad.

Existen también casos de capacidad disminuida en los cuales, sin llegar a anularse la capacidad para motivarse en las normas, esta queda afectada, negando una adecuada orientación; en estos casos, aun cuando nos encontramos ante la culpabilidad, el grado de reprobación resulta menor, lo que redundará en una atenuación de la punibilidad.

A nivel de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, también se trata la llamada *actio libera in causa,* referida al supuesto en que el sujeto actúa sin capacidad de acción o plena aptitud de culpabilidad, pero cuya decisión de actuar la ha tomado en momento en que poseía tal aptitud o capacidad de culpabilidad o estaba en condiciones de prever que la acción podía realizarse. En este caso, se puede asumir que el sujeto inició el curso causal cuando poseía capacidad de culpabilidad y por tanto, resulta culpable, puesto que ha asumido y cuenta con la realización del hecho. Estos son los casos de embriaguez extrema o drogadicción.

b) Posibilidad de conocimiento de la prohibición

Referida a la aptitud del agente para comprender que su comportamiento está prohibido penalmente. Este conocimiento no está referido a la norma jurídico penal en sí o a la punibilidad conminada en la norma, esto es a un conocimiento técnico de la prohibición y la punibilidad, por el contrario es suficiente con el conocimiento que pueda tener un lego, respecto a que su conducta reviste naturaleza delictiva.

b).1. Error de prohibición

En determinadas circunstancias el sujeto puede encontrarse, por diversas razones, en condiciones de no conocer la naturaleza delictiva de su conducta, esto es, no está en la posibilidad de internalizar el mandato de la norma jurídico penal; en tal caso no se habrá configurado la culpabilidad. Pues tal como refiere ROXIN: "Quien de ninguna manera puede reconocer que hace algo prohibido, sea porque proviene de un país con reglas totalmente diferentes, sea por lo lejano de la disposición penal, sea porque la jurisprudencia ha calificado la conducta hasta ese momento como permitida, a él la norma no puede darle indicaciones determinantes de conducta, y por ello es inculpable"[262]. En estos casos, el error puede ser vencible o invencible. Si el error fue vencible, significa que el sujeto actuando con la diligencia debida podía salir del error y acceder al conocimiento de la prohibición, sin embargo, por su accionar ligero e imprudente ha incurrido en la acción típica y antijurídica, en tal caso, la culpabilidad sí estará presente, y solo se le atenuará la pena al agente. En el caso que el error fuera invencible, esto es, que al agente no hubiese podido salir del error aun actuando de modo diligente y prudente, la culpabilidad estará ausente y por tanto, el agente quedará exento de pena.

---

[262] ROXIN: *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal.* En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal. N° 1, Grijley, Lima, 2000, p. 340.

c) Exigibilidad

En determinados casos, pese a que el sujeto tiene capacidad de culpabilidad y se encuentra en condiciones de internalizar el mandato de la norma jurídico-penal, sin embargo, se encuentra en una situación extraordinaria que, si bien no le impide una autodeterminación conforme a la norma, no se le puede exigir razonablemente que se oriente por sus mandatos o que se motive en esta. En estos supuestos se dice que el sujeto se encuentra en una situación de inexigibilidad. En consecuencia, se dice que se cumple con el presupuesto de la exigibilidad, para tribuir culpabilidad al sujeto, cuando contaba con más de una posibilidad de actuación, esto es podía elegir entre más de un hecho, y precisamente elige el comportamiento configurativo de la acción típica y antijurídica. Los casos más conocidos de estos supuestos de inexigibilidad son el llamado *miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante* así como también el *exceso en la legítima defensa;* también se comprende dentro de estos supuestos a algunos casos de *obediencia debida.*

2.2.2. IMPUTACIÓN OBJETIVA

Como se ha indicado, para determinar y legitimar la punibilidad, se tiene que realizar la imputación o atribución penal, a través de la cual se tiene por responsable del injusto al autor y/o partícipe del mismo. Para ello se tiene que realizar la verificación de que el hecho imputado presenta todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, tal como se ha visto líneas antes; asimismo, debe verificarse la antijuricidad (ausencia de causales de justificación) y la culpabilidad (imputación personal); así como también se deberá analizar otras circunstancias o condiciones de la punibilidad como las excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad tal como se vio en el punto anterior (2.2.1.).

Para determinar el *tipo objetivo del delito*[263]-que resulta ser el más complejo de los puntos de análisis dentro de la teoría del delito,

[263] El tipo objetivo constituye el primer paso, a partir del cual, con posterioridad se analizará el tipo subjetivo; y la teoría de la imputación objetiva intenta

puesto que se trata de hechos o supuestos fácticos percibidos en gran medida con criterios normativos- las diversas teorías han elaborado un conjunto de criterios lógico-explicativos a fin de precisar cuándo estamos realmente frente al tipo objetivo del delito; habiéndose llegado en los últimos tiempos a formular criterios exclusivamente normativos dejándose de lado los aspectos naturales u ontológicos para la explicación de dicha parte objetiva del delito. Pues, ante las dificultades que ofrecía particularmente la determinación de la relación de causalidad con criterios puramente naturalísticos, es decir, con explicaciones científico-naturales (de carácter necesario), de los que se valían las teorías de la *equivalencia de condiciones, de la causa adecuada y de la relevancia jurídica,* se tuvo que recurrir a juicios de imputación normativos.

En efecto, la relación de causalidad naturalísticamente concebida, no pudo explicar problemas como los supuestos de *causalidad hipotética*[264], *causalidad cumulativa*[265], *causalidad adelantada*[266],

---

determinar, con carácter general, las propiedades objetivas que han de concurrir en un comportamiento para que este sea imputable a un autor para, a partir de su atribución, iniciar el análisis de la exigencia de responsabilidades penales. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes: *La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España.* En: Roxin; *La imputación objetiva en el Derecho penal.* Traducción de Manuel Abanto, Idemsa, Lima, 1997, p. 53.

[264] Referida al supuesto en que otra causa distinta a la que se analiza, hubiera producido el mismo resultado, si la primera causa no se hubiera realizado. Ejemplo, cuando A dispara a B, causándole la muerte, justo cuando C también se disponía a dispararle a B para causarle le muerte.

[265] Cuando el resultado fue causado por dos o más causas, todas ellas idóneas para producirlo por sí solas; en cuyo caso, suprimiendo mentalmente a cualquiera de ellas (como lo exige la teoría de la equivalencia de condiciones -, el resultado se producía de todos modos, por lo que se negaría la relación de causalidad entre dicha acción y el resultado muerte, lo cual obviamente no es una solución satisfactoria.

[266] Caso de concurrencia de dos acciones suficientes cada una, por sí sola, para producir el resultado, y una de ellas causa el efecto (produce el resultado)

desviación de curso causal[267], *resultados fuera del ámbito de protección de la norma*[268], etc.; lo que llevó a la consolidación de la teoría de la imputación objetiva.

Como ya lo hemos señalado, para analizar el tipo objetivo así como los demás elementos o conceptos del delito, no podemos dejar de lado el componente ontológico del delito, aun cuando no podemos perder de vista a los criterios normativos que se han desarrollado al respecto; obviamente, teniendo en cuenta que estos han seguido un proceso evolutivo a través del cual las diversas teorías han tratado de proporcionar y dar contenido a estos conceptos desde sus particulares perspectivas. Así, las teorías causalista y finalista han elaborado sus conceptos basados en criterios naturalistas como la causalidad y la intencionalidad, los mismos que no resultaron suficientes para resolver una amplia gama de problemas relacionados precisamente a la *relación de causalidad* entre la acción y el resultado lesivo. Ante ello, las teorías teleológicas (funcionalista moderada -ROXIN- y funcionalista sistémica -JAKOBS-) han buscado superar estas deficiencias desarrollando criterios normativos a través de los cuales han configurado la llamada *teoría de la imputación objetiva.*

Si bien el desarrollo de la *imputación objetiva* fue iniciada desde vertientes finalistas (con sus antecedentes desde el Derecho civil, con

---

en primer lugar, pero la otra también lo hubiese producido por sí sola. Como el caso en que A y B, por separado, vierten en el café de C dosis de veneno suficientes para causarle la muerte; sin embargo, el veneno de A surte en primer lugar su efecto y produce la muerte de C. en este caso, cómo queda la situación de B.

[267] Este es el caso en que A hiere a B, pero B muerte cuando la ambulancia que lo trasladaba al hospital tiene un choque aparatoso en que mueren todos los ocupantes de la ambulancia. En este caso si suprimimos mentalmente la acción de A, desaparece el resultado muerte de B. Entonces ¿podemos considerar a A como causante de la muerte de B?

[268] Es el caso en que A atropella y mata a B, y al enterarse del hecho la madre de B, esta muere de un infarto. En este caso ¿podemos considerar a A causante de la muerte de la madre de B?

LARENZ) y propuesta fundamentalmente para los delitos imprudentes (de resultado), con el desarrollo que actualmente ha alcanzado resulta de aplicación para todo tipo de delitos, sean estos dolosos o imprudentes, de resultado o de mera actividad, de comisión o de omisión, etc.[269] Inclusive, se sostiene que la *imputación objetiva,* más allá de proporcionar criterios para la determinación e imputación del aspecto objetivo del delito, tiene incidencia en todos los demás niveles de análisis de la teoría del delito[270]. En tal sentido, se ha convertido en la categoría principal en la teoría del delito. Pues como refiere REYES

---

[269] Por ello se sostiene que uno de los principales aportes y consecuencias dogmáticas derivadas de la teoría de la imputación objetiva, es que logra un tipo objetivo unitario para los delitos dolosos de resultado y los delitos culposos; así como también para los delitos de comisión y los de omisión. En tal sentido, desde una perspectiva funcionalista se sostiene que la doctrina tradicional implicó la existencia de un concepto de autor para el delito doloso de acción, otro para el delito imprudente, y otro para el delito de omisión. El nuevo sistema del derecho penal con bases en los fundamentos normativos de imputación objetiva, en el tipo *no* existen diferencias sustanciales entre el delito de acción y el de omisión, ni entre el delito doloso y el culposo. Por el contrario todas estas categorías dogmáticas tienen como elemento común la existencia de una posición de garante y la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. A tal efecto, Jakobs plantea la imputación objetiva para todos los delitos. De de igual modo, autores no funcionalistas también consideran que debe aplicarse para todo los delitos; así Bustos Ramírez y Torío López, refiriendo este último, que la imputación objetiva es principio superior metódico que se extiende a todos los campos del sistema penal. BUSTOS RAMÍREZ, en cita de Abanto Vásquez: *Ob. Cit.* p. 38.

[270] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: En: Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho penal.* Traducción de Manuel Abanto, Idemsa, Lima, 1997, p. 39. "Pues bien: lo que tienen de común todos estos usos de la palabra 'imputación' es que expresan requisitos necesarios para poder *atribuir* a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico prevista en un tipo penal, y tales requisitos son necesarios para establecer la *relación* que ha de existir entre dicha lesión o puesta en peligro y, en definitiva, *con el autor* de un delito". MIR PUIG: *Significado y alcances de la imputación objetiva en Derecho penal.* Revista electrónica de Ciencia penal y criminología. ARTÍCULOS, ISSN 1695-0194 RECPC O5-05 (2003). http://criminet.ugr.es/recpc_ISSN 1965-0194.

ALVARADO, Debe entenderse como una teoría que reemplaza lo que tradicionalmente ha sido denominado el concepto jurídico penal de acción, ya que de ninguna manera puede solo ser referida a un resultado, sino a toda la actuación como obra de determinada persona[271]. Con ello, trasciende el propio tipo penal objetivo tradicionalmente concebido, y prácticamente tiene fuerte incidencia en la culpabilidad (imputación personal).

La actual formulación de la teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva finalista, pasó por la formulación del deber objetivo de cuidado, y la teoría de la *adecuación social*[272]; hasta llegar a consolidarse como una teoría que pretende explicar, a través de criterios lógico-valorativos, todo el tipo penal objetivo, así como la atribución de este a su autor. Es así como, la imputación objetiva sostiene que, un resultado es objetivamente imputable, cuando el autor ha creado un *riesgo* relevante, el cual se realiza en el resultado típico en su configuración concreta[273].

---

[271] REYES ALVARADO: *Ob. Cit.* p.73.

[272] "A través de la *teoría de la adecuación social*se pretende excluir de la tipicidad aquellos comportamientos "adecuados socialmente", pero que sin embargo, coinciden formalmente con los descritos por los tipos penales". JAEN VALLEJO, Manuel; en cita de Peña Cabrera Freyre: *Derecho Penal. Parte General.* Idemsa, Lima, 2011, p. 416.

[273] "Su primer creador, Larenz, lo ideó para excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que estos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar. Una primera posibilidad es, pues, limitar el sentido de la imputación objetiva a la restricción del amplísimo alcance de la teoría de la equivalencia de las condiciones. En este sentido la imputación objetiva vendría a ocupar el espacio que, incorrectamente, ocupaba la teoría de la adecuación y se limitaría a ofrecer un correctivo de la causalidad. Pero ya los primeros penalistas que desarrollaron el concepto para el Derecho penal no sólo exigieron para la imputación objetiva la creación de un determinado *grado* de riesgo, sino también que dicho riesgo no fuera *permitido*. Ello ha llevado a negar la imputación objetiva en casos en que el resultado producido no era imprevisible, pero ha sido el producto de una actividad lícita, por pertenecer a un sector social peligroso pero útil. Con ello se da un paso importante en la ampliación del alcance de la

En síntesis, la imputación objetiva es el conjunto de criterios normativos establecidos a través de normas jurídicas o sociales (dejando de lado los criterios naturalistas) que permiten determinar el tipo objetivo del delito[274]. Estos criterios constituyen verdaderas instituciones dogmáticas idóneas para resolver cuestiones vinculadas a la determinación del tipo penal objetivo así como la imputación de este a su autor o partícipe.

Estos criterios, sin embargo, no constituyen elementos adicionales del tipo penal objetivo, por el contrario, son instituciones instrumentales para evaluar y determinar el tipo penal objetivo y saber cuándo podemos imputarlo a su autor o partícipe. En tal sentido, no añade un elemento de análisis dentro de la estructura del delito, solo ofrece nuevos criterios dogmáticos o una nueva forma o perspectiva de análisis de la tipicidad, dejando de lado criterios de imputación naturalísticos.

No obstante, aun cuando desde las perspectivas funcionalistas, se considera que estos criterios de imputación son los únicos medios para la determinación del tipo objetivo, es de considerar que a tal efecto, podemos servirnos de otros criterios provenientes, no solo de la vertiente normativa, sino también de aspectos causales-naturales verificados por las ciencias empíricas; pero eso sí, en definitiva debemos recurrir al tamiz de los criterios de imputación objetiva (normativos)

---

teoría de la imputación objetiva: esta se desvincula de la sola previsibilidad, para remitir a la idea, que sirve también de fundamento a las causas de justificación, de la ponderación de intereses en conflicto (riesgo y utilidad social). Esta plantea una cuestión *cualitativamente* distinta a la de si el resultado puede imputarse al autor de la conducta que lo causa como obra suya. Por esta vía se abre el camino a la tendencia actual a equiparar la imputación objetiva a toda la imputación de la parte objetiva del tipo". MIR PUIG: *Ob. Cit.* p. 8.

[274] La teoría de la imputación objetiva, no añade un elemento de análisis dentro de la estructura del delito, solo ofrece nuevos criterios dogmáticos o una nueva forma o perspectiva de análisis de la tipicidad con la que no se tienen en cuenta criterios de imputación naturalísticos, sino fundamentalmente normativos.

a fin de tener la seguridad de que estamos efectivamente ante el tipo objetivo del delito. Aun cuando, existen casos o tipos penales sencillos cuya determinación no presenta mayores dificultades y por ello mismo, no resulta indispensable apelar a los criterios de imputación objetiva, aunque algunos de estos ya están en la evaluación de los hechos.

Es por ello, que *desde una perspectiva tradicional* (aceptada mayoritariamente) se considera a los criterios de imputación objetiva como un instrumento más del análisis para determinar los elementos objetivos del tipo y solo se recurre a ellos luego de aplicar los otros criterios de apreciación y determinación de los elementos objetivos del tipo. Sobre todo, se recurre a estos criterios para determinar la relación de causalidad entre la acción y el resultado en los delitos de resultado (comisivos y omisivos), sin que ello signifique que se deje de lado la imputación objetiva para determinar la acción típica en los delitos de simple acción (igualmente comisivos y omisivos).En esta perspectiva, en la evaluación de la tipicidad objetiva se consideran los criterios de imputación objetiva ante la necesidad de limitar la afirmación de casos típicos que razonablemente deberían excluirse desde un principio por carecer de relevancia jurídico-penal[275]. En tal sentido, la teoría de la imputación objetiva actúa, sobre todo, descartando la responsabilidad penal en casos en los que una aplicación ciega de los esquemas dogmático-penales la afirmaría. Es decir, mayormente actúa *in bonan partem*[276].

Esto es, lo que se pretende es, justamente, seleccionar dentro de las acciones naturales aquella que resulten de interés para el Derecho penal, es decir, aquellas que pueden ser reprochadas como obra de determinado sujeto. En la imputación objetiva se pregunta entonces si un portador de funciones, si un garante, alguien de quien se esperaba determinadas conducta, la ha desplegado llenando las expectativas,

---

[275] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, en Roxin; *La imputación objetiva en el Derecho penal.* Traducción de Manuel Abanto, Idemsa, Lima, 1997. 39.

[276] ABANTO VÁSQUEZ: *Ob. Cit.* p. 42. Con cita de Roxin.

o no lo ha hecho, generando una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción; para la imputación objetiva no importa si el médico era Pedro, Juan o Diego, sino que se examina la conducta exigible a un médico. Por el contrario en la imputación subjetiva se examina el aspecto individual del autor, por lo que aquí ya no interesa la condición genérica de médico, sino la subjetividad de Pedro o Juan en el caso concreto, vale decir su capacidad de comprensión de la situación, si pudo prever o no el resultado, si lo quiso expresamente o lo aceptó como posible, etc.[277]

En los delitos dolosos, en la práctica es tan evidente la creación del riesgo desaprobado que no nos detenemos demasiado a pensar en su existencia, mientras en los delitos imprudentes es con frecuencia un elemento de difícil determinación y requiere en la práctica de un análisis más detenido; sin embargo, se dice que tan desaprobado es conducir con exceso de velocidad y en contravía a lo largo de una autopista como disparar intencionalmente un arma de fuego en la cabeza de una persona. De manera que una teoría de la imputación objetiva resulta aplicable a los delitos culposos así como a los dolosos[278].

La otra vertiente, *funcional-sistémica,* considera como únicos instrumentos de análisis para determinar el tipo objetivo del delito, a los criterios de imputación objetiva[279]; inclusive, para esta vertiente,

---

[277] REYES ALVARADO: *Ob. Cit.* p. 77.

[278] REYES ALVARADO: *Ob. Cit.* p. 79.

[279] Para hablar de imputación objetiva en la teoría de JAKOBS, es necesario tener presente la propia concepción que sobre la teoría del delito desarrolla este, incluso su concepción del propio Derecho penal. Pues, si prescinde de la protección de bienes jurídicos y de toda relación causal así como de componentes ontológicos para la elaboración de su teoría, y por el contrario, asume la *necesidad de estabilización de la confianza en las normas* o *la confirmación o aseguramiento de la vigencia de la norma* como fundamento del Derecho penal y la teoría del delito, será con esta perspectiva como debe entenderse cada una de las categorías de la teoría del delito y desde luego, la tipicidad y especialmente la imputación objetiva.

la imputación objetiva tiene incidencia en los demás niveles de análisis de la teoría del delito (antijuricidad y culpabilidad) a los cuales relativiza, puesto que al determinar la imputación objetiva, ya presupone la atribución del injusto a su autor, con lo que prácticamente ya está cumpliendo con la imputación personal (culpabilidad)[280].

Esta perspectiva funcionalista ha desarrollado la teoría del *rol social* que le corresponde desempeñar a cada persona como integrante de la sociedad (en la vida: "gran teatro del mundo"), sea como taxista, bombero, médico, magistrado, policía, conductor de autobuses, panadero, albañil, etc. Dicho rol determina ciertos deberes especiales o generales para cada uno y es socialmente (externa u objetivamente) conocido por todos los miembros de la sociedad, por lo que sin necesidad de conocer a la persona individualmente, ya se conoce qué deberes debe cumplir en su comportamiento o contactos sociales. Este rol se revela en un haz de deberes y obligaciones a la vez que en un conjunto de potestades o derechos.

"*El rol* es definido como el conjunto de expectativas vinculadas a la conducta del portador de una determinada posición, y, como tal, permite delimitar los contornos de los ámbitos de competencia de los actores sociales. En el plano jurídico concreto, el rol se muestra como una posición de deber que cada interviniente tiene y administra como parte

---

En este caso, hablar de determinación objetiva, significa que los roles son determinados socialmente independientemente de la intención o aspecto subjetivo del sujeto, de allí que la consideración de objetividad desarrollada por el funcionalismo, referida a la determinación social, es distinta a la objetividad asumida por las teorías tradicionales que consideran objetivo a todo aquello que existe, se produce o realiza fuera del ámbito interno del sujeto. Asimismo, para el funcionalismo, lo subjetivo no es lo que sucede, existe o produce en el fuero interno del sujeto, sino toda consideración individual (no social) del mismo.

[280] No obstante, tal como refiere DE LA CUESTA AGUADO, "... más allá de la imputación objetiva, y en aras de la libertad ciudadana, el principio de culpabilidad constituye el límite absoluto de todos los objetivos preventivos especiales y generales". *Ob. Cit.* p. 62.

del sistema jurídico para posibilitar su funcionamiento"[281]. Conforme a su rol, a cada persona le corresponde administrar un segmento de la realidad y es responsable por la conducción o administración adecuada del mismo. No todo lo que suceda en el mundo le compete o es competencia de todos, sino solo lo que le corresponde conforme a su rol.

El cumplimiento del rol significa satisfacer la expectativa social, a la vez que infringir un deber inherente al rol implica defraudar dicha expectativa.

El rol identifica a cada sujeto en el mundo social, pero también sirve para que todos los ciudadanos sepan a qué atenerse; en tal sentido, sirve para interrelacionar a todos los ciudadanos en la sociedad; si alguien infringe su rol los demás ciudadanos pueden válidamente pedirle cuentas, originándose con ello la responsabilidad (penal, civil o administrativa, aun cuando en este punto solo nos interesa la penal). En tal sentido, el rol se convierte en fundamento y límite de la imputación o atribución de responsabilidad penal. Dicho en palabras de JAKOBS: "... los límites de los roles funcionan a la vez como límites de la responsabilidad (...), por consiguiente quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo aun en el caso en que bien pudiese perfectamente evitarlo"[282]. El rol social que cada uno desempeña determina la medida de su responsabilidad. Pues, solo se podrá imputar el tipo penal objetivo, si es que el agente ha realizado la conducta típica infringiendo dicho rol social, evidenciando una expresión de sentido contrario a la vigencia de la norma.

El rol garantiza que al sujeto únicamente se le pueda responsabilizar por un hecho punible si: a) tenía un rol propio (con sus derechos y sus deberes) y b) si ha infringido un deber personal correspondiente

---

[281] CARO JOHN, José Antonio: Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso. En *Normativismo e Imputación Jurídico-Penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista.* Ara Editores, Lima, 2010, p. 103.

[282] JAKOBS: *La imputación objetiva en el Derecho penal.* Grijley, Lima, 2001, p. 25.

a su propio rol. En consecuencia, a nadie se le puede responsabilizar por la infracción de un deber perteneciente a un rol ajeno[283].

Existen los *roles comunes* que incumbe a todos y configura un deber de solidaridad mínimo de todos los ciudadanos que interactúan en la sociedad. Implica el deber general de no dañar a nadie y comportarse conforme a los mandatos normativos generales; en realidad se trata de un deber *negativo* general.

Asimismo, existen *roles especiales* que obligan únicamente a aquellos sujetos que se encuentran en una posición especial que los distingue e individualiza frente al resto de ciudadanos, estos son los también llamados *roles institucionales*. Estos no son deberes de solidaridad mínima sino *deberes de garante*. El rol especial prima sobre el general, puesto que el primero incluye o presupone al último[284]. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos, y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de *deberes positivos*, porque, contrario a los negativos, en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en estos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos.

Ejercer el rol significa cumplir la expectativa social y respetar la norma. Por el contrario, apartarse del rol significa defraudar la expectativa social, esto es: *infringir la norma*. Desde este punto de vista la imputación penal puede definirse muy sencillamente como la desviación respecto de aquella expectativa que compete al portador de un rol o, más escuetamente: como la desviación de un rol.

Aun cuando esta perspectiva de la imputación objetiva (funcional sistémica) asume que con los criterios de la imputación objetiva se resuelven los problemas del tipo penal objetivo de modo óptimo,

---

[283] POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Lecciones de teoría del delito. V.1*, Mergablum, Sevilla, 2010, p. 96.

[284] POLAINO NAVARRETE: *Ob. Cit.* p. 98.

nos parece que el problema se traslada a la determinación de cuáles son los límites de esos roles; respecto a los cuales, si bien se sostiene que están debidamente determinados por criterios normativos o usos sociales debidamente estructurados, ello no necesariamente se corresponde con la realidad, sobre todo en una sociedad plurinacional y multicultural como la nuestra[285].

No obstante, dejando sentado que existen dos perspectivas de la Teoría de la Imputación Objetiva, una moderada y otra radical, concebida como una suprateoría, con influencia en casi toda la estructura del delito, podemos sostener, tal como lo hemos referido al comienzo de este trabajo, que se pueden considerar los criterios que ambas proponen según resulte más conveniente conforme al caso concreto. A tal efecto, se pueden considerar los criterios desarrollados por ambas perspectivas, sin que ello signifique falsear sus presupuestos teóricos[286]. Los criterios integrantes de la imputación objetiva, en general, son los siguientes:

---

[285] En efecto, la concepción del rol, resultaría funcional en una realidad estandarizada en cuanto a las actividades y comportamientos sociales debido a una concepción uniforme del universo, de la vida, de la sociedad y de las relaciones sociales en general; sin embargo, en un país multinacional, multicultural con diversas cosmovisiones y culturas diversas, el concepto y fines del rol ya no sería del todo funcional, por lo que también resulta adecuado reevaluar el funcionamiento de estas categorías jurídicas en nuestro medio y sobre todo, en un ámbito intercultural. Al respecto, creemos que aún está por reformularse muchas de nuestras categorías jurídico penales en un marco intercultural, y creo que debemos de dejar de importar conceptos sin evaluarlos de un modo crítico, sobre todo si estos corresponden a otras realidades no necesariamente compatibles con la nuestra, en donde se aprecia claramente *el pluralismo jurídico.* Al respecto ver ESPEZÚA SALMÓN, Boris Gilmar: *El derecho desde la mirada del otro. Bases para la construcción del pluralismo jurídico en el Perú.* Ideas, Lima, 2016.

[286] Debemos tener en cuenta que no existen modelos jurídicos o teorías cerradas o completas, estos solamente existen en las ciencias exactas como la matemática, la física o las formales como la lógica formal; en cambio, los modelos o teorías jurídicas (orientados a fines, valores o aspiraciones de justicia o legitimidad) no son exactos o cerrados, constituyen únicamente

A. CREACIÓN DE UN RIESGO NO PERMITIDO

Para imputar objetivamente el tipo al agente del mismo, la acción realizada debe haber creado un riesgo relevante y no permitido de afectación (lesión o puesta en peligro) al bien jurídico; de no existir tal riesgo, se tendrá que excluir la imputación aun cuando se trate de una infracción de la norma de cuidado y de existir un resultado típico; esto es, aun cuando el hecho realice formalmente el tipo penal.

La definición del riesgo deberá ser normativa, desligada de probabilidades estadísticas de lesión y no tiene que estar permitido dentro del rol que le corresponde al agente. En tal sentido, se descartan los supuestos en que se causa una lesión o se genera un peligro, pero en ejercicio de una acción que cae dentro del rol del ciudadano y significa un estado normal de interacción social (riesgo permitido).

El riesgo permitido se define como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un me-

---

un conjunto de argumentos lógico-jurídicos que resultan válidos solo si son aceptados consensual o mayoritariamente, y logran sus finalidades para las cuales se han formado; por tanto, al tratarse de argumentos, estos pueden complementarse o mejorarse con elementos provenientes de otros modelos o teorías jurídicas, en función de las finalidades que se persiga, pues, estas teorías o modelos están en el campo del "deber ser". Por ello, aun cuando asumimos fundamentalmente las teorías más o menos tradicionales, de la mano de Roxin, tanto para la formulación de la norma penal así como también para la construcción y sistematización de la teoría que sobre ella se desarrolla (a la vez que para la determinación del contenido y límites de cada uno de los conceptos o elementos del delito), no encontramos inconvenientes para que estos postulados sean complementados o reforzados por criterios provenientes de otras propuestas teóricas, siempre que contribuyan a un mayor logro de las finalidades y objetivos propuestos. En este caso, consideramos que las propuestas de Jakobs sobre la imputación objetiva, resultan asumibles y complementarias para resolver la problemática vinculada a la imputación penal; aun cuando debemos tener en cuenta las particularidades propias de nuestra realidad pluricultural.

canismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica. En tal sentido, "...debe entenderse bajo riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que generalmente (independientemente del caso particular) es permitida y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo"[287].

En cuanto al riesgo permitido, JAKOBS maneja una concepción estrictamente normativa desvinculada de los criterios ontológicos o de las probabilidades estadísticas de la concreción de la lesión[288]. Define el riesgo permitido como un estado normal de interacción entre personas en ejercicio de sus libertades de actuación, el mismo que aunque signifique una injerencia en la esfera de otra persona, ello está aceptado y permitido por la configuración normativa o social vigente.

El riesgo permitido tiene sustento en el carácter *fragmentario* y de *última ratio* del Derecho penal, ya que a la hora de establecer los límites de su intervención se debe tener en cuenta que el orden normativo primario u otras normas extrapenales toleran, permiten, e incluso, fomentan y promueven ciertas actividades que encierran un peligro abstracto estadísticamente idóneas para lesionar bienes jurídicos. Desde esa perspectiva, el Derecho penal no puede prohibir la realización de dichas actividades, pues sería absurdo considerar penalmente relevantes aquellas conductas que se encuentran integradas al funcionamiento de la sociedad[289].

En ese mismo sentido, se debe afirmar que la función preventiva del Derecho penal no implica la protección absoluta de todos los bienes

---

[287] ROXIN: *La imputación objetiva en Derecho Penal.* p. 106.

[288] PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ: *Ob. Cit.* p. 87.

[289] FEIJOÓ SÁNCHEZ: *Resultado Lesivo e Imprudencia.* Bosch, Barcelona, 2001. p. 268-269, por tal motivo el citado autor señala que el riesgo permitido no es un concepto inventado por los juristas, sino que es una realidad necesaria para obtener ciertos beneficios.

jurídicos, pues existe un ámbito de riesgo permitido cuyo contenido depende de una valoración de los intereses en juego; en efecto, el dinamismo de la vida moderna implica aceptar una gran cantidad de riesgos necesarios para poder mantener los actuales niveles de desarrollo. Una perspectiva contraria nos devolvería a la Edad de Piedra, pues todos los adelantos técnicos y científicos de los que hoy gozamos han costado un número elevado de lesiones, los cuales no se encontraban fuera del cálculo de la probabilidad[290]; así por ejemplo, pese a que el tráfico rodado es una de las principales causas de muerte en la sociedad, muy pocas personas estarían dispuestas a eliminar dicha actividad, ya que su utilidad social es mayor a los costos asociados a la misma. Sin embargo, que el ordenamiento admita o tolere ciertas actividades riesgosas no impide la sanción de aquellas conductas imprudentes que se puedan producir en el marco de dichas actividades, ya que solo es admisible un ejercicio correcto de las mismas[291].

Así por ejemplo, la doctrina descarta el delito de homicidio cuando el riesgo para la vida de un tercero, que generó la conducta del sujeto activo se encuentra dentro del ámbito del riesgo permitido[292], lo cual presupone que existen riesgos que no pueden generar responsabilidad penal por estar socialmente permitidos o no prohibidos[293] (tráfico automotor, explotaciones mineras, actividad médica, deportes de alto riesgo, inducción a otro a realizar actividades, profesiones o deportes peligrosos, etc.)[294].

---

[290] MARTINEZ ESCAMILLA: *Ob. Cit.* p. 133.

[291] FEIJOÓ: *Ob. Cit.* p. 269.

[292] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal. Parte General.* Grijley, Lima, 2005. p. 324.

[293] GARCÍA CAVERO, Percy: *Lecciones de Derecho Penal.* Grijley, Lima, 2008. p. 331.

[294] En estos casos, según anota PEÑARANDA: *Ob. Cit.* p. 73, cuando el sujeto mantiene su conducta dentro del riesgo permitido, el sujeto no tiene responsabilidad, inclusive si procedió con dolo directo para producir la muerte de un tercero.

Para la configuración concreta del riesgo permitido, es decir para establecer cuándo nos movemos dentro del ámbito del riesgo permitido, se han formulado los siguientes criterios de valoración[295]:

i) Riesgo mínimo permitido o riesgos generales de la vida[296]: Los riesgos que comportan el contacto social (vg., relaciones sexuales)[297], o aquellos que se derivan de actividades ordinarias o cotidianas[298] (vg., paseo bajo una tormenta, viajar en un

---

[295] JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997. p. 248-250.

[296] "No puede obviarse la importancia de la delimitación como elemento típico del riesgo permitido, pues es instrumento fundamental para permitir la adecuación del tipo a la evolución social, de forma que se constituye en uno de los elementos más activos de acercamiento de la ley a la realidad. Pero además, si el bien jurídico protegido ha de cumplir alguna función limitadora del ámbito de la tipicidad mediante la exclusión de conductas inocuas o levemente lesivas (conductas de bagatela) o mediante la aplicación del principio de insignificancia, estas instituciones han de ser desarrolladas bajo el instituto del riego permitido, pues, este permite describir perfectamente una realidad social compleja fundamentada en la existencia de ámbitos de riesgo que, pese a su potencial eficacia lesiva, son admitidos y reclamados por la sociedad". DE LA CUESTA Aguado: *Ob. Cit.* p. 82.

[297] Para JAKOBS, por ejemplo, el riesgo de que un sujeto sin signos de enfermedad, y sin haber tenido contacto con focos infecciosos, pueda transmitir su enfermedad a terceros, en su contacto con ellas, es jurídicamente irrelevante. *Ob. Cit.* p. 248; FEIJOO: *Ob. Cit.* p. 281, refiere que no existe un deber de control o de cuidado interno respecto al contagio de enfermedades por vías definidas –transmisión sexual-, señala que dichos contactos son irrelevantes para el Derecho Penal mientras el enfermo no tenga motivos razonables y objetivos para sospechar de su enfermedad, ya que el deber objetivo de cuidado obliga a no convertirse en fuentes de contagio o avisar de dicha posibilidad de contagio sólo cuando se tienen datos sobre el padecimiento de una enfermedad.

[298] En estos casos los resultados lesivos han de interpretarse como una simple desgracia, o un mero infortunio. El ejemplo que comúnmente se pone es del sobrino que, con el propósito de que el tío muera, lo envía a pasear bajo una tormenta.

avión, comunicar noticias graves[299], subir y bajar una pendiente, recetar un medicamento ordinario, etc.), se encuentran siempre permitidos, pues de lo contrario la vida social estaría condenada a la inacción[300].

ii) La vulneración a las normas establecidas por el ordenamiento jurídico para reducir a un mínimo tolerable el peligro, coloca al agente fuera del riesgo permitido (vg., el conductor que bajo los efectos del alcohol conduce inclusive a una velocidad mínima, y respetando todas las reglas del tráfico automotor, actúa dentro de un riesgo jurídicamente desaprobado). En efecto, todo comportamiento que el derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya sea por su peligrosidad concreta o abstracta queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado; de este modo, por ejemplo, el piloto de fórmula 1 que

---

[299] Respecto a los casos de shock por la comunicación de noticias se debe precisar como señala FEIJOO: *Ob. Cit.* p. 282, que el conocimiento de una desgracia que afecta a seres queridos es un riesgo con el que todos tenemos que aprender a convivir; sin embargo, se infringiría un deber de cuidado cuando se provoca un shock teniendo conocimiento de los factores de riesgo especiales en el caso concreto, los cuales pueden estar relacionados con la forma de producir el schock independientemente de la propensión que tenga la persona afectada (vg., el padre que contempla como violan a su hija menor de edad).

[300] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 116, respecto del médico que receta un medicamento ordinario refiere que este está obligado a informarse si hay alguna razón para creer que el paciente es hipersensible, pero no tiene por qué condicionar la receta a la realización de todos exámenes complementarios indispensables a fin de descartar la hipersensibilidad; ROXIN: *Ob. Cit.* p. 366-367, señala que el Derecho no puede tomar en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a las actividades cotidianas. En tal sentido, "...no habrá una acción homicida típicamente delictiva aunque excepcionalmente tal actuación sea causal respeto de una lesión de un bien jurídico...".

El mismo criterio es aplicable en los casos en donde se induce a un tercero a realizar actividades peligrosas (vg., alpinismo, canotaje, etc.), pues por mucho que se quiera la muerte, ello no es jurídicamente abarcable por el tipo de homicidio.

conduce en estado de ebriedad superficial, por más de que en ese estado sea mejor conductor que un principiante, realiza un comportamiento dentro del riesgo desaprobado; sin embargo, debemos precisar que la prohibición de un comportamiento no implica la evitación de cualquier resultado, sino aquellos que están en relación directa con la finalidad prohibitiva de la norma[301].

iii) La infracción de las reglas de arte constituyen un indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo, lo cual sin embargo, se puede desvirtuar por la adopción de otras medidas de seguridad o de cuidado más eficaces[302]; en tal sentido la violación de la *lex artis* médica, es decir el conjunto de normas, generalmente técnicas, que tiene una legitimación histórica para una determinada profesión y se legitiman por su práctica reiterada y permanente, adquiriendo un carácter vinculante para ese sector; así como de las normas estándares de conducta, constituidas por las normas no escritas que se convierten en vinculantes por su praxis social, por su práctica reiterada y permanente, vg. los deberes inherentes para el que se desempeña como taxista; asimismo, de las que provienen de otros sistemas de regulación no formal para un ámbito específico, en general de aquellos ámbitos que no gozan de una regulación normativa,

[301] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 74.

[302] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 74; GARCIA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 335-336, señala que la compensación de riesgos (cuando se adoptan otras condiciones o requerimientos que reducen igualmente la peligrosidad de la actividad riesgosa), no tiene ninguna relevancia para excluir la responsabilidad penal cuando estas condiciones o requerimientos estén impuestas por normas jurídicas, pues, de no ser así, se pondría en duda la vinculatoriedad de la legislación y se aumentaría el peligro de un desorden en los sectores regulados; por el contrario, en el caso de la normas técnicas, no existe mayor inconveniente para reemplazar los mecanismos de protección por otros más eficientes.

vg., las directivas desarrolladas al interior de una empresa[303]; constituyen indiciosde la naturaleza no permitida de los riesgos correspondientes a sus respectivos ámbitos de aplicación.

iv) En aquellos ámbitos no especializados, donde no existen normas establecidas por el orden jurídico, ni por otras instancias informales de regulación de actividades peligrosas, se debe seguir el criterio general del ciudadano prudente, desarrollado en el ámbito del Derecho civil[304], donde se deberá tomar en cuenta el tipo de actividad que se desarrolla, el ámbito en el que se desenvuelve, y el rol que desempeña el agente[305].

No se debe perder de vista que la permisión del riesgo está vinculada a las ventajas personales o interpersonales que reporta una determinada actividad, por lo que cuanto más valore la sociedad los fines de una determinada actividad, más riesgos estará dispuesta a aceptar, ya que la idea del riesgo supone el reconocimiento colectivo de que junto a las consecuencias que se persiguen en una determinada actividad, hay que asumir otras que se derivan indirectamente[306]; asimismo, la permisión del riesgo se encuentra vinculada a los costos

---

[303] GARCIA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 334.

[304] GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 335.

[305] PEÑARANDA: *Ob. Cit.* p. 75; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 720, en el mismo sentido refiere que para establecer si la acción comporta un peligro relevante se debe tener en cuenta el contexto social en el que ésta tiene lugar, su importancia social, la gravedad del posible perjuicio que representa el peligro y la magnitud de los esfuerzos que deben hacerse para excluir del todo el riesgo, y en la medida en que son pocas las actividades humanas que se encuentran reguladas específicamente, es necesario recurrir al criterio de la persona media, lo cual consiste en plantearse hipotéticamente cómo, en la misma situación concreta en la que actuó el agente, hubiera obrado una persona consciente y prudente, perteneciente al mismo círculo social o profesional de éste. Si de la comparación se establece que el agente ha actuado en los límites del riesgo permitido no será posible considerarlo como imprudente.

[306] FEIJOÓ: *Ob. Cit.* p. 270-271.

que para toda la sociedad implicaría la evitación de todos los riesgos posibles de una determinada actividad; así por ejemplo, es posible que los aviones comerciales fuesen construidos con mejores materiales o que las medidas de seguridad de vuelo fuesen mayores, pero ello elevaría los costos de los vuelos que impediría que los aviones fueran medios de transportes con precios asequibles[307]. Un ejemplo de esto último es el fallo del 23 de Setiembre de 1992 de la Sala de Audiencia Provincial de Barcelona en el cual se absolvió a los responsables de las obras de uno de los cinturones de ronda de Barcelona, del cual tras unas lluvias torrenciales se desprendió un talud de contención muriendo dos trabajadores, pese a lo cual, en la sentencia se afirma que el riesgo era evitable pero su evitación hubiera sido tan costosa que no era exigible porque hubiera hecho inviable la realización de esas obras[308].

Un sector de la doctrina recurre al juicio del pronóstico objetivo posterior a fin de establecer cuando se ha rebasado o no el nivel de riesgo permitido. Este juicio consiste en determinar si para un espectador objetivo, con los conocimientos de un hombre cuidadoso de la esfera de la actividad de que se trate y, además con los *conocimientos excepcionales* de los que dispusiera el autor, habría considerado su conducta con anterioridad al hecho (*ex ante)* como riesgosa[309].

---

[307] FEIJOÓ: *Ob. Cit.* p. 271-272.

[308] Ver CORCOY BIDASOLO: *Ob. Cit.* p. 608-609.

[309] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 75-76, precisa, sin embargo, que en los casos de *aptitudes o capacidades especiales del agente* no le es exigible que, para mantenerse dentro del riesgo permitido, haga uso de sus facultades especiales, basta con que haga uso de las capacidades generales exigibles a cualquiera que ocupe la posición en la actividad que se desarrolle, ya que una solución contraria restringiría excesivamente la libertad de actuación de las personas, de este modo el corredor de fórmula 1 no está obligado a usar todos sus recurso técnicos de que es capaz para reducir al mínimo posible el riesgo de la conducción cuando transita con su automóvil privado por cualquier avenida pública.

Creado un riesgo penalmente prohibido por ejemplo para la vida, resulta irrelevante que la vida de la víctima hubiera sido lesionada, igualmente, con el comportamiento de otro sujeto -*curso causal hipotético*-, incluso si el actor sustitutivo hubiere actuado jurídicamente, vg., cuando el agente provoca la muerte de quien se encontraba sujeto a una pena de muerte. En estos casos, según ROXIN[310], se debe tener en cuenta que el legislador solo permite una acción típica a determinados funcionarios o personas, sino fuera así, se vulneraría sin necesidad, el tabú de matar, lo cual no puede ser tolerado por el ordenamiento jurídico.

No se puede apreciar la creación de un riesgo penalmente prohibido cuando únicamente se modifica la causalidad natural, sin que la situación de la víctima en su conjunto se empeore, por ejemplo cuando se cambia la dirección de una locomotora a otra vía que está igualmente bloqueada; sin embargo, no se excluye la imputación, cuando se sustituye el acontecer causal por una acción autónoma, pese a que la muerte de la víctima, según el criterio humano, era esperable, vg., cuando se dispara a una persona antes de producirse un choque inminente o cuando se infringe una *lex artis* en el cuidado de un moribundo; pues en estos casos nos encontramos frente a una lesión autónoma, ante lo cual el ordenamiento jurídico no puede ceder, máxime si como se ha indicado, el derecho sanciona cualquier comportamiento humano no justificado expresamente que conlleve a un acortamiento de la vida humana[311].

Un tema problemático se presenta en aquellos supuestos en los cuales el sujeto activo crea efectivamente un riesgo de producción del resultado que, desde una perspectiva *ex ante*, era muy remoto o insignificante, vg., A golpea en el cuello o le causa una herida insignificante a B (quien padecía de miocarditis crónica o era hemofílico,

---

[310] *Ob. Cit.* pp. 367-369.

[311] ROXIN: *Ob. Cit.* pp. 369-370.

situaciones que eran desconocidas por el autor), lo cual provocó la muerte de este último, al causarle un paro cardiaco en el primer caso, o por las hemorragias en el segundo caso; o el caso de aquel tirador inexperto que desde una distancia tan considerable, en la que inclusive un experto en armas considera muy difícil acertar, dispara contra otro con la intención de matarlo, y en efecto, acierta el disparo provocándole la muerte. En estos casos la doctrina se divide, mientras que unos excluyen la imputación por la falta de creación de un peligro relevante[312] otros la afirman señalando que el ámbito de protección de la norma se extiende a esta clase de puestas de peligro atípicas. Nosotros coincidimos con esta segunda posición, ya que las normas que protegen la vida y la salud no dejan fuera de protección a los que padecen de una enfermedad o tengan una constitución física anormal[313]; por otro lado, que el riesgo sea reducido o remoto no puede

[312] En la doctrina se plantea las siguientes soluciones: i) Un sector considera que en estos casos no existe la creación de un riesgo jurídicamente relevante (*riesgo insignificante).* Así, CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General.* Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1998. pp.104-105, refiere que en estos casos estaríamos ante una tentativa idónea impune; MARTINEZ ESCAMILLA: *Ob. Cit.* p. 11 y ss. En el mismo sentido CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 118, señala que en estos casos se debe negar la imputación objetiva ya que, en el caso del tirador inexperto, este carece de conocimientos o capacidades especiales que desde una perspectiva *ex ante*le permitan conocer que el resultado se producirá; ii) otro sector matiza la solución según el agente haya actuado con dolo o con imprudencia. Así, niega la imputación objetiva si el agente actuó con imprudencia, pero si actuó con dolo afirman la imputación objetiva del resultado, ya que en este caso la presencia del dolo implicaría el aumento de la peligrosidad del hecho, de manera que un riesgo insignificante para la imputación se haría suficiente al concurrir el dolo, ya que la presencia de este elemento subjetivo incrementaría la peligrosidad objetiva del hecho. De este modo, si el tirador inexperto obra con dolo y el disparo impacta a la víctima se le imputara el homicidio doloso de esta, y si el disparo no logra alcanzar a su víctima se le imputara una tentativa de homicidio. Los que propugnan esta solución admiten que en estos casos la responsabilidad del agente debería atenuarse significativamente.

[313] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 70, señala que otra solución significaría desconocer el derecho de los enfermos o débiles a no ser tratados como

negar la imputación objetiva del resultado en el que se concreta, ya que lo que interesa no es la previsibilidad o no del resultado muerte, sino el carácter permitido o no del peligro que la acción entraña[314]. En efecto, consideramos que a los riesgos generales de la vida debemos adoptar todas nuestras expectativas, sin embargo respecto de las conductas que exceden de los riesgos socialmente permitidos, podemos esperar justificadamente que estas no se produzcan, así en el caso del tirador inexperto nos encontramos frente a una conducta que defrauda expectativas normativas respecto al modo en que deben utilizarse objetos de alta peligrosidad como son las armas[315].

---

ciudadanos de segunda, esto es, su derecho a desenvolverse en las situaciones que no entrañan ningún riesgo especial para las personas fuertes y sanas. El autor mencionado en apoyo a esta posición cita la STS del 6-4-1993, en la que se condena por homicidio imprudente al marido que propinó un golpe en el cuello de su esposa, lo que le ocasionó la muerte por paro cardiaco, y que preesxistía en ella una miocarditis crónica que era desconocida por el agresor, y sólo puesta de manifiesto en la autopsia; y la STS del 29-5-1999, en el que se afirma la imputación objetiva de la muerte ocasionada a un enfermo de SIDA por aquel que sin conocer esta circunstancia, le dio un puñetazo que, en una persona sana, no habría tenido más efecto que ocasionar una lesión leve.

[314] LUZON PEÑA: *Ob. Cit.* p. 380 señala que en el caso del tirador no sólo hay peligrosidad mínimamente relevante suficiente para la imputación objetiva, sino que además se supera el riesgo permitido, pues no hay ninguna razón social, cultural, económica, etc., que autorice a crear tal riesgo.

[315] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 72 a 73.
"No puede obviarse la importancia de la delimitación como elemento típico del riesgo permitido, pues es instrumento fundamental para permitir la adecuación del tipo a la evolución social, de forma que se constituye en uno de los elementos más activos de acercamiento de la ley a la realidad. Pero además, si el bien jurídico protegido ha de cumplir alguna función limitadora del ámbito de la tipicidad mediante la exclusión de conductas inocuas o levemente lesivas (conductas de bagatela) o mediante la aplicación del principio de insignificancia, estas instituciones han de ser desarrolladas bajo el instituto del riego permitido, pues, este permite describir perfectamente una realidad social compleja fundamentada en la existencia de ámbitos de riesgo que, pese a su potencial eficacia lesiva, son admitidos y reclamados por la sociedad". DE LA CUESTA Aguado: *Ob. Cit.* p. 82.

Con base en este criterio de imputación, se descartaría el homicidio cuando la conducta del agente *disminuye el riesgo* para la víctima modificando el curso causal, vg., cuando se desvía la dirección de un proyectil hacia una zona menos vulnerable de la víctima o se retrasa la muerte del paciente[316].

En *conclusión,* debe quedar claro, que si nos movemos dentro del riesgo permitido, no será posible la imputación objetiva del tipo, y por tanto, el hecho carecerá de relevancia penal. Consecuentemente, para concretar la imputación objetiva, se requiere que se haya creado un *riesgo no permitido o prohibido*, solo si ello es así, se continuará con la evaluación y aplicación de los demás criterios de imputación objetiva a fin de verificar si se conforma o no la imputación penal.

B. REALIZACIÓN DEL RIESGO EN UN RESULTADO COMPRENDIDO EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA INFRINGIDA

Verificado que nos encontramos ante un riesgo no permitido o prohibido será necesario determinar si tal riesgo se ha concretado en el resultado, a la vez, que este resultado esté comprendido dentro del ámbito de protección de la norma infringida; obviamente, si se trata de un delito de resultado. Pues, tal como refiere ROXIN, la imputación al tipo objetivo presupone sobrepasar la frontera permitida y con ello la creación de un peligro no permitido, pero la consumación exige también la realización o concreción de dicho peligro o riesgo en el resultado[317]. De no concretarse el resultado, aun tratándose de

---

[316] Siguiendo a ROXIN: *Ob. Cit.* p. 366, distinto es el caso cuando no se disminuye o debilita un peligro ya existente, sino que lo sustituye por otro cuya realización es definitivamente menos dañosa para el sujeto, que el que lo hubiera sido el peligro inicial vg., cuando se tira a un niño por la ventana de una casa que sufre un incendio y con ello se le ocasiona lesiones considerables, pero de esa manera se le salva de la muerte entre las llamas. Estos casos, consideramos, deberían resolverse apelando al estado de necesidad.

[317] ROXIN: *Ob. Cit.* p. 113.

un riesgo no permitido, estaremos únicamente en un supuesto de tentativa. En otras palabras, el resultado causado por el sujeto solo debe ser imputado al causante como su obra y solo cumple el tipo objetivo, cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción, y este riesgo se haya realizado en el resultado concreto, a la vez que dicho resultado se encuentre dentro del alcance del tipo[318]. Con ello se descartan como fundamento de la imputación objetiva cursos causales fortuitos y los atribuibles a acciones distintas a las realizadas por el agente, así como las que no son consideradas dentro del ámbito de protección de la norma infringida.

Ejemplo típico de este caso, es el supuesto en que A, conduciendo su automóvil a excesiva velocidad, atropella a B, causándole la muerte. La madre de B, que sufre del corazón, al enterarse de la muerte de su hijo, sufre un infarto que también le causa la muerte. Obviamente, la norma infringida por A es el Reglamento de Tránsito o el Código de Tránsito, el mismo que tiene entre sus fines regular el tráfico y proteger los bienes que pueden verse afectados con las infracciones a tal regulación (del tránsito). En este caso, será fácilmente atribuible al conductor A la muerte de B, puesto que es consecuencia directa de la infracción de la norma reguladora del tráfico; y por tanto, el resultado (muerte) cae dentro del ámbito de protección de la norma infringida. Sin embargo, no se le podrá imputar a dicho conductor A, la muerte de la madre de B; puesto que dicho resultado no cae dentro del ámbito de protección de la norma infringida. En efecto, el Reglamento de Tránsito o Código de Tránsito, no tienen dentro de sus fines, proteger a las personas que sufren del corazón para que no tengan infartos y eventualmente mueran.

A fin de descartar determinados cursos no imputables, PUPPE refiere que debe determinarse qué elementos deben integrar el riesgo prohibido y qué relación debe existir entre estos elementos y la

[318] CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*: Ediciones Jurídicas Cuyo, Madrid, p. 52.

aparición del resultado para concluir que el riesgo se ha realizado en el resultado. Para ello, sostiene esta autora, que en un primer nivel de la imputación objetiva hay que determinar la relación fáctica que debe existir entre las características del comportamiento del autor y la aparición del resultado; esta relación solo puede ser una relación causal. En un segundo nivel hay que examinar por qué razones fácticas se califica, no obstante, un determinado curso causal como meramente fortuito y se rechaza, por tanto, como fundamento de la imputación; en otras palabras, cómo se diferencian fácticamente un curso causal fortuito de uno que no lo es[319]. Y agrega dicha autora, que es el curso causal sobre el que hay que decidir si cae dentro del fin de protección de la norma de cuidado o no. Caerá dentro del fin de protección si la obediencia de la norma es idónea en general para reducir la probabilidad de cursos causales de la clase presentada, lo cual constituye una afirmación empírico-estadística sobre el proceso causal realmente presentado. Si el lesionado participa en el proceso causal que le daña mediante el establecimiento de una causa del resultado, habrá que decidir si merece, aún con todo, seguir siendo protegido ante tal proceso lesivo o si, a causa de su participación en este, no necesita, ni merece tal protección. En este último caso se habla de la libre autopuesta en peligro responsable. La respuesta a esta cuestión no es una valoración del comportamiento de la víctima en sí, sino del proceso causal que vincula a ambos en el resultado[320].

En tal sentido, para que un resultado sea imputable es preciso que además de la relación de causalidad exista una *"relación de riesgo"*, es decir, que como consecuencia del riesgo creado por la conducta se produzca el resultado. Consecuentemente, no podrá imputarse la conducta si el resultado es consecuencia de la realización de otro riesgo distinto al creado por el comportamiento del autor. Se trata

[319] PUPPE, Ingeborg: *La imputación del resultado en el Derecho penal.* Trad. Percy García Cavero, Ara Editores, Lima, 2003, p. 27.

[320] PUPPE: *Ob. Cit.* p.32.

de supuestos en los que se lesiona el deber objetivo de cuidado –falta de diligencia debida- y se produce un resultado, pero este resultado no es fruto del riesgo contra el que la norma de cuidado intenta proteger. El juicio de la realización del riesgo en el resultado debe realizarse *ex post*[321].

En el caso de desviación de cursos causales estos son irrelevantes cuando la acción (tentativa) ha elevado de manera jurídicamente relevante el peligro del curso causal subsiguiente, el resultado es entonces una realización adecuada del peligro creado por la tentativa. Así en el caso de quien arroja al agua a otro, que no sabe nadar, desde un puente elevado para hacer que se ahogue, pero este muere al chocar con la base del puente; este peligro estaba unido, desde el principio con la caída desde el puente; el resultado no es casual, y por ello, pese al desvío causal, debe imputarse el resultado al autor como acción consumada de homicidio. El mismo criterio es aplicable al caso de aquel que quiere matar a otro con un hacha, pero este no muere por los hachazos, sino por la infección de las heridas causadas[322].

Debemos precisar que estos criterios provienen de la perspectiva moderada (Roxiniana) de la imputación objetiva, puesto que desde el funcionalismo sistémico, no se toman en cuenta a estos, pues, si bien Jakobs se refiere a la imputación del resultado en algún momento, no le da mayor importancia, al desarrollar su teoría de la imputación objetiva.

C. PRINCIPIO DE CONFIANZA

Determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo de una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo

---

[321] DE LA CUESTA AGUADO: *Ob. Cit.* p.86.

[322] ROXIN: *Ob. Cit.* p. 110.

dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos, en cuyo caso, no se podrá imputar la realización del tipo objetivo a quien actuó bajo dicho principio de confianza[323]. Por ejemplo, en una operación quirúrgica en la que participa un equipo de personas, médicos cirujanos, enfermeras, anestesistas, asistentes, etc.; cada uno de estos tiene un rol específico que cumplir, y todos esperan legítimamente que cada uno cumpla dicho rol, y si alguno de ellos lo incumpliera, esta situación no tiene por qué perjudicar a los demás que sí han cumplido su deber o rol; vg. si la enfermera encargada de esterilizar el instrumental médico no cumplió con tal obligación, y como consecuencia de ello se le ha contagiado VIH al paciente, solo se le podrá imputar el tipo objetivo a esta y no a los demás participantes en la operación que sí cumplieron con su deber o rol.

El principio de confianza como principio de la imputación objetiva tiene su fundamento en el principio de autoresponsabilidad, de tal forma que quien obra de acuerdo a su ámbito de competencia o conforme a sus atribuciones, tiene la garantía de no responder penalmente, ya que uno solo responde por su propio hecho y no por el de terceros. En ese sentido, el principio de confianza puede ser alegado como una garantía para eximir de responsabilidad penal a quien confío, dentro de los parámetros normales, en el cumplimiento de la norma por parte de los demás. En efecto, quien realiza un comportamiento

[323] "Las relaciones sociales encuentran un firme apoyo en la confianza. No se trata de una confianza individual, psicológica, sentimental sino, sino de una confianza mediada por lo social. Uno confía razonablemente en que los demás ciudadanos respetarán la norma. La confianza social fomenta la interrelación de los ciudadanos y, además, facilita el desenvolvimiento de la sociedad. Por ello la confianza precisa de la pluralidad de sujetos que participan en una actividad que implica la necesaria división de tareas. Conforme al principio de confianza quien cumple su rol y confía razonablemente en que los demás también van a cumplir queda exento de responsabilidad aunque haya, de alguna forma, coorganizado el ámbito del cual se ha derivado el riesgo". POLAINO NAVARRETE: *Ob. Cit.* p. 106.

riesgoso actúa confiando en que quienes participan con él, actuaran correctamente conforme a las reglas preexistentes[324].

La vigencia de este principio opera generalmente en situaciones en las que intervienen una pluralidad de sujetos y en las que existe una división jerarquizada de trabajo con lo cual se facilitan los contactos anónimos, permitiendo organizar una tarea común sin el temor de responder por hechos defectuosos ajenos[325].

En la actualidad la división del trabajo es un método que se utiliza en múltiples ámbitos de la vida, por ejemplo en el ámbito de la medicina, el desarrollo técnico y científico que se ha alcanzado ha conllevado a un alto grado de especialización, lo cual determina que la actuación médica se lleve a cabo mediante la división de trabajo entre varios sujetos que intervienen de manera sucesiva o simultánea asumiendo diversas tareas, ya sea en una relación de igualdad, de subordinación o de superioridad. Sin el principio de confianza dicho método de trabajo sería inviable, ya que los que intervienen en un trabajo en equipo no podrían exonerarse recíprocamente de responsabilidad y, por tanto, no podrían cumplir sus tareas propias con la diligencia necesaria[326].

---

[324] VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 327-328, refiere que quien realiza un comportamiento riesgoso, de manera lícita, actúa confiando que, quienes participan con él, van a actuar correctamente conforme a las reglas preexistentes; con lo cual se facilitan los contactos anónimos, permitiendo organizar una tarea común sin el temor de responder por hechos defectuosos ajenos.

[325] VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* pp. 327 y 328.

[326] PUPPE, Ingerborg: *División del Trabajo y de la Responsabilidad en la Actuación Médica.* En Revista para el Análisis del Derecho (INDRET - http://www.indret.com/es/index.php-), Barcelona, N° 04, 2006. p. 3, a modo de ejemplo se pregunta ¿Qué ganaría el cirujano que tiene a su lado a un anestesista que se encarga de la anestesia, si en todo momento debe contar con que el anestesista cometa un error y deba prepararse para ello? ¿Cómo va a poder el anestesista concentrarse en su tarea de supervisar la anestesia, si tiene que vigilar al tiempo que el cirujano no olvide una gasa en la barriga del paciente?

Bajo este contexto, el principio de confianza como un instituto dogmático de la imputación objetiva, permite seleccionar las conductas peligrosas de terceros o de la víctima, que deberán ser abarcadas por el deber objetivo de cuidado. Dicho principio se configura como una forma particular de concreción del riesgo permitido, con el cual se trata de determinar si en el desarrollo de una actividad peligrosa (permitida) existe la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que intervienen en la misma (superándose el riesgo permitido en caso de no hacerlo) o se puede confiar, en cambio, en que esos otros sujetos se comportaran adecuadamente[327].

Finalmente, debe tenerse presente que este principio admite restricciones:

i) Solo puede confiar quien se ha comportado correctamente

Quien se comporta infringiendo su deber de cuidado no puede confiar en que los demás respeten los propios. En ese sentido quienes mediante un comportamiento descuidado han realizado una aportación necesaria para un daño, no pueden exonerarse recíprocamente alegando, cada uno de ellos, que habían confiado en que los demás iban a respetar sus deberes de cuidado; así por ejemplo, el cirujano que después de cocer una herida deja olvidada una pinza arterial en la zona operada, no puede alegar exoneración de responsabilidad aduciendo que podía confiar en un correcto cuidado del médico encar-

---

En ese mismo sentido REYES ALVARADO, Yesid: *Imputación Objetiva.* Temis, Bogotá, 1996, p. 142, refiere que si no existiera este principio, actividades como el tráfico automotor sería inviable, ya que en cada esquina deberíamos contar con la posibilidad de que los demás conductores no respetarán las reglas de tránsito y que los transeúntes cruzarán imprudentemente las calles, lo cual obligaría a que la conducción de vehículos se realice a una mínima velocidad, con lo cual la utilidad del tráfico automotor habría desaparecido por completo.

[327] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 76.

gado del tratamiento posterior[328]. Como bien señala FEIJOO si alguien se comporta descuidadamente ya no puede decir que su injusto depende exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero, esa persona ya está realizando un comportamiento antijurídico, independientemente de que concurra con una conducta defectuosa de otra persona; en definitiva, quien infringe una norma de cuidado no puede esperar que terceros arreglen la situación que él ha creado, vg. el superior, en un supuesto de trabajo en equipo, que no proporciona a sus subordinados los medios necesarios para que se realice el trabajo en forma cuidadosa ya está infringiendo su deber de cuidado, independientemente de que sus subordinados incurran en una "imprudencia por asunción"[329].

Lo señalado no debe significar que al sujeto que actúa imprudentemente se le deba imputar cualquier resultado lesivo condicionado de alguna manera por su conducta incorrecta, ya que ello implicaría la imputación de resultados que no están relacionados con la infracción de la norma de cuidado. En efecto, en los casos en los que se entrecruzan diversas conductas imprudentes ya no se trata de determinar el deber de cuidado, pues la infracción del deber de cuidado ya existe, sino de establecer si ese resultado es realmente la concreción del riesgo creado imprudentemente[330].

ii) El principio de confianza carece de validez respecto de terceros incapaces o inimputables

El principio de confianza solo opera ante personas libres y responsables, ya que ante los inimputables no existe la expectativa garantizada jurídicamente de que van a respetar las

---

[328] PUPPE: *Ob. Cit.* p. 4.

[329] FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José: *Imputación Objetiva en el Derecho Penal.* Grijley, Lima, 2002, p. 310.

[330] CORCOY BIDASOLO: *Ob. Cit.* p. 318; FEIJOO: *Ob. Cit.* p. 311.

normas de conducta, en ese sentido, este principio no opera cuando el sujeto garante interactúa con otra persona que no tiene capacidad para ser responsable (no se puede confiar que un menor de edad o un minusválido psíquico se comporte adecuadamente).

Conforme señala FEIJOO cuando se entra en contacto con personas que por su incapacidad pueden resultar lesionadas o se encuentran en una situación más peligrosa de lo normal, se tiene que configurar la conducta, no solamente de acuerdo a las reglas generales de cuidado, sino buscando la exclusión de toda probabilidad de lesión, lo cual en ciertos casos determinará la suspensión temporal de la actividad riesgosa[331].

En estos casos operaría un "principio de defensa" opuesto al de confianza. Según el principio de defensa el interviniente en el tráfico está obligado a prevenir el comportamiento defectuoso de los demás, sobre todo, en el caso de niños, ancianos y minusválidos[332].

Un tratamiento similar se puede observar en aquellos casos de personas imputables que, en una situación concreta, evidencian una incapacidad para protegerse, vg.,una persona que se encuentra en estado de embriaguez o drogadicción, o para prestar una diligencia mínima, vg., el médico no puede delegar al paciente o a la madre la administración de un medicamente o de un tratamiento si aprecia su incapacidad para desempeñar dicha función, en todo caso, debe tener mayor cuidado con las instrucciones que imparte a la enfermera cuando sabe que esta tiene problemas auditivos o que da muestras de agotamiento o de stress por el trabajo[333].

---

[331] *Ob. Cit.* p. 321.

[332] CORCOY BIDASOLO: *Ob. Cit.* p. 319.

[333] FEIJOO: *Ob. Cit.* p. 320-325, señala que si al menos se duda que el otro profesional con el que se trabaja o en el que se delega funciones carecen

ii) No se puede confiar cuando se evidencia el comportamiento antijurídico de un tercero

El principio de confianza decae cuando existen motivos objetivos concretos (sólidos y concluyentes) para sospechar de un comportamiento antijurídico de un tercero[334], por ejemplo no se puede confiar en el amigo, superficialmente ebrio, que solicita prestado un carro para ir a su casa; tampoco la enfermera que recibe una instrucción distinta a la habitual cuando observa que el médico se encuentra en evidente estado de drogadicción.

iv) No se puede confiar cuando existen deberes de cuidado especiales de evitación de conductas antijurídicas o cuando existe el deber de compensar la conducta incorrecta del tercero

Existe el deber de evitar la conducta incorrecta o antijurídica de un tercero cuando el sujeto tenía asignada dicha tarea. Generalmente en las relaciones jerárquicas o verticales de trabajo, el superior ostenta, de acuerdo a su poder de decisión o dirección, mayores deberes de cuidado que le obligan a prestar mayor atención a la posible conducta incorrecta de sus subordinados. Estos deberes son de dos clases: *a)deberes de selección, instrucción o coordinación,* de acuerdo a los cuales el superior que selecciona a las personas que van a formar parte de una determinada actividad, debe procurar que cuenten con la formación y capacidad técnica para realizar las tareas que se le van a asignar, de ese modo si el sujeto no comprueba

---

de la cualificación o preparación mínimas que exige su posición social o profesión, debe adoptar las medidas adicionales que lleguen a suspender el trabajo, ya que no se pueden delegar funciones sin ningún tipo de control en aquellas personas que no han demostrado estar en capacidad de cumplirlas, lo cual implica la verificación de los conocimientos o capacidades de los colaboradores antes de encomendarles tareas que puedan resultar peligrosas para bienes jurídicos de terceras personas.

[334] FEIJOO: *Ob. Cit.* p. 313.

esa capacidad no podrá apelar al principio de confianza y será responsable de los resultados lesivos que se puedan ocasionar[335]; de igual modo, se requiere que el personal que va a realizar un trabajo peligroso o riesgoso reciba la instrucción y la coordinación necesaria conforme a los estándares exigidos a fin de garantizar que la actividad resulte segura, si ello no es así, tampoco se podrá apelar a este principio de confianza por los resultados dañosos que se puedan suscitar; *b)deberes de vigilancia, control o supervisión,* en base a los cuales la persona que realiza dichas tareas no puede partir en su trabajo, de la confianza en que todas las personas respetan escrupulosamente las normas. En ese sentido, el sujeto solo podrá confiar cuando haya realizado todos los controles oportunos; salvo que tenga el deber de controlar completamente la conducta del tercero, vg. del médico de guardia respecto de los estudiantes en prácticas, en cuyo caso no podrá servirse del principio de confianza.

El otro deber existente es el de *compensar la conducta incorrecta del tercero* de acuerdo al cual, en las relaciones horizontales de trabajo, los sujetos deben compensar los riesgos que pueda generar la conducta incorrecta del tercero, vg., el enfermero que tiene la obligación de contar los instrumentos utilizados durante la operación para asegurarse que no se ha dejado olvidado alguno dentro del cuerpo del paciente.

D. PROHIBICIÓN DE REGRESO

La prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes así como para dolosos, con base en criterios objetivo-

[335] En ese sentido el Tribunal Supremo Español en la sentencia del 30 de enero de 1967 afirmó la existencia de una conducta imprudente del director de una clínica que contrató a una mujer que dijo ser enfermera, sin tratar de constatar tal situación, y sin comprobar la pericia de la supuesta enfermera, lo cual exigía tomar precauciones excepcionales. Ver FEIJOO: *Ob. Cit.* p. 94., cita Nº 32.

normativos. Resulta aplicable cuando una primera persona realiza un acto que favorece la comisión de un delito; no obstante, dicho acto se encuentra dentro de su rol. Esto es, al acto conforme al rol, otro sujeto le añade un contenido delictivo, y por ello, con los criterios tradicionales se le podría considerar como partícipe del delito; sin embargo, por la prohibición de regreso se excluye de la imputación penal a la primera persona, por no haber infringido el rol que le competía. Pues la persona que cumple su rol no puede cargar con el peso de la ilicitud realizada por otro[336].

La prohibición de regreso tiene como consecuencia inmediata afirmar la *neutralidad de la conducta,* esto es, quitarle toda relevancia penal al considerarla inocua, estándar, estereotipada, cotidiana, inofensiva o conducta adecuada al libre ejercicio de un oficio o un actividad cotidiana. Ejemplo típico de aplicación de este principio es el caso del *taxista* que traslada a una persona hacia el lugar donde esta última va a cometer un robo, sin tener otra contribución al hecho que la realización de la carrera (servicio de taxi); el taxista no responderá del robo, aun cuando tenga conocimiento de que en efecto, su pasajero iba a robar, puesto que actúa sin infringir el rol que le compete como taxista.

Por la prohibición de regreso se aplican los criterios de imputación objetiva a la teoría de la participación; con ella se satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, con base a criterios objetivo-normativos sustentados en la conocida frase "no todo es de todos". JAKOBS presenta a la prohibición de regreso como el reverso de la participación punible, así como el criterio que configura los límites de responsabilidad y de la posición de garantía[337].

---

[336] Al respecto, ver: CARO JOHN, José Antonio: Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso. En Caro John: *Normativismo e Imputación Jurídico-Penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista.* Ara Editores, Lima, 2010, pp. 89 y ss.

[337] PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ: *Ob. Cit.* p. 91

La prohibición de regreso configura el ámbito de intervención no delictiva en el suceso; pues, se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece a este delito en su significado objetivo; es decir, que puede ser 'distanciado' de él[338]. Esto es, la prohibición de regreso resulta aplicable cuando una primera persona realiza un acto que favorece la comisión de un delito, no obstante, dicho acto se encuentra dentro de su rol. Es decir, al acto conforme al rol, otro sujeto le añade un contenido delictivo, y por ello, con los criterios tradicionales se le podría considerar como partícipe del delito; sin embargo, por la prohibición de regreso se excluye de la imputación penal a la primera persona por no haber infringido el rol que le competía.

La teoría de la prohibición de regreso permite descartar del ámbito de complicidad los casos de contribuciones que se encuentran dentro del ámbito del riesgo permitido, así como aquellas a las cuales un tercero le adiciona un contenido delictivo, siempre que la contribución constituya una conducta socialmente adecuada, estereotipadamente inocua, cotidiana, neutral o banal. Por ejemplo, la muerte de la cónyuge ocasionada por el marido no se le puede imputar, a título de participación, a quien lo ha inducido para que vuelva pronto a casa a fin de que sorprenda a su mujer con el amante, por más que tenga conocimiento de la posible reacción del cónyuge homicida; tampoco se le puede imputar, bajo el título de inducción, la muerte de la cónyuge, a quien recomienda al marido despechado una obra sobre las técnicas para cometer un crimen perfecto; de igual modo, no son imputables las muertes de los presuntos violadores causados por el hermano de la víctima, al periodista o a la autoridad policial que los identificó como posibles autores; tampoco son imputables los asesinatos efectuados por un ex recluso, al Juez que se limitó a cumplir con sus obligaciones y

[338] PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ: *Ob. Cit.* p. 92.

concederle un beneficio penitenciario; igualmente, no son imputables las muertes de los estudiantes a aquel que solo se limitó a vender al homicida los instrumentos que fueron utilizados para el asesinato como veneno, mordazas, pan, destornillador, aun cuando el vendedor hubiese sabido o hubiese podido saber que dichos instrumentos iban a ser empleados en el asesinato[339].

En ese sentido, en el famoso Caso Vinader[340], las publicaciones que efectuó el periodista Francisco Javier Vinader en los números 188 y 189 de la revista *Interviú* -en las que se daba toda clase de detalles, incluyendo fotografías de personas, al parecer de ideología ultraderechista, dedicadas supuestamente a ejercer diversas actividades violentas Anti-Eta-, en un sentido objetivo, no podían ser consideradas como un favorecimiento o inducción a la comisión de los asesinatos de algunas de las personas que fueron mencionadas en las citadas publicaciones efectuados por miembros desconocidos de ETA, ya que el mencionado periodista se limitó al ejercicio propio de su profesión u oficio. Distinto hubiese sido si se demostraba que el citado periodista facilitó esa información directamente a la organización terrorista al margen de la publicación realizada, ya que este hecho tendría un contenido inequívocamente delictivo y sentido de participación en los asesinatos posteriores[341].

El favorecimiento adquiere el sentido objetivo de cooperación o complicidad cuando el autor ha dado comienzo a la ejecución del delito o ya ha realizado el delito que le sirve para cometer otro, de este modo, si alguien llega a una tienda arrastrando violentamente a un

---

[339] Aunque la conducta del vendedor podría encuadrarse en el delito de omisión de auxilio tipificado en el Art. 127 del Código Penal.

[340] En este caso el periodista Francisco Javier Vinader fue condenado en España el 17 de noviembre del 1987, por la sección primera de la Audiencia Nacional por el delito de homicidio imprudente a la pena de siete años de prisión mayor, declarando probado que los asesinatos que se produjeron fueron consecuencia directa e inmediata de la publicidad dada a unos hechos que el citado periodista efectuó en un publicación periodística.

[341] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 78.

sujeto y solicita la venta de un cuchillo, la entrega del cuchillo pierde todo sentido que no sea el de facilitar un delito[342]; igualmente, rebasa el riesgo permitido la contribución inherente a un desarrollo delictivo posterior como por ejemplo la venta de un arma sin seguir el procedimiento reglamentariamente establecido; o las acciones que de acuerdo al contexto o circunstancias concretas, la superación del riesgo permitido se hace evidente, como por ejemplo cuando se entrega un revólver o un cuchillo a quien participa o se dispone a participar en una reyerta.

A diferencia del principio de confianza, que entra en escenario como límite de la imputación cuando un comportamiento reúne los requisitos objetivos de un tipo penal, en la prohibición de regreso nos ubicamos en un momento previo al que un tercero adiciona al comportamiento inocuo de otro, un contenido delictivo; por esa razón los conocimientos especiales hacen desaparecer el principio de confianza pero no determinan la imputación objetiva del tipo al primer interviniente.

E. AMBITO DE COMPETENCIA DE LA VÍCTIMA. ACTUACIÓN A PROPIO RIESGO

Mediante esta institución se niega relevancia penal a la actuación de un tercero que participó en una acción lesiva o riesgosa realizada por la propia víctima. Esto es, la víctima es la que ha generado el riesgo para sus propios bienes jurídicos. Se trata de una autopuesta en peligro. La exclusión del tercero se fundamenta en el hecho de que en un Estado de Derecho, las personas tienen el derecho de actuar libremente, pero como contrapartida deben asumir las consecuencias de sus acciones; esto es, se fundamenta en el sinalagma libertad de comportamiento-responsabilidad por las consecuencias[343]. En tal sentido, en el presente caso, será la propia víctima quien asuma las

[342] FEIJOO: *Ob. Cit.* p. 400.

[343] La libertad de actuación tiene como contrapartida siempre la responsabilidad por las consecuencias y esa libertad es tal que incluso se le reconoce un ámbito en el que, en el ejercicio de su libertad, puede resultar autolesionado.

consecuencias, pues esta es la primera llamada a proteger sus bienes jurídicos, y no puede descargar en otra persona tal obligación.

Claro que la víctima debe ser quien realice la acción determinante (no una simple acción de contribución secundaria), de lo contrario no se podrá liberar al tercero. En tal sentido, en el caso del ciclista que conduce ebrio (que habitualmente se pone como ejemplo) y ante una maniobra imprudente del conductor del camión muere arrollado por las llantas posteriores; siempre es posible que la conducta conforme a derecho hubiera evitado la muerte del ciclista, por lo que de todos modos la infracción del riesgo permitido ha elevado la oportunidad del accidente de manera jurídicamente relevante[344], y por tanto, se le podrá imputar el tipo. Debiendo precisarse, eso sí, que el tercero quedará desvinculado, aun cuando haya actuado dolosamente, si la contribución de la víctima resulta fundamental para la realización del delito o la producción del resultado.

La libertad de organización sin invadir las esferas de administración y actuación de los demás, la imagen de un sujeto autónomo y, en esa medida, responsable (lo que en Derecho penal moderno se conoce como 'autorresponsabilidad') es el fundamento para que en sede de imputación objetiva se considere el criterio de las acciones a propio riesgo o de imputación a la víctima como excluyente de la responsabilidad de terceros. En estos casos el riesgo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima, de manera que cuando esta intervenga junto con un tercero en la actividad generadora del riesgo, el tercero no responderá. El competente será la propia víctima[345]. Esto es, se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección.

---

[344] ROXIN: *Ob. Cit.* p. 120.

[345] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge Fernando: *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs.* Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia N° 5, año 2007, p. 50.

Pueden presentarse casos en que la víctima configura objetivamente el hecho, pero su voluntad ha sido anulada por un tercero, en cuyo caso se podrá imputar objetivamente la realización del tipo a dicho tercero, sin embargo, dicho tercero no responderá por resultados imprevisibles; pues, lo imprevisible no es imputable[346].

Para la determinación de la competencia de la víctima se requieren de tres requisitos: a) actuación conjunta de víctima y tercero; b) actuación libre de la víctima; y, c) el tercero no deben ser garante de los bienes jurídicos de la víctima.

En conclusión, conforme a los criterios de imputación objetiva, solo podrá imputarse objetivamente el tipo penal (y sostener la responsabilidad del agente), cuando además de los criterios propios del análisis del delito y específicamente del tipo objetivo (desarrollados en el punto anterior), cuando el agente cause un riesgo no permitido o prohibido y este riesgo se concrete en un resultado, el mismo que debe recaer dentro del ámbito de protección de la norma infringida. Asimismo, cuando no resulten aplicables los principios de confianza, de prohibición de regreso y la actuación a propio riesgo de la víctima o autopuesta en peligro.

2.2.3. PUNIBILIDAD Y EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD

Ahora bien, el hecho de que se haya determinado la existencia de un delito, esto es, la *conducta típica, antijurídica y culpable,* o de haberse acreditado la responsabilidad penal del agente del delito (al decir de ROXIN), no implica necesariamente que sobrevendrá la punición, puesto que existen otras categorías que se interponen entre la responsabilidad penal y la punibilidad, como son las *condiciones objetiva de punibilidad o las excusas absolutorias* que en forma específica pueden considerarse en un tipo penal concreto, o también pueden presentarse supuestos de exención general de pena como la prevista en el artículo 68° del Código Penal peruano.

---

[346] POLAINO NAVARRETE: *Ob. Cit.* p. 105.

En un Derecho penal preventivo (de la culpabilidad), el problema no es ya la justificación de la imputación en sí misma, ni la legitimación del Estado para imponer el castigo, sino las condiciones, requisitos y formas que hacen posible la imputación y, en consecuencia el castigo[347]. Esto es, para la aplicación de la pena se precisa de la verificación del injusto penal y de la culpabilidad, o la *responsabilidad penal* de su autor o partícipe; pues como refiere MIR PUIG: "La infracción personal de una norma primaria de determinación permite imputar la antijuridicidad penal a su autor, pero ello no basta para considerar adecuada la imposición al mismo de una *pena*. Esta no recae directamente sobre el hecho, sino sobre su autor, de modo que para que resulte legítima no basta un hecho penalmente antijurídico y concretamente antinormativo, sino que es preciso que su autor aparezca como un *sujeto idóneo* para responder penalmente. He aquí el significado de la responsabilidad penal del sujeto como último presupuesto de un hecho punible a su autor"[348]. Ello nos lleva a precisar la justificación y concreción de la punibilidad que hacen posible su aplicación al caso específico.

La *"punibilidad"* es concebida como posibilidad legal (abstracta) de referencia y aplicación de la pena, constituye una necesidad lógica para la definición del delito[349]. En cambio, hablar de conducta penada, implica que esa posibilidad legal de pena, ya se ha concretado en la imposición de dicha pena al agente del delito. Ello nos lleva a distinguir tres conceptos que comúnmente son considerados equivalentes y que sin embargo son distintos: punibilidad, penalidad y pena.

---

[347] MUÑOZ CONDE, Francisco y DÍAZ PITA, María del Mar: En Prólogo a la traducción del libro de HASSEMER, Winfried: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal.* Temis, Bogotá, 1999, p. VII.

[348] MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte General.* Cuarta Edición, Tecnofoto S.L., Barcelona, 1996. p 541.

[349] COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho Penal. Parte general.* 4° Edición, Tirant lo Blanch, Valencia p. 859

"La *punibilidad,* por la misma contextura de la palabra que la denomina, no puede consistir sino en la aptitud para ser penado, o, dicho de otro modo menos general y vago, la cualidad de un acto que lo hace susceptible de ser sancionado penalmente, o todavía con más propiedad, la nota característica inherente al concepto de delito según la cual puede ser sancionado con el particular tipo o especie de sanción jurídica que es la pena" (...). Por *Penalidad* se debe entender la amenaza penal, esto es la amenaza abstracta con la que cada hipótesis delictiva se halla conminada en la ley y que se aplicará y hará efectiva concretamente en y para cada caso particular en que la hipótesis se actualice, pasando de ser un mero supuesto legal a ser una realidad humana y social". (...) "La *Pena,* por último es algo más concreto, absolutamente concreto; no la amenaza que la ley designa y con la que la ley conmina en abstracto para la hipótesis de una determinada especie delictiva, sino su actualización y concreción, mediante el proceso de su individualización, en una posibilidad y magnitud incluida en aquella que el Juez precisa e impone por una ocurrencia delictuosa particularizada y que el condenado debe cumplir"[350]. En este sentido, para la imposición de la pena (concreción de la punibilidad) es necesario acreditar el injusto y la responsabilidad penal, y en algunos casos, constatar la presencia de ciertas circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable, a las mismas que se conoce como *condiciones objetivas de punibilidad,* asimismo, se requiere la constatación de la ausencia de las llamadas *excusas absolutorias.*

Esto implica: que en *primer lugar* debe constatarse que efectivamente se ha materializado el *hecho* con todos los elementos objetivos previstos en la norma penal (para cuyo propósito se deberán tener en cuenta, en los casos que corresponda, los criterios de imputación objetiva, o los criterios de adecuación social de la conducta, toda vez

[350] DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel: *Hacia una Nueva Concepción de la Pena.* Grijley, Lima, 1995. pp. 39, 44 y 45.

que en ciertos supuestos es necesario descartar la afirmación de casos aparentemente típicos que razonablemente deben excluirse desde el principio por carecer de relevancia jurídico-penal). Asimismo, se deberá acreditar la tipicidad subjetiva a través de los criterios de imputación subjetiva (determinación del dolo o la imprudencia, y eventualmente algún otro elemento subjetivo que exija el tipo penal concreto).

En *segundo lugar,* deberá de precisarse si la conducta configurativa del tipo penal es *antijurídica,* es decir, que es contraria al ordenamiento jurídico; ya que si bien es cierto que la tipicidad penal resulta indiciaria de la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, puede presentarse alguna causal de justificación, en cuyo caso la conducta típica estará justificada y por tanto no resultará contraria al ordenamiento jurídico. Y claro, para determinar la antijuricidad debemos tener en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto, no únicamente la normatividad penal, pues la justificación de la conducta típica (o alguno de sus elementos) puede encontrarse en una rama jurídica distinta del Derecho penal[351]. Si acreditamos la existencia de una conducta típica, y antijurídica, estaremos frente a un *injusto penal.*

El injusto penal no basta para concretar la imputación penal contra el agente de la conducta, y menos para concretar la punibilidad, para ello es necesario, en *tercer lugar,* determinar *la culpabilidad* del agente. O si se asume el criterio de ROXIN, es necesario verificar la *responsabilidad penal* al agente; la misma que como ya se he indicado, requiere, además de la *culpabilidad* del sujeto, la *necesidad preventiva de pena* (en determinados casos como el *exceso en la legítima*

[351] En este sentido, se descartan los criterios que sostienen que para la determinación de la antijuricidad de la conducta, se debe tener en cuenta únicamente las normas penales, dada la propia finalidad del derecho penal y de la pena. Pues no se puede sostener que una conducta, pueda estar prohibida por una rama del derecho y permitida por otra (justificada) lo cual resultaría ser un contrasentido, al contrario se debe tener presente que lo que rige en la sociedad es el ordenamiento jurídico en general y no únicamente una determinada disciplina jurídica.

*defensa).*Acreditadas la tipicidad de la conducta, su antijuricidad y la culpabilidad (o responsabilidad penal) del agente, podremos decir que formalmente se ha acreditado la comisión del delito; esto es que estamos ante una conducta típica, antijurídica y culpable, sin incluir en su estructura a la punibilidad[352].

Sin embargo, acreditada la comisión del delito no necesariamente sobreviene la punibilidad, porque la conducta puede estar sujeta a alguna *excusa absolutoria,* o a una *condición objetiva de punibilidad,* casos en los cuales, aun cuando nos encontramos ante un delito, no es posible imponer la pena, porque la propia ley (u ordenamiento jurídico) ha excluido tal posibilidad; asimismo, pudiera darse el caso que nos encontremos ante supuestos de *exención de pena.* O inclusive ante supuestos de *condicionamiento de pena,* en los cuales, si bien estamos ante un delito y la ley no excluye la posibilidad de la punición, queda a la discrecionalidad del juzgador imponer o no la pena, o en todo caso, imponerla pero suspendida en su ejecución, lo que en la práctica tiene los mismos efectos que la no imposición de la pena.

En general, si nos encontramos ante una acción típica, antijurídica y culpable y la norma no ha previsto supuestos de excusas absolutorias o condiciones objetivas de punibilidad, y no estamos ante los demás supuestos de exclusión de la pena o de inejecución de la misma, concluiremos que nos encontramos ante un supuesto frente al cual se afirma la punibilidad y por tanto es posible la imposición y ejecución de la pena prevista en la norma para el hecho típico correspondiente. Esto es, que se ha cumplido con los presupuestos o condiciones para la aplicación de la pena.

---

[352] Sin embargo también debemos tener en cuenta que al respecto existen criterios que consideran que no es concebible un delito que no sea antijurídico al igual que tampoco es posible un delito que no sea punible. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel: *Ob. Cit.* p. 39.

A. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

La excusa absolutoria es el "perdón" de la pena realizado por la propia ley al agente del delito (conducta típica antijurídica y culpable) por razones de política criminal y de conveniencia social; puesto que, tanto en términos individuales, así como sociales, perdonar la pena resulta más conveniente que imponerla[353]. Por la excusa absolutoria, el propio ordenamiento jurídico libera de la carga de sufrir la pena al agente delictivo; pues se asume que la pena no cumpliría ninguna finalidad, por lo que es preferible no imponerla.

Estos supuestos se presentan por ejemplo cuando entre el agente de la conducta y el titular del bien jurídico afectado existe una especial vinculación reconocida por el derecho, sea de parentesco, convivencia o dependencia, como en el caso de las excusas previstas por el artículo 208° del Código Penal, referidas a hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños entre parientes; o también cuando el agente del delito, enerva los efectos dañosos de su conducta con una acción posterior, como el caso del delito de libramiento indebido, en que el girador o endosante del cheque paga el monto del mismo, dentro de los tres días subsiguientes al requerimiento (artículo 215° del Código Penal); asimismo también se perdona la pena en los casos de los delitos de encubrimiento personal y real previstos en los artículos 404° y 405° del Código Penal, de conformidad con el artículo 406° del mismo cuerpo legal, en cuyos casos, se asume que no es razonable sancionar conductas motivadas por sentimientos nobles como el amor paternal, maternal, filial, fraternal, etc., conductas que antes que sancionarlas

---

[353] "Y puesto que la punibilidad señala en el delito la conveniencia pública de sancionarlo penalmente, y la pena se impone por la misma razón como su genuina consecuencia jurídica, el principio generador de las excusas absolutorias ha de consistir en una razón también de conveniencia social, *utilitatis causa,* que aconseja antes limitar la acción de la ley penal ante ciertas situaciones, que descargar sobre ellas su peso y consecuencias, por seguirse de tal limitación más beneficio o provecho para la comunidad que la de su punición". RIVA COBA Y RIVA COBA, Manuel: Ob. Cit. p. 43.

se busca estimularlas; igualmente, en el caso del artículo 351° del CP, referido a la exención de pena para los rebeldes (en el delito de rebelión), sediciosos (en el delito de sedición) o amotinados (en el delito de motín), si es que se someten a la autoridad legítima o se disuelven antes de que esta les haga intimaciones, o lo hacen a consecuencia de ellas, sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden; en estos casos, las razones son de conveniencia político social. De igual modo, en el caso de la llamada *"exceptio veritatis"* prevista en el artículo 134° del Código Penal, respecto a la exención de pena en los casos de ofensas contra el honor cuando se prueba que el hecho, cualidad o conducta atribuida al ofendido, resulta ser cierta; así como también el supuesto previsto en la segunda parte del artículo 137° del Código Penal, referido a la injuria verbal provocada por ofensas personales; y, finalmente en los casos previstos en el artículo 18° del Código Penal, relativos al desistimiento voluntario y de arrepentimiento activo.

La excusa absolutoria sin embargo, al eximir al agente únicamente de la pena, deja subsistente la responsabilidad civil[354] y las otras consecuencia, como el decomiso, las medidas aplicables a las personas jurídicas, las costas procesales, etc., las mismas que deberán determinarse, en el mismo proceso, si es que este hubiese empezado, o en la vía correspondiente si no se inició el proceso penal o fenece este sin haber llegado a la emisión de resolución definitiva. Obviamente, la multa, la inhabilitación u otras penas distintas a la privativa de libertad, también quedan perdonadas con la excusa absolutoria. No obstante, en el caso de la inhabilitación o la multa, si fuera el caso, podrá imponerse como sanción administrativa, en la vía correspondiente, cuando ello fuera posible y necesario; esto sobre todo, para los casos de rebelión, sedición o motín, en los cuales puede participar un

[354] En el mismo sentido PRADO SALDARRIAGA, con cita de BRAMONT ARIAS Y BRAMONT ARIAS TORRES y MORILLAS CUEVA: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú.* Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 292.

funcionario o servidor público, y otros agentes portadores de deberes especiales infringidos con la realización del tipo penal.

Muchas veces se confunde condición o requisito de procedibilidad con la excusa absolutoria; por ello es necesario precisar que la primera únicamente constituye un presupuesto que previamente al ejercicio de la acción penal debe cumplirse, tal es el caso (entre otros), del informe técnico de la Superintendencia de Banca y Seguros respecto a las denuncias formuladas contra representantes de empresas del Sistema Financiero y de Seguros por la presunta comisión de un delito en ejercicio de sus funciones o labores al interior de dichas empresas; por el contrario, la excusa absolutoria, implica una *exención de pena* o exclusión de punibilidad,es decir, el agente del delito no será sujeto de pena, por lo que tampoco se podrá iniciar un proceso penal si es que la excusa absolutoria está debidamente determinada desde antes de iniciarse la acción penal.

En los casos en que no se cumple con el requisito de procedibilidad, será rechazada la pretensión del recurrente, pero una vez cumplido este requisito, se podrá válidamente iniciar el proceso penal, el mismo que podrá terminar en una sentencia condenatoria en contra del procesado de ser el caso. Por el contrario, si nos encontramos ante la presencia de una excusa absolutoria, la acción penal no podrá viabilizarse de ninguna manera; pues, si bien es cierto que nos encontramos ante la existencia de un delito, el propio ordenamiento jurídico ha eximido de pena al agente del mismo. La excusa absolutoria, incide directamente en la responsabilidad penal del agente, y no queda a la discrecionalidad del Juez, como los casos de exención de pena previstos por el artículo 68° del Código Penal o los casos de suspensión de la ejecución de la pena o de reserva de fallo condenatorio.

B. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Respecto a las *condiciones objetivas de punibilidad*, en nuestro medio existe total confusión, no habiéndose llegado a esbozar un criterio definido para su conceptualización y determinación, por el contrario,

en muchos casos, confundiendo totalmente su naturaleza jurídica, se ha considerado como condición objetiva de punibilidad, a elementos objetivos del tipo penal; esto ha sucedido fundamentalmente en los delitos de falsificación de documentos, en cuyo caso se ha sostenido que la punibilidad de la conducta está condicionada a que "... el documento apócrifo pueda perjudicar intereses de terceros (...). En consecuencia, ingresa un elemento de punibilidad ajeno a su configuración típica que condiciona el merecimiento y la necesidad de la sanción punitiva..."[355]. Esto es, se ha considerado como condición objetiva de punibilidad a la "idoneidad o potencialidad" del documento falso o falsificado, para causar daño a terceros. De otro lado, en no pocas ejecutorias supremas, en este mismo delito, se ha considerado como supuestos de condición objetiva de punibilidad, a la causación efectiva del perjuicio, es decir, a la utilización del documento concretando su potencialidad perjudicial, descartando la punibilidad de la conducta cuando el perjuicio no se había concretado. Estos criterios obviamente son incorrectos, en el primer caso, porque contrariamente a lo que aduce el autor, la "idoneidad o potencialidad" del documento para causar perjuicio, es una cualidad del objeto producido por la acción típica, la misma que está comprendida en la configuración típica como un elemento del tipo y no es ningún condicionante de la punibilidad. En el segundo caso, porque al tratarse de un tipo penal de peligro, el resultado dañoso no es considerado ni para la consumación del delito ni mucho menos para la punibilidad.

También en nuestro medio muchos han considerado (sobre todo a nivel de la jurisprudencia) como condición objetiva de punibilidad a la *afectación definitiva de la función o servicio* a los cuales estaban destinados determinados fondos públicos en el delito de *malversación de fondos públicos,* previsto en el 389° del Código Penal. Sin embargo, es de apreciarse, que al igual que el perjuicio, en los delitos contra la

[355] PEÑA-CABRERA FREYRE: *Derecho Penal Peruano.* Rodhas, Lima, 2004, p. 435.

fe pública, esta afectación definitiva también constituye un elemento objetivo del tipo penal, como claramente lo establece el referido artículo; pues, al referir "... *da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente a aquella a la que están destinados, afectando el servicio o función encomendada ...*"; descarta como acciones típicas a las conductas que no afectan de modo definitivo tal servicio o función encomendada; en consecuencia, si no estamos ante dicha afectación no se habrá configurado el tipo penal. Por tanto, esta afectación definitiva es parte configurativa del tipo penal y no una condición de punición; consecuentemente, en este delito no se ha previsto condición objetiva de punibilidad alguna.

La doctrina entiende por *condiciones objetivas de punibilidad* a: "Las circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad. Entre ellas se cuentan ante todo determinados resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se refieran el dolo y la imprudencia del autor. (...). Se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena"[356]. "Son circunstancias que se encuentran en relación directa con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo del injusto ni al de la culpabilidad"[357]. "Se trata de elementos que presuponen un comportamiento típico antijurídico y culpable y que tienen la misión de restringir la punibilidad (...) expresan la necesidad de pena, que debe añadirse al merecimiento de pena para que la conducta prohibida pueda ser efectivamente castigada (...). Son, en definitiva, circunstancias adicionales que operan como factores excepcionalmente agregados a los elementos objetivos y subjetivos de imputación"[358].

---

[356] ROXIN, Claus: *Ob. Cit.*, pp. 970 y 977.

[357] JESCHECK y WEIGEND, *Ob. Cit.* d 53, I, 1.

[358] MARTÍNEZ PEREZ, Carlos: *Las condiciones objetivas de punibilidad.* Edersa, Madrid, 1989, p. 108.

Sin embargo, también existen posiciones que las ubican dentro del tipo: "Las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo penal porque condicionan su objetiva relevancia penal -a diferencia de lo que sucede con las llamadas "excusas absolutorias" que tienen el carácter de causas personales de exclusión o levantamiento de la pena y no empecen, por ello, el significado penal del hecho sino solo la posibilidad de castigar a ciertos sujetos por su realización"[359].

Por nuestra parte, creemos que para definir o tener una idea clara sobre la *condición objetiva de punibilidad,* debemos utilizar el concepto general de *condición* en la medida en que no es contrario a las finalidades propias del Derecho penal y este no ha desarrollado un concepto al respecto. Y por tanto entendemos por condición, a 'todo evento incierto del cual se hace depender la punibilidad', al igual que en el acto jurídico (Derecho civil), se hace depender los efectos del mismo de un evento incierto[360]. Consecuentemente, cometido el delito (en el mismo que se ha considerado una condición objetiva de punibilidad) solo sobrevendrá la pena, si es que se presenta la *'condición'* objetiva de punibilidad.

---

[359] MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.*, p. 144.

[360] A tal efecto, consideramos que si bien cada disciplina jurídica debe elaborar sus propios conceptos y determinar el contenido de sus categorías conforme a sus propios fundamentos y funciones dentro del ordenamiento jurídico (o del sistema de control), cuando esta no lo hace, resulta razonable recurrir a los conceptos que sobre las mismas cuestiones han formulado otras ramas o disciplinas jurídicas; obviamente, en la medida que los conceptos elaborados por las otras disciplinas no colisionen con los fundamentos y funciones de la disciplina a la cual trasladamos dicho concepto. En este caso, el concepto *"condición"* ha sido desarrollado al detalle y con profundidad por el Derecho civil, en la teoría del acto jurídico, y no encontramos inconveniente para utilizar estos mismos criterios para definir la *"condición objetiva de punibilidad"*; sobre todo, si tenemos en cuenta que el Derecho utiliza un lenguaje común y por sobre todo, significa comunicación, y no se puede crear artificialmente un lenguaje para cada disciplina, salvo que fuese estrictamente necesario.

En nuestro ordenamiento jurídico penal, la condición objetiva de punibilidad no parece tener mayor relevancia, puesto que no encontramos claramente un delito cuya punibilidad quede sujeta a una condición. Antes de la modificación del artículo 244° del Código Penal, existía un caso claro de condición objetiva de punibilidad. En este caso, el delito de concentración crediticia o crédito fraudulento quedaba consumado con el otorgamiento de un crédito por parte del representante o administrador de la institución bancaria (financiera u otra que opere con fondos públicos) a favor de una persona que no calificaba para dicho crédito, o se otorgaba el crédito por cantidades no calificadas; este hecho por sí solo configuraba una acción típica, antijurídica y culpable; sin embargo, el hecho era punible o penado solo si, a consecuencia del otorgamiento de dicho crédito, sobrevenía el estado de insolvencia de la institución o entidad crediticia. De no sobrevenir la *insolvencia,* el hecho no era punible. La condición objetiva de punibilidad, en este caso, era claramente el estado de insolvencia sobrevenido; pues, este era el evento del cual se hacía depender la punibilidad. Con la modificación este ejemplo ilustrativo de la condición objetiva de punibilidad ya no está más en nuestro orden jurídico.

En los casos de quiebra fraudulenta, que algunos consideraban como condición objetiva de punibilidad (a la declaración previa de la insolvencia), del modo como actualmente está legislada en nuestro Código Penal (con las modificaciones introducidas) ya no es posible hablar de esta condición, no se puede considerar como tal, sino más bien como un elemento objetivo del tipo penal; esto es, como una situación especial del sujeto del delito, y por tanto, un elemento del mismo, mas no una condición objetiva de punibilidad.

C. EXENCIÓN DE PENA

En algunos casos de escasa gravedad, en los que la responsabilidad del agente es mínima, el Juez puede eximirlo de responsabilidad. En general este es el supuesto previsto en el artículo 68° de nuestro Código Penal; asimismo, también en la parte especial del Código, en

el artículo 137° se establece un supuesto de exención de pena para el caso de delitos contra el honor (injurias recíprocas proferidas en el calor de un altercado).

Sin embargo, esta exención de pena no es una obligación del Juez, sino más bien una facultad de este, cuya decisión será tomada luego de llegar al convencimiento que la exención será la medida más adecuada, puesto que la imposición de la pena no cumpliría finalidad alguna en estos casos; se trata propiamente de un caso de ausencia de necesidad o merecimiento de pena.

Existen otros casos de exención de pena fundados en criterios de Derecho premial, esto es, cuando los partícipes o autores del delito, colaboran con la administración de justicia proporcionando información veraz y oportuna que permite evitar la continuidad o consumación del delito, identificar a sus autores o partícipes, o conocer el destino de los bienes objeto de incautación o decomiso. En estos casos, como contraprestación por su colaboración con la administración de justicia, se exime de pena al colaborador. El fundamento es eminentemente de necesidad político-criminal, con lo que se busca perfilar los mecanismos de prevención y lucha contra la delincuencia, sobre todo, contra las organizaciones delictivas. Estos beneficios normalmente se conceden en los delitos de tráfico ilícito de drogas, delitos de corrupción de funcionarios, terrorismo, atentados contra el sistema creditício, lavado de activos, etc. Estos supuestos también constituyen una facultad del Juzgador y del Fiscal, pero una vez que se presentan los presupuestos indicados, estos operadores jurídicos deberán conceder el beneficio.

Asimismo, también se consideran casos de *exención de pena,* pero de naturaleza procesal, los supuestos de aplicación del llamado *principio de oportunidad,* aun cuando en ciertos casos puede significar supuestos de condicionamiento de pena. En estos casos el Fiscal se abstiene de ejercitar la acción penal o se archiva la causa cuando ya se ha iniciado el proceso, en razón a que el investigado o procesado admite su responsabilidad y muestra su predisposición de reparar el daño ocasionado y eventualmente de someterse a las demás consecuencias

del delito distintas de la pena, y por tanto, evidencia cierto arrepentimiento que lleva a la conclusión de que la pena resulta innecesaria o el hecho no merece pena (esto último en casos de "pena natural"). La aplicación del principio de oportunidad obedece a criterios de eficacia de la Administración de Justicia, que sabiéndose incapaz de procesar y reprimir todos los delitos, se abstiene de la persecución de algunos delitos llamados de bagatela o con pena natural a fin de concentrar sus esfuerzos en la persecución de los delitos más graves. Igualmente, se fundamenta la aplicación del principio de oportunidad, como su nombre lo indica, en la resolución oportuna del conflicto creado por el delito, sobre todo, el vinculado al agente y el agraviado, y con ello se renuncia a la aplicación de la pena; pues, de continuar la secuela procesal recién se resolvería el conflicto luego de un largo tiempo con el subsecuente costo económico y social. También rige esta misma lógica en los casos de los llamados acuerdos reparatorios contenidos en el artículo 2° del Código Procesal Penal.

D. CASOS DE CONDICIONAMIENTO DE LA PENA (Supuestos de orden procesal)

En todos estos casos, existe responsabilidad penal del agente del delito, la misma que debe de haberse acreditado debidamente en el proceso. Sin embargo, por tratarse de delitos de escasa gravedad o atendiendo a la condiciones especiales del agente del delito, se concluye que la ejecución de la pena no cumplirá su finalidad, por el contrario, aplicarla podría generar mayores costos, tanto sociales así como individuales, dada la naturaleza criminógena de la pena privativa de libertad, atendiendo a las malas condiciones en las que operan los centros carcelarios. En estos casos, se suspende la ejecución de la pena condicionándola al cumplimiento de ciertas reglas normativamente establecidas y especificadas por el Juzgador en cada caso particular.

Supuestos de condicionamiento de la aplicación de la pena son los casos de la *suspensión de la ejecución de la pena* y *la reserva del fallo condenatorio* (excepcionalmente también puede presentarse en

el caso de aplicación del principio de oportunidad y de los llamados acuerdos reparatorios); en los cuales la pena se ejecutará solo si el condenado no cumple las reglas de conducta impuestas por el Juez.

3. TIPOS DOLOSOS IMPERFECTAMENTE REALIZADOS (Tentativa y consumación)

Tal como se ha indicado, el injusto penal queda consumado cuando el agente realiza los elementos objetivos del tipo penal, mediando dolo o culpa en la realización (elementos subjetivos), habiéndose descartado la presencia de las causales de justificación, con lo que se determina la antijuricidad; adicionalmente hay que determinar la culpabilidad del autor, y para la imposición de la pena se deberán descartar la presencia de excusas absolutorias o deberá constatarse la ausencia de la condición objetiva de punibilidad, cuando la norma así lo exige.

Sin embargo, como quiera que en la gran mayoría de casos, para la configuración del tipo penal se han considerado diversos elementos que deben estar presentes para la realización o concreción del tipo, en muchos de estos no se llegan a realizar o concretar todos estos elementos, tal como puede suceder en los supuestos de los delitos de resultado, en los que, si bien puede iniciarse la realización del tipo (al concretarse la acción), pudiese darse el caso en que el resultado no llegue a concretarse, en estos supuestos el delito no se habrá consumado, por ausencia de uno de los elementos exigidos (el resultado). En estos casos estamos ante tipos imperfectamente realizados; en estos supuestos resulta relevante, el análisis de la propia secuencia del delito o *itercriminis;* es decir analizar los actos preparatorios, la tentativa y la consumación del delito; inclusive algunos hablan del agotamiento del delito.

3.1. *ITERCRIMINIS*

Se entiende por tal, al camino o secuencia recorrida por el agente del delito desde su inicio hasta su consumación. Dicho en otras pala-

bras, el *itercriminis* está constituido por las diversas etapas constitutivas del delito, comprendiéndose tanto los aspectos objetivos así como los subjetivos; por ello se habla de una fase interna y otra externa.

En la *etapa interna* se considera al momento de la *ideación,* en la cual el agente gesta la idea de cometer el delito. Asimismo, el momento de *deliberación,* en la cual el sujeto evalúa las posibilidades, conveniencias e inconveniencias de la comisión del delito, así como también la forma cómo va a cometerlo. Esta etapa interna concluye con la *decisión,* en que el agente luego de la reflexión o meditación correspondiente, decide cometer el delito. Esta etapa no reviste relevancia penal alguna, pero explica la comisión del delito, sobre todo, para determinar los elementos subjetivos así como para determinar la premeditación o actuación deliberada como se cometió el delito.

En la *etapa externa* el agente ya manifiesta o exterioriza su voluntad delictiva a través de la realización de actos ejecutivos que evidencian dicha voluntad; ello normalmente ya resulta relevante penalmente. No obstante, pueden presentarse casos en que los actos exteriorizados aún no resultan relevantes penalmente por no estar directamente vinculados a la realización de la acción típica, tales son los llamados *actos preparatorios.*

El *iter criminis* comprende a la tentativa, la consumación y también a los actos preparatorios, así como también la llamada fase de agotamiento del delito, la misma que normalmente ya no reviste relevancia penal, al igual que los actos preparatorios, puesto que con la consumación ya se completa formalmente el delito. No obstante, actualmente con la aparición de delito de lavado de activos, la etapa de agotamiento ha cobrado importancia, al vincularse los activos ilícitos con el delito fuente o generador de los activos.

3.2. ACTOS PREPARATORIOS

Son actos o acciones previas al inicio de la ejecución del delito y que por ello mismo, normalmente no revisten relevancia penal. A este nivel al agente realiza determinados hechos para procurarse los

medios o instrumentos para la comisión del delito, o para generar las condiciones para la realización del mismo. Estos actos normalmente no configuran elementos del tipo penal. No obstante, en ciertos casos, dada la peligrosidad de estos hechos, el legislador adelanta la barrera de punición, y criminaliza a estos actos como delitos autónomos; tales son los casos de apología del delito, previsto en el artículo 316° del Código Penal, el delito de conspiración para el delito de rebelión, sedición o motín previsto en el artículo 349° del Código, etc.

En estos últimos casos, es decir cuando se considera como delito autónomo a un acto preparatorio, si se llegara a concretar el delito cuyo propósito se perseguía con el acto preparatorio, la sanción corresponderá solo por el delito final, en tal caso, estos delitos medios (actos preparatorios) serían tipos subsidiarios, descartándose el concurso real de delitos, con todas las consecuencias que ello implica.

3.3. TENTATIVA

Se trata de los actos realizados desde que se comienza la ejecución del delito, concretando alguno de los elementos objetivos del tipo, hasta la consumación del delito. En realidad la tentativa solo resulta relevante cuando el delito no llega a consumarse, fundamentalmente en los delitos de resultado, puesto que de concretarse el resultado o si se llega a consumar el delito, la tentativa pierde toda importancia, pues, se identifica a la tentativa con la interrupción del proceso ejecutivo orientado a la consumación del delito. En tal sentido, los delitos en grado de tentativa operan como subsidiarios de los delitos consumados. No obstante, además de los delitos de resultado, existen otros delitos cuya acción se materializa con la realización de más de un acto, en cuyo caso, estaremos ante la tentativa aun antes de que la acción típica se haya concretado, habiéndose únicamente iniciado la realización de dicha acción típica. En estos casos, estaremos ante la llamada *tentativa inacabada*, y cuando el agente haya realizado todos los actos necesarios para la consumación del delito (y este no se haya consumado), estaremos ante la *tentativa acabada*.

La tentativa presupone tres aspectos: la resolución (decisión) de la realización del tipo como elemento subjetivo, la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo como elemento objetivo y la ausencia de la consumación del tipo como factor negativo conceptualmente necesario[361]. Por tal razón, se sostiene que solo es posible la *tentativa en los delitos dolosos*, descartándose en los imprudentes, aun cuando últimamente se está fundamentando, para ciertos casos, la tentativa imprudente.

En la tentativa, el resultado no se produce por razones ajenas al agente, si fuera el propio agente quien decide no continuar con el delito o impide la producción del resultado (o en general la consumación del delito), estaremos ante supuestos no punibles, tal como lo establece el artículo 17° del CP. En estos casos estamos ante los llamados *desistimiento voluntario* y *arrepentimiento activo* respectivamente. En el primer caso, el agente por voluntad propia, y sin realizar todos los actos necesarios para la conclusión de la acción delictiva, se desiste de continuar con los demás actos necesarios para la concreción de la acción delictiva (estaremos ante una tentativa inacabada) y se abstiene o se retira del lugar de los hechos. En el segundo caso (arrepentimiento activo) el agente, además de desistirse o abstenerse de continuar con la acción delictiva, realiza acciones concretas para impedir que se produzca el resultado (se consume el delito), en este caso puede tratarse de una tentativa acabada o una inacabada. Estos criterios de desistimiento voluntario valen tanto para los casos en que el agente actúa solo así como cuando intervienen pluralidad de agente, tal como lo establece el artículo 18° del CP.

La tentativa para ser relevante, debe haberse realizado utilizando los *medios o instrumentos idóneos* para concretar la acción penal y eventual resultado; asimismo, debe tratarse de un *agente (sujeto activo) con capacidad* para cometer el delito, a la vez que de un *objeto de protección adecuado* respecto del cual es posible la materialización

[361] JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 553.

de la acción típica y el correspondiente resultado. En tal caso, creemos que no reviste importancia alguna ni se justifica la existencia, como categorías jurídicas, de los llamados *delito imposible, tentativa imposible, tentativa simulada, etc.*, por la absoluta impropiedad del instrumento, agente o del objeto de la acción, puesto que en estos casos, al concretarse la acción, esta carece absolutamente de aptitud para poner en peligro o lesionar el bien jurídico u objeto de protección[362] y por tanto no estaremos ante una acción penalmente relevante, a la cual pudiésemos predicarle las cualidades de típica, antijurídica y culpable. En tal sentido, el contenido del artículo 17° del Código penal, no cumple finalidad alguna, más allá de pretender precisar una cuestión obvia.

A diferencia de los actos preparatorios, los actos configurativos de tentativa (actos que intentan cometer el delito) son punibles en su gran mayoría. Para *fundamentar la punición* de la tentativa existen varias teorías, sin embargo, nos parece en síntesis, que dicho fundamento radica en la exteriorización de la voluntad contraria a derecho, la misma que afecta la confianza de la colectividad en la validez del ordenamiento jurídico y su idoneidad para proteger los bienes jurídicos.

En cuanto a la *punibilidad* de los delitos en grado de tentativa, los tipos penales de la parte especial del Código Penal y demás leyes especiales, solo prevén la punibilidad de los delitos consumados, no obstante, el artículo 16° de dicho Código establece la disminución de la pena en los casos de tentativa, facultando al juzgador a imponer una pena hasta por debajo del mínimo legal; magnitud que se determinará obviamente, atendiendo a criterios de proporcionalidad y de necesidad y merecimiento de pena.

Finalmente, tal como lo estipula el artículo 440° del Código Penal, no es admisible (punible) la tentativa en las faltas; aun cuando

---

[362] Al respecto, ver desarrollo detallado en: ROJAS VARGAS: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*. Grijley, Lima, 1997, pp. 326 y ss.

en los casos de faltas contra la persona y contra el patrimonios sí será punible la tentativa.

3.4. CONSUMACIÓN

Constituye la fase final del *iter criminis;* el delito se consuma con la plena realización del tipo; esto es, cuando se han realizado o se encuentran presentes todos los elementos del tipo. La consumación es un concepto esencialmente jurídico formal, por cuanto es suficiente con la concreción formal del supuesto previsto en la norma, sin exigirse concreción material alguna. No depende de si el autor ha conseguido el propósito que ha perseguido, siendo suficiente el cumplimiento formal del tipo penal. La consumación, si bien normalmente se produce cuando se concreta el resultado (en los delitos de resultado), en general la consumación se presenta cuando se produce el efecto típico que constituye la afectación al bien jurídico (lesión o puesta en peligro concreto) lo que a la vez implica el cuestionamiento a la vigencia de norma[363].

El momento consumativo del delito dependerá de la disposición normativa, que a la vez determina el tipo de delito, el que puede tratarse de un delito de resultado, de mera actividad, de peligro o de lesión. En el caso de los delitos de resultado, precisamente la consumación se dará al momento en que se produce tal resultado; de no producirse este, el delito quedará únicamente en grado de tentativa. Si se trata de un delito de simple acción (como el delito de violación de domicilio por ejemplo) se consumará con la simple realización de la acción, sin necesidad de resultado o efecto adicional alguno. En los delitos de lesión (que a la vez son de resultado) se consuma el delito con la producción de la lesión al objeto de protección del delito. En el caso de los delitos de peligro, se concreta el resultado con la realización de la acción generadora del peligro, sea que se trate de peligro abstracto o de peligro concreto; aun cuando en este último caso (peligro concreto)

---

[363] ROJAS VARGAS: *Ob. Cit.* p. 418.

se dice que también se trata de un delito de resultado, sin embargo tal resultado no constituye un efecto adicional de la acción sino que se concreta con la realización de la simple acción.

Particular importancia todavía tiene en nuestro medio, el análisis del delito de falsificación de documentos, en el cual algunos autores y cierta doctrina, sostiene que de no producirse el resultado lesivo los hechos serían no punibles, sosteniéndose que dicho resultado configura una condición objetiva de punibilidad; sin embargo, como lo hemos demostrado al tratar dicha institución, el resultado lesivo en este caso no configura un condicionamiento de la punición, a la vez que tampoco configura un elemento del delito, puesto que se trata de un delito de peligro en el cual no se exige resultado alguno para su consumación, siendo suficiente para ello, con la elaboración del documento idóneo para causar perjuicio, sin necesidad que este se produzca.

Asimismo, también resulta importante precisar el momento consumativo en los delitos continuados y los delitos permanentes. En los delitos continuados, como se sabe, cada acción (con su correspondiente resultado, de ser el caso) configura un tipo consumado, inclusive, podría decirse que cada acción es un delito autónomo en sí mismo, solo que se considera como un solo delito por tratarse de la expresión de una misma voluntad criminal; en este caso, para la consumación del delito es suficiente con que se concrete la primera de las acciones. En el caso del delito permanente, se trata de una sola acción, solo que el momento consumativo o estado de antijuricidad producido, se prolonga ininterrumpidamente en el tiempo a voluntad del agente (como en el delito de secuestro); en este caso, la consumación del delito se produce en el instante en que se concreta la afectación del derecho (privación de la liberad en el ejemplo), sin que para ello tenga importancia la prolongación de dicho momento; salvo en los casos que pueda agravarse la pena correspondiente al delito cuando este se mantiene en flagrante permanencia.

3.5. AGOTAMIENTO

Llamado por algunos consumación material[364],es una etapa posterior a la consumación, y su desvaloración o reproche penal ya está contenido en la desvaloración hecha a la consumación, por lo que no cabe la agravación del delito o un criterio de mayor punición; pues, como refiere SOLER: "En el camino de un delito, está consumido por este todo lo que constituya una etapa menor o anterior, es decir, todo aquello que no tiene el carácter de un hecho autónomo sino de un hecho *previo*, pero también quedan consumidas por el tipo todas aquellas acciones *posteriores* que tampoco pueden ser consideradas autónomas, porque la producción de ellas necesariamente presupone la imputación anterior"[365]. O como indica ROJAS VARGAS, "... el agotamiento es la etapa *postrera* en la teoría del proceso del delito, en la que se producen efectos y resultados cuya previsión no constituye efectos del tipo (...) se trata de una ontologización de los correlatos del delito, que carecen ya por lo general de relevancia jurídica en el plano de la tipicidad para los fines de agravar la responsabilidad, idem para comprender la participación o de enfocar la prescripción del delito en relación al sujeto activo (...). Agotar el delito estrictamente, significa conseguir el propósito buscado por el agente"[366].

4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

4.1. CUESTIONES GENERALES

Establecidos los criterios para determinar cuándo estamos frente a un delito, corresponde establecer algunos criterios para determinar quiénes pueden incurrir en la comisión del delito, sea como intervinientes principales o como accesorios. Esto es, para determinar cuáles

---

[364] JESCHECK: *Ob. Cit.* p. 348.

[365] SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino.* TEA, Buenos Aires, 1978, pp. 177 y 178.

[366] ROJAS VARGAS: *Ob. Cit.* p. 421.

son los grados de participación de cada interviniente; es decir, quiénes responderán a título de autores, inductores o cómplices (partícipes). Esto nos remite a desarrollar brevemente *laautoría,* en sus tres variantes: *autoría ejecutiva, autoría mediata y coautoría;* así como *la inducción o instigación y la complicidad,* sea esta última primaria o secundaria; tanto en su determinación y delimitación así como en sus consecuencias jurídico penales; puesto que cada uno de estos intervinientes delictivos tienen su propio título de imputación. Aun cuando hay que hacer presente que existen criterios que consideran que, tanto los autores como los partícipes, son creadores de una misma unidad de sentido e intervienen en un injusto colectivo que configura un sistema unitario de participación; por lo que propugnan un sistema unitario de la participación delictiva; debiendo diferenciarse la condición de cada partícipe únicamente en base a criterios cuantitativos y no cualitativos[367].

Pero claro, para determinar los grados de participación indicados, será necesario diferenciar entre los *delitos de dominio* y los *delitos de infracción de deber.*

4.2. LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE DOMINIO

Los delitos de dominio son a aquellos cuyo autor no requiere de calificación o cualidad especial alguna y el reproche penal se centra en la concreción de la propia acción; esto es, tienen como núcleo de la imputación a la afectación concreta del bien jurídico (lesión o puesta en peligro). Fundamentan la imputación en la infracción del deber general negativo de no dañar a nadie (que tradicionalmente halla expresión en el aforismo *neminem laedere*[368]), y de no comportarse en contra

[367] Al respecto ver: PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel: *Un nuevo sistema del Derecho penal.* Grijley, Lima, 1998, p. 92.

[368] SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: *Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios.* En: "La Dogmática Penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública".Grijley, Lima, 2001, p. 150.

de los mandatos normativos generales. El título de imputación no se centra en la condición especial del agente sino en el propio hecho[369].

Para la teoría del dominio, la realización de la acción típica no es solo la ejecución material y objetiva del hecho, puesto que considera que el hecho constituye una unidad objetivo-subjetiva. El hecho es la obra de una voluntad que conduce el suceso, de manera que solo podrá ser autor del delito quien domina el curso del hecho. Este dominio es definido, en esencia, como la capacidad de poder decidir sobre la realización del hecho delictivo, por lo que solamente aquellos intervinientes que tienen ese poder de configuración del hecho podrán ser considerados autores del delito[370].

Para determinar la autoría en los delitos de dominio, la doctrina mayoritaria se orienta por la *teoría del dominio del hecho*, la misma que asume las variantes de dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional del hecho. Para la determinación del autor material, directo, ejecutivo o inmediato se toma en consideración el *dominio de la acción*, para el autor mediato el *dominio de la voluntad* y para los coautores el *dominio funcional de la acción*[371]. La jurispru-

---

[369] La teoría funcionalista también concibe con claridad esta diferenciación, aun cuando presenta otros razonamientos. Al respecto sostiene que el sistema funcionalista conforma dos fundamentos de responsabilidad de la persona: *a) la responsabilidad por organización*, según la cual una persona puede organizar el mundo en la forma que tenga por conveniente, pero será responsable de esa organización. En la responsabilidad por organización la persona ha conformado el mundo organizando sus acciones defraudando las expectativas sociales, esto es, desobedeciendo la norma; se presenta cuando se defraudan las expectativas mediante los *delitos de dominio*. *b) la responsabilidad institucional*, según la cual las expectativas sociales conforman el mundo en la que vive la persona y esta es responsable en virtud del rol que le corresponde. La responsabilidad institucional se configura mediante los *delitos de infracción de deber*.

[370] GARCÍA CAVERO, Percy: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial.* Grijley, Lima, 2008, p. 559.

[371] ROXIN, Claus: *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal.* Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis

dencia nacional ha asumido la teoría del dominio del hecho, como puede verse en la Ejecutoria Suprema del 11 de marzo de 1999, Exp. N° 5315-98-LA LIBERTAD, en la que señala: *"toda forma de autoría dolosa en los delitos de resultado, sea en su modalidad directa, mediata o coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho".*

En estos delitos la discusión se concentra en la determinación de quién ha tenido el dominio del hecho, para atribuirle la calidad de autor, sea directo, mediato o coautor[372]; a los demás sujetos que hubiesen contribuido a la realización del delito, que no ostenten tal dominio, solo se les podrá atribuir la calidad de partícipes (cómplices, o inductores). En efecto, ROXIN refiere: "Tiene el dominio del hecho, y es autor quien, a través de su influjo determinante en el acontecimiento, aparece como figura clave, como figura central, en la realización del delito"[373]. Es decir, "... quien tiene realmente el poder sobre la realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal"[374].

Serrano GONZÁLES de Murillo, Madrid, Barcelona, 1998. El mismo autor: *Dogmática Penal y Política Criminal.* Idemsa, Lima, 1998. El mismo: Las formas de participación en el Delito: el estado actual de la discusión. *Revista Peruana de ciencia Penales. N° 9,* Lima, 2000, p. 545 y ss. MAURACH Reinhart y ZIFT Heinz: *Derecho Penal Parte General.* Astrea, Buenos Aires, 1995. WESSELS, Johannes: *Derecho Penal Parte General.* Depalma, Buenos Aires, 1980. JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Bosch, Barcelona, 1981. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Ariel, Barcelona, 1989. JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.* Marcial Pons, Madrid, 1995.

[372] "... autoría es realización del hecho, ora tenga ésta lugar inmediatamente y por obra de una sola persona, para se lleve a cabo valiéndose de otro como instrumento o se ejecute conjuntamente con otros. En consecuencia las posibilidades de autoría son tres, a saber: autoría inmediata, autoría mediata y autoría conjunta (coautoría)". VIVES ANTÓN, Tomás: *Comentarios al Código Penal de 1995.* p. 280.

[373] ROXIN, Claus: *Dogmática Penal y Política Criminal.* Trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, p. 385.

[374] BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Ob. Cit.* p. 284.

Los criterios de determinación del autor y del partícipe de un delito a través del dominio del hecho[375], funcionan únicamente para los llamados delitos de dominio o de acción[376], más no así para los

---

[375] Para JESCHECK, la consecuencia concreta que tiene la teoría del dominio del hecho es la siguiente: "1º) siempre es autor quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo; 2º) es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento (autoría mediata); 3º) es autor el coautor, que realiza una parte *necesaria* de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho), aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva. Como se ve, la teoría del dominio del hecho permite combinar el punto de partida del concepto restrictivo de autor con una cierta flexibilidad que da cabida en la autoría no sólo al ejecutor material, sino también a la autoría mediata y a casos de coautoría sin un acto típico en sentido estricto". JESCHECK. Citado por MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.* p. 364.

[376] BRAMONT-ARIAS TORRES, citando a Bustos Ramírez y Gómez Benítez, refiere que tiene el dominio del hecho quien tiene en la mano dolosamente la complementación de la descripción típica, es decir, domina el curso de la realización del hecho y tiene las riendas del acontecimiento típico; y citando a MAURACH, agrega, tendrá el dominio del hecho el que de la manera indicada, está en condiciones de frenar o no según su voluntad, la realización del tipo. BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: *Código Penal Anotado.* Tercera Edición, Lima, 2001, p. 215. Respecto a la última parte de esta cita, ROXIN refiere: "La idea de que quien domina el hecho puede, a su voluntad, dejar continuar el suceso o impedirlo se encuentra solo en MAURACH, no habiendo sido asumida por ningún otro partidario del dominio del hecho. Maurach se sirve de esta fórmula para caracterizar el concepto del dominio del hecho en general y para determinar con más precisión la coautoría en particular". ROXIN, Claus: *Autoría dominio del hecho en el Derecho Penal.* p. 340.
JAKOBS refiere al respecto: "A las múltiples variantes que se derivan de las posibilidades de dominio y división del trabajo no pueden darle solución fórmulas que se orientan a modelos únicos. La autoría hay que definirla más bien como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho, no siendo relevante el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho. Por eso con la distribución en ámbitos de dominio diferentes en su contenido no es que se reúnan elementos heterogéneos ni siquiera nominalistamente, sino que todos los elementos son homogéneos en un aspecto: son los actos de organización que fundamente plena responsabilidad". JAKOBS, Günther: *Ob. Cit.* p. 742.

delitos de infracción de deber[377]; cuyo fundamento de la punición se centra precisamente en el deber infringido y no en el dominio ejercido por el agente.

4.2.1. AUTORÍA EJECUTIVA, DIRECTA O INMEDIATA

Estamos ante esta, cuando el agente domina la acción realizando de manera personal el hecho delictivo, el autor realiza el hecho por sí mismo, sin necesidad de intermediación de tercero, *actúa con dominio del hecho*. En tal sentido, al decir de VILLEVICENCIO TERREROS: "Autor es quien tiene el dominio del hecho, es decir, aquel sujeto que

---

JAKOBS, refiriéndose a los criterios del dominio del hecho, aplicables para la determinación de los autores y partícipes de algunos delitos, a los que al parecer los asimila en lo que él llama "ámbito de organización o de configuración", refiere: "Las siguientes consideraciones se aplican a los delitos -la mayoría con mucho en el ámbito de la comisión- en los que quien interviene tiene con la víctima (potencial) una relación exclusivamente negativa: Quien toma parte debe mantener su ámbito de organización en tal estado que no tenga *output* alguno en detrimento del ámbito de organización ajeno. Estos delitos se llaman *delitos de dominio,* porque la responsabilidad surge de un acto organizativo". JAKOBS, Günther: *Ob. Cit.* p. 730.

"La configuración del hecho consiste en disponer el suceso que *realiza el tipo* en su desenvolvimiento *concreto,* tal como se perfecciona desde la acción de ejecución hasta la consumación (o hasta su fracaso en la tentativa). Las configuraciones son, pues, la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio (incluso en los simples delitos de resultado el medio empleado *in concreto* está prohibido en el tipo), y en su caso de otras circunstancias pertenecientes al suceso concreto que realiza el tipo. JAKOBS, Günter: *Ob. Cit.* p. 751.

[377] Sin embargo, un sector de la doctrina, entre los que se encuentra SUÁREZ GONZÁLEZ, consideran que existe un grupo de delitos que participan de las características de los delitos de dominio y de los de infracción de deber. "También son delitos de dominio *determinados delitos especiales,* en los que lo determinante, a los efectos de la imputación, no es la existencia de una vinculación de esferas, sino la creación de riesgos desaprobados que dimanan del propio ámbito organizativo. Lo determinante en estos delitos no lo conforma un *rol especial,* sino una posición determinada del rol general de ciudadano". *Ob. Cit.* p. 151.

tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encausarlo hacia el objetivo determinado"[378]. Se dice que esta forma de autoría es la que sirve como punto de referencia a la descripción que se hace en cada tipo penal respecto del sujeto activo[379]. En ciertos supuestos en que el tipo penal establece un elemento especial, sobre todo a nivel de la imputación subjetiva, para la determinación del autor, más allá del dominio del hecho se requerirá que el sujeto actúe observando este elemento subjetivo adicional.

Una variedad de estos delitos son los llamados delitos de propia mano, en los que se requiere que el agente, para ser autor ejecutivo debe concretar "... la realización corporal de la acción prohibida"[380]. Ejemplo de estos delitos es el delito de violación sexual.

4.2.2. COAUTORÍA

Constituye una de las formas de la autoría, en la cual varios agentes comparten el dominio del hecho (tienen codominio); los mismos que previamente han planificado y se han puesto de acuerdo respecto a los detalles de la comisión del delito, distribuyéndose los roles o funciones que cada un desempeñará en la realización del mismo. En este caso, igualmente, se aplica la teoría del dominio del hecho, en su variante del *dominio funcional de la acción.* Cada uno de los agentes codominantes no domina la totalidad de los actos delictivos que en conjunto significan la perpetración del delito, pero sí tiene el dominio de la función o rol que se les ha asignado, la misma que debe ser de tal envergadura que sin ella no se pueda perpetrar el delito, o en todo caso, signifique un riesgo elevado que los agentes no estuviesen dispuestos a correr. No se requiere que se trate de agentes que integren una

---

[378] VILLAVICNEICO TERREROS: *Ob. Cit.* p. 469.

[379] VILLAVICENCIO TERREROS: *Ob. Cit.* p. 469; con cita de MUÑOZ CONDE.

[380] BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho penal.* Temis, Bogotá, 1984, p. 187.

organización dedicada a la comisión de delitos; es suficiente con que se reúnan y se pongan de acuerdo para cometer determinado delito, mostrando su decisión común en torno a la realización del delito. Sin embargo, no basta cualquier tipo de contribución para la realización del delito, esta tiene que significar propiamente un codominio del hecho globalmente percibido. Obviamente, cada coautor debe reunir los requisitos para ser autor.

Como quiera que hay un codominio global del hecho, pese a que cada coautor solo domina parte de este, responde por el hecho integralmente, esto es, responde por su contribución así como por la de los demás; pudiendo darse el caso en que alguno de los coautores tenga una contribución mayor conforme a la división de las tareas, sin embargo, todos responderán por igual, pues todos participaron en la asignación de mayores tareas a alguno de ellos.

En los delitos de propia mano, no es posible configurar la coautoría, ya que estos requieren de una realización corporal directa del propio autor.

Una figura que se aproxima a la coautoría es la llamada *autoría accesoria o concomitante,* que se presenta cuando varios sujetos causan el mismo resultado actuando independientemente unos de otros, sin que entre ellos haya existido un acuerdo previo o una decisión común. Se trata simplemente de una coincidencia causal de varios supuestos de autoría individual. En este caso, cada autor accesorio es responsable por la parte que le corresponde como autor único. Ejemplo: dos agentes por su propia cuenta, y sin que se dé cuenta el otro, ponen sendas dosis de veneno al alimento de su enemigo; en este caso, si cada una de las dosis individualmente consideradas es suficiente para causar la muerte, responderán cada uno por asesinato, pero no a título de coautoría.[381]

[381] VILLAVICENCIO TERREROS: *Ob. Cit.* p. 490.

4.2.3. AUTORÍA MEDIATA

Tal como establece el artículo 23° del CP, la autoría mediata se presenta cuando el agente realiza el delito por medio de otro. Este otro debe actuar como mero instrumento[382] del autor mediato, al que la doctrina lo llama "hombre de atrás". Se considera como instrumento al "hombre de adelante" (quien ejecuta por sí mismo el hecho delictivo), porque no actúa voluntariamente, pues su voluntad está dominada por el "hombre de atrás", el mismo que actúa con *dominio de la voluntad* (variante de la teoría del dominio del hecho). No hay voluntad de parte del ejecutor del delito porque este no actúa libremente, pues, el hombre de atrás domina su voluntad, ya sea: *a)* por violencia o intimidación (física o psicológica –coacción o amenaza grave-), cuando por ejemplo, tras amenazar a una persona con una navaja, se la obligan a que salte a un precipicio; o *b)* por error, ya sea por engaño u otro medio fraudulento, que hace incurrir en error, o en todo caso, en un estado de total desconocimiento o ignorancia al ejecutor. En esto se diferencia de la instigación, ya que en esta, de todos modos, está presente la voluntad del instigado, viciada o condicionada pero presente al fin y al cabo. Por ello, el instigado normalmente es responsable penalmente, al contrario de lo que sucede en los casos del instrumento en la autoría mediata, cuya participación es impune.

Normalmente se presentan los casos de autoría mediata cuando existe una posición de subordinación del ejecutor y una posición dominante de parte del hombre de atrás.

Como el "instrumento" no actúa voluntariamente, respecto de él no habrá acción relevante penalmente, y por tanto, no habrá tipo penal y menos aún responsabilidad penal, la misma que se descarga en el autor mediato. Si de algún modo, el ejecutor tendría algún nivel de

---

[382] VILLAVICENCIO TERREROS: *Ob. Cit.* p. 471; señal que a este otro, no puede denominársele mero instrumento, término que viene siendo abandonado paulatinamente para ser reemplazada por persona interpuesta u hombre que actúa desde adelante.

dominio o de voluntad en el accionar delictivo, ya no estaremos ante un supuesto de autoría mediata sino ante un autor ejecutivo (quien ejecuta la conducta) y ante un instigador o cómplice (el hombre de atrás). No es posible la autoría mediata en delitos de propia mano, como por ejemplo en el delito de bigamia.

No obstante, existen límites respecto a la imputación de la autoría mediata al hombre de atrás, como cuando el ejecutor pudiese cometer excesos, como el caso en que se utiliza a un menor de edad para vender droga, y dicho menor además de vender la droga causa lesiones a un eventual comprador. Asimismo, si el ejecutor comienza a actuar responsablemente, reasume su competencia penal por el hecho, limitando la competencia del hombre de atrás; tal es el caso, del sujeto que mediante engaño es encomendado para suministrar un supuesto tónico fortificante a un tercero; sin embargo, antes de suministrar el tónico se da cuenta que no se trata de un tónico sino de una dosis letal de veneno, de continuar con la acción, será responsable de asesinato, y el primigenio hombre de atrás no responderá como autor mediato, aun cuando se lo puede comprender como inductor o como cómplice.

De otro lado, existen casos en que el ejecutor no es utilizado como instrumento, por actuar voluntariamente y en ejercicio de su libertad, y sin embargo, es el "hombre de atrás" el que domina los acontecimientos y decide la comisión del delito, como en los casos de la actuación de organizaciones delictivas clandestinas o las propias fuerzas o destacamentos de seguridad del Estado. En estos supuestos, la existencia de relaciones de subordinación jerárquica permite atribuir a los dirigentes un dominio sobre el curso de los acontecimientos, puesto que son ellos quienes toman las decisiones respecto a la comisión de los delitos, lo que amerita un reproche penal superior respecto a los simples ejecutores. Pues, estos últimos, sin llegar a ser instrumentos, solo constituyen parte del engranaje de la maquinaria que constituye la organización.

Tal como refiere ROXIN: "...el instrumento que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es solo y ni siquie-

ra mayoritariamente aquel que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien al aparato como tal. Este está compuesto por una pluralidad de personas que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque esta puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide"[383], y agrega el referido autor: "... el ejecutor y el hombre de atrás poseen distintas formas de dominio del hecho, que no se excluyen mutuamente. El que mata a la víctima con sus propias manos, ejerce el denominado *dominio de la acción,* es decir, un dominio que se deriva de la consumación de un determinado acto del hecho. El hombre de atrás tiene, en cambio, el *dominio de la organización,* es decir una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propia mano a través del aparado de poder que está a su disposición. Esta seguridad de resultado fundamenta el dominio del hecho. Se diferencia del dominio de la acción del ejecutor, pero puede, sin más coexistir con él"[384]. En este sentido, queda claramente establecido que tanto el autor ejecutivo, así como el "hombre de atrás" (jefe o dirigente de la organización) tienen el dominio de los acontecimientos, el primero a través de un dominio individual de la acción, y el segundo a través del dominio de la organización, la misma que le garantiza a este último la obtención del resultado querido.

Esta teoría ha venido siendo utilizada en la Jurisprudencia nacional y extranjera, especialmente en el caso del Ex Presidente Fujimori Fujimori, como veremos más adelante, en un *Excurso* que contiene

---

[383] ROXIN: *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata.* Revista penal: Conferencia pronunciada el 23 de marzo del 2006 en la clausura del Curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho penal y la criminología". Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.

[384] *Ibídem*

nuestra posición y propuesta para la requisitoria oral del Ministerio Público en dicho caso.

4.2.4. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE DOMINIO

Es la cooperación o contribución dolosa a la realización o concreción de un delito cuya autoría se le atribuye a otro, quien actúa con dominio del hecho. Existe un criterio general referido a la participación en un delito, con el cual se alude a todos los que de uno u otro modo han contribuido a la realización del delito, sea en calidad de autores, coautores, autores mediatos, inductores o cómplices. Sin embargo, en el sentido más exacto se considera como partícipes (y por tanto la participación está referida solo a estos) únicamente a las personas que si bien contribuyeron a la comisión del delito, no actuaron con dominio del hecho; esto es, solo se considera a los inductores o instigadores y a los cómplices (primarios o necesarios y secundarios).

4.2.4.1. INDUCCIÓN O INSTIGACIÓN

Los casos de inducción (al igual que la participación) configura una extensión típica a través de la cual se amplía la aplicación de los tipos penales de la parte especial y de leyes penales especiales, para comprender en la imputación penal la conducta de quien dolosamente ha determinado la voluntad de otro para cometer el hecho punible, tal como lo establece expresamente el artículo 24° del CP. En tal sentido, se descarta comprender como instigación a una actuación culposa o imprudente. Asimismo, la conducta del instigador debe realizarse en un momento previo a la realización de la conducta delictiva, aun cuando no se descarta inducciones simultáneas en casos especiales.

La instigación consiste en la realización de una conducta a través de la cual el agente hace surgir en un tercero la idea, a la vez que determina su voluntad para cometer el delito; (con lo que se descarta como conducta instigadora a la omisión). La conducta instigadora debe tener tal fuerza de convicción o intensidad como para determinar la

voluntad del inducido; esto es, debe poseer idoneidad o aptitud de convicción suficiente. Esto decir, la inducción debe tener un influjo psicológico determinante en el inducido, de modo que cualquier idea o actuación que favorezca la convicción de este, que no signifique una influencia determinante, no podrá ser considerada como inducción.

Los medios de los que se puede valer el instigador pueden ser consejos, promesas, apuestas, ruegos, persuasiones, etc., siempre que impliquen una influencia psíquica; pero claro, cada uno de estos medios debe ser lo suficientemente idóneo y eficaz para generar la convicción de cometer el delito[385].

El agente (inducido), previo a la conducta inductora, no debe haber tenido la voluntad de cometer el delito, esta debe haber surgido por acción del inductor; aun cuando pueden presentarse casos en que el agente ya tenía la idea de cometer el delito, pero no estaba seguro de cometerlo o no (estaba en duda) y recién a partir de la acción del inductor toma tal decisión, resolución o determinación de cometerlo. Inclusive se presenta la inducción cuando el agente ya tenía la voluntad de cometer el delito, pero uno menos grave o atenuado, sin embargo, el inductor con su fuerza de convicción determina la voluntad de aquel para que cometa un delito más grave; tales serán los casos en que el agente estaba decidido a cometer un delito de hurto, y ante las dificultades que presente su comisión (por la presencia de personas en el lugar) el inductor lo convence para que cometa el delito de robo; o también el caso en que el agente iba a robar sin causar lesiones o muerte a los agraviados, y el inductor lo convence para que mate a estos y así evitar un futuro reconocimiento.

El instigador no participa en la ejecución del delito (a diferencia del coautor y del partícipe), tampoco instrumentaliza al agente inducido, ya que este actúa voluntariamente, solo que condicionado por la fuerza convincente del inductor.

---

[385] VILLAVICENCIA TERREROS: *Ob. Cit.* p. 516.

En cuanto al aspecto subjetivo del instigador, este debe de estar dirigido a un determinado hecho y a un determinado autor, a la vez que debe abarcar y pretender la consumación del delito (no únicamente que se intente); de este modo se puede diferenciar al inductor del *agente provocador*, quien normalmente no pretende la consumación del delito, o por lo menos, no busca la afectación al bien jurídico protegido, sino más bien busca que se conozca o acredite la comisión del delito, a fin de lograr la sanción del agente; tales son los casos de los agentes encubiertos. Sin embargo, la conducta de este agente provocador (agente encubierto) no debe ser la determinante para la comisión de un delito por una persona que en ningún momento tuvo la idea de cometerlo y que no estaba vinculada a la comisión de delitos, y este tomó tal decisión solo a partir de la conducta del inductor; pues de tratarse de estos supuestos, la conducta del agente provocador no podría ser justificada y por tanto respondería como un inductor.

La instigación también puede realizarse a través de la *coinstigación* así como a través de la *instigación mediata;* incluso es admisible la *instigación en cadena.* Esto es, puede tratarse de que dos o más personas conjuntamente determinen la voluntad del inducido a la comisión del delito. Asimismo, que una persona determine la voluntad de otra, para que esta a su vez instigue a un tercero a la comisión del delito; igualmente, puede tratarse que A instigue a B para que esta instigue a C y finalmente la persona instigada o inducida(al final) cometa el delito.

De otro lado, en cuanto a la punibilidad de la instigación, la norma penal (art. 24° CP) establece que la pena correspondiente al instigador debe ser la misma que corresponde al autor. Sin embargo en determinados casos puede disminuirse en base a criterios de proporcionalidad y ponderación, sobre todo, cuando la voluntad del inducido no haya sido absolutamente condicionada por el inductor. Asimismo, pueden presentarse casos en que al instigador le corresponda una pena mayor que al agente inducido, como por ejemplo

cuando a este último le favorece alguna circunstancia atenuante como la responsabilidad restringida u otra circunstancia no comunicable, o también cuando respecto al instigador se presentan circunstancias agravantes no comunicables.

4.2.4.2. COMPLICIDAD EN DELITOS DE DOMINIO

Como ya se indicó la participación o complicidad (al igual que la inducción) es una extensión de la punibilidad, pues los tipos penales únicamente describen la acción y persona del autor[386]; y se sustenta en que la participación del cómplice constituye "... un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico"[387] e infringe el deber general que toda persona tiene frente a la sociedad de no participar o colaborar en la realización de actos prohibidos penalmente.

En los delitos de dominio, se consideran partícipes o cómplices en general, a todos aquellos que, habiendo concurrido o contribuido a la realización de la conducta típica, no han tenido el dominio del hecho.

La participación, en nuestro ordenamiento penal, puede ser a título de complicidad primaria y secundaria, en el primer caso la pena que corresponde al partícipe será la prevista para el autor[388]. En el caso de participación secundaria la pena se disminuirá prudencialmente (art. 25° del Código Penal). Esta disminución de la pena se fundamenta en el hecho de no haber creado o incrementado el riesgo para el bien jurídico en el mismo grado que el autor; pues en este caso el cómplice no ha realizado la conducta típica, solo ha contribuido a su realización por parte del autor.

---

[386] ROXIN, Claus: *Ob. Cit.* p. 384.

[387] ROXIN, Claus: *Dogmática Penal y Política Criminal.* p. 403.

[388] En legislaciones como la española, a estos cómplices primarios, se los considera autores, y por tanto se les aplica la misma pena. Art. 27° del Código Penal Español.

La colaboración o auxilio para la realización de la conducta típica, debe de prestarse antes o simultáneamente con la realización de esta; porque si fuera con posterioridad, los hechos ya no constituirían colaboración para la materialización del delito, pues este ya está realizado o consumado; estos hechos posteriores podrán constituir un delito de encubrimiento, de falsedad o cualquier otro, pero de ninguna manera participación o complicidad en el delito.

De otro lado, constituye un aspecto importante en la discusión de esta materia, la cuestión de la *accesoriedad de la participación;* es decir la determinación de su relación respecto a la autoría, en el sentido de si la punición de la participación depende exclusivamente de la autoría o si presenta ciertos aspectos de autonomía. Al respecto, mayoritariamente se sostiene que la participación como instituto jurídico-penal, es de naturaleza accesoria respecto a la autoría, y consecuentemente seguirá en todos los aspectos la suerte de esta[389]. Sin embargo, a la fecha se viene perfilando cierta doctrina autorizada, que sostiene que si bien es cierto no se puede descartar su naturaleza accesoria, la participación presenta rasgos de autonomía que no se pueden dejar de tomar en cuenta[390].

---

[389] Ello conforme ya se ha indicado, de acuerdo a la teoría de la unidad del título de la imputación.

[390] En tal sentido, ROXIN refiere: "Así si bien CRAMER dice que el injusto de la participación sería 'dependiente del injusto del hecho principal', sin embargo también encarnaría un propio desvalor". Si bien JESCHECK considera el injusto de la participación 'dependiente del hecho principal en cuanto a su fundamento y a su medida', sin embargo, al mismo tiempo habla de la dirección del ataque al bien jurídico protegido, que también es exigible para el partícipe'. Para Wessels 'ambas formas de participación derivan su contenido de injusto del injusto del hecho principal. Esto no significa que la inducción y la complicidad no encarnen ningún desvalor propio'. Por cierto que es mucho menos claro en qué consiste realmente la independencia parcial del injusto de la participación y cómo se refleja en la práctica". *"Dogmática Penal y Política Criminal"*. p. 379.

Esta discusión sobre la *accesoriedad de la participación* tiene importancia igualmente, para la determinación de la participación respecto al análisis de los niveles de la estructura del delito; pues, si se considera la participación a nivel de la *tipicidad*, se estaría ampliando en demasía el ámbito de la participación, y se tendría por partícipes para efectos penales, inclusive a los que participaron en el hecho del "autor" que actuó premunido de una causal de justificación, es decir que su conducta no es antijurídica; lo cual resulta un contrasentido, pues no puede ser que la acción principal esté justificada y la secundaria o accesoria, sea condenada penalmente. Igualmente, no resulta coherente la posición que restringe en demasía el ámbito de la participación al ubicarla a nivel de la *culpabilidad;* pues, en estos casos quedaría fuera del reproche penal los supuestos de participación en una acción típica y antijurídica, pero que excluyen la culpabilidad del "autor" al presentarse alguna causal de exculpación; como por ejemplo, quedaría fuera del reproche penal, la conducta del partícipe que colaboró conscientemente, en la realización de un hecho realizado por un inimputable. En este caso, la conducta del inimputable realiza el injusto penal (su conducta es típica y antijurídica), pero por estar amparada, precisamente por la inimputabilidad, como causal de exculpación, su conducta no constituye delito; pero obviamente la conducta del partícipe reúne todas las condiciones para la atribución de responsabilidad penal por su colaboración en la perpetración del injusto penal.

Para evitar estos extremos, es que se ha optado por el principio de *accesoriedad limitada de la participación,*[391]por el cual se atribuye

[391] ROXIN, Claus: *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal.* Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano GONZÁLES de Murillo, Madrid, Barcelona, 1998. El mismo autor: *Dogmática Penal y Política Criminal.* Idemsa, Lima, 1998. El mismo: *Las formas de participación en el Delito: el estado actual de la discusión.* Revista Peruana de ciencia Penales. Nº 9, Lima, 2000, p. 545 y ss. MAURACH Reinhart y ZIFT Heinz: *Derecho Penal Parte General.* Astrea, Buenos Aires, 1995. WESSELS, Johannes: *Derecho Penal Parte General.* Depalma, Buenos

relevancia penal a la participación del sujeto que concurrió a la realización del *injusto penal* (conducta típica y antijurídica), independientemente de si el agente principal o "autor", es o no culpable, con lo que la teoría se ubica en un razonable término medio.

Un criterio de singular importancia actual en la evaluación de la participación está referido a los *criterios de imputación objetiva* para determinar la partición del agente en una acción delictiva. Con estos criterios, para una imputación penal a título de partícipe se requiere que la actuación del sujeto interviniente haya implicado por sí misma un incremento del riesgo de afectación al bien jurídico (riesgo no permitido) independientemente de la actuación propia del autor. Sin embargo, conforme al criterio de la *prohibición de regreso*[392], no cualquier actuación o acto que favorece la realización del hecho delictivo tendrá relevancia penal o involucrará como partícipe a su agente; pues, precisamente, la prohibición de regreso tiene como consecuencia inmediata afirmar la *neutralidad de la conducta,* esto es, quitarle toda relevancia penal a dichas conductas al considerarlas inocuas, estándares, estereotipadas, cotidianas, inofensivas o conductas adecuada el libre ejercicio de un oficio o un actividad cotidiana[393].

Aires, 1980. JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Bosch, Barcelona, 1981. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Ariel, Barcelona, 1989. JAKOBS, Günter: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.* Marcial Pons, Madrid, 1995.

[392] La *prohibición de regreso* es una de las instituciones desarrolladas y propuestas por JAKOBS para afirmar o negar la imputación objetiva y de este modo afirmar o negar la relevancia penal de la conducta. *La imputación objetiva en el Derecho Penal.* Grijley, Lima, 2001, p. 26.

[393] Al respecto, ver: CARO JOHN, José Antonio: Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso.En Caro John: *Normativismo e Imputación Jurídico-Penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista.* Ara Editores, Lima, 2010, pp. 89 y ss.

En tal sentido, solo se configurará una participación delictiva cuando se trate de aportaciones que no se encuadren dentro de estas *conductas neutrales* y que signifiquen una verdadera contribución a la creación de un riesgo no permitido. Así, se descarta como intervención delictiva a cualquier tipo de intervención, aun cuando el partícipe hubiese actuado conociendo que su aportación contribuía a la realización del delito por parte del autor; obviamente si desconocía tal situación, no resulta relevante el análisis, puesto que se descarta la participación aplicando cualquier teoría del delito, o incluso el conocimiento común y cotidiano. Con el criterio de la prohibición de regreso (conductas neutrales) se descarta, por ejemplo, la participación delictiva en el caso del panadero que vende el pan sabiendo que va a ser utilizado por su cliente para envenenar a su suegra (¿participación en homicidio calificado?); caso del vendedor de cuchillos que vende un cuchillo a un sujeto que está participando (o acaba de participar) en un pugilato y con este cuchillo causa lesiones graves a su oponente (¿participación en lesiones graves?); del taxista que traslada al agente al lugar donde va a cometer el delito (¿participación en robo?); del abogado que orienta a su cliente para ponerse fuera del alcance de la administración de justicia (¿participación en encubrimiento?); del arrendador que alquila un inmueble a unos narcotraficantes conociendo tal condición (¿participación en TID?); etc.[394].

Estos criterios, como puede apreciarse resultan altamente técnicos y seguros; por ello en nuestro medio se ha aplicado en múltiples casos, inclusive, a nuestro parecer, en algunos casos de modo sesgado e irreflexivo.

Desde nuestra perspectiva, nosotros consideramos que en estos casos puede resultar óptima la aplicación de la prohibición de regreso descartando la participación delictiva, pero en casos en que la participación no significa propiamente una aportación o contribución a la materialización de la conducta delictiva en sí misma, como el supues-

[394] Al respecto Ver: CARO JOHN *Ob. Cit.* pp. 96 y ss.

to del panadero, cuya acción está vinculada a la realización de actos preparatorios por parte del autor; o en el caso que el taxista traslade al lugar del delito a los agentes del robo. Sin embargo, no nos parece razonable que pueda aplicarse en el caso del vendedor de cuchillos que participa y entrega tal instrumento delictivo, precisamente, cuando se está realizando la acción delictiva, contribuyendo con una aportación determinante y decisiva en la realización del delito. Igualmente en el caso del taxista, si es que este realiza la contribución para concretar propiamente la acción delictiva, como cuando hace la carrera a lugar de los hechos (conociendo del robo), espera que los asaltantes saquen las cosas y luego los traslada lejos del lugar (como sucedió en el caso considerado en la jurisprudencia); en este caso la actuación del taxista es determinante y no nos parece razonable que su actuación pueda quedar dentro de su rol, alegando que no es de su competencia cuidar los bienes de las personas. De admitirse un criterio en este sentido, estaríamos auspiciando la existencia de sujetos absolutamente desvinculados de todo criterio de solidaridad y ajenos al respecto de los bienes de los demás y ajenos a toda necesidad social.

En todo caso, aun cuando el criterio dogmático relativo a la prohibición de regreso y conductas neutrales se muestra como una herramienta técnica y segura, el problema se trasladaría a los criterios referentes a la determinación del "rol", con lo cual ingresamos, de todos modos a un terreno resbaladizo e inseguro, sobre todo si se tiene en cuenta que en nuestra realidad los roles no están debidamente configurados y en muchos casos se superponen, como en el caso en que el taxista es a la vez policía, y más aún si se tiene en cuenta la pluriculturalidad de nuestro país, lo que implica que no existe una visión y cosmovisión uniforme de la realidad. Ello significa que las instituciones de la imputación objetiva, en comento, aun cuando en muchos casos proporcionan criterios óptimos para la resolución de múltiples problemas relativos a la teoría del delito, en muchos otros aún están por configurarse en una realidad como la de nuestro país.

4.3. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓ EN LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER

Los delitos de infracción de deber presuponen el incumplimiento de mandatos especiales de los que son destinatarios ciertos grupos de personas como funcionarios o servidores públicos, ciertos familiares respecto de otros, los profesionales, etc.[395] Como dirían los funcionalistas normativistas, no se trata de la infracción de un deber impuesto por el rol general de ciudadano, sino de un rol especial o institucional[396].

Para la determinación de la autoría y la participación en los delitos *"de infracción de deber"*, como su propio nombre lo indica, lo determinante es la condición especial del agente del delito, el hecho de ser *"sujeto del deber"*, y precisamente el título de imputación se establece a partir de la infracción de este deber, independientemente de si el agente tiene o no el dominio del hecho[397]. En estos delitos se consideran como autores únicamente a los sujetos que reúnen la cualidad especial *-intraneus-*, y el particular (*extraneus*), solo será partícipe, aun cuando pudiera haber ejercitado el dominio del hecho[398].

---

[395] SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: "Los Delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia los delitos cometidos por funcionarios". En: "La Dogmática Penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública". Grijley, Lima, 2001, p. 150.

[396] Como se sabe, los funcionalistas sustentan la imputación objetiva de un delito en la infracción de un deber de organización, aplicable a todas las personas y en la infracción de un deber institucional, en este último sustentan los delitos de infracción de deber.

[397] ROXIN, JAKOBS, WESSELS, BUSTOS RAMÍREZ, conforme a las citas antes expuestas.

[398] Inclusive, desde una perspectiva de la imputación objetiva, se cuestiona hasta la posibilidad de la participación en este tipo de delitos, en efecto, se sostiene: "... autor de un delito de infracción de deber no puede serlo cualquiera, sino solamente el obligado institucionalmente (por ejemplo el Juez en el delito de prevaricato). Para determinar la calidad de obligado institucional se recurre por lo general, a un proceso formal de atribución con ciertos procedimientos preestablecidos. La sola asunción fáctica de una posición institucional no permite afirmar el surgimiento de una vinculación institucional. Únicamente

Aun cuando algunos discuten la división de los delitos entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber[399] que, como lo indica Manuel ABANTO VÁSQUEZ[400], se orientan por la teoría del *dominio del hecho* y la teoría de la *unidad de la imputación*,[401]-en contraposición a la teoría de la ruptura del título de imputación-[402];

---

en los casos en los que la institución está configurada solo socialmente y no responda, por tanto, a una acuñación previa hecha por otra rama jurídica, podría admitirse la entrada excepcional de criterios fácticos para determinar la titularidad del deber especial. Pero la regla general es que solamente aquellos que están formalmente vinculados a una institución social específica son titulares de los deberes especiales que surgen de esa relación institucional. Los *extranei* a la vinculación institucional específica no podrían responder ni siquiera como partícipes del delito de infracción de deber, pues el delito se sustenta sobre la base de una competencia institucional que no admite una graduación cuantitativa. Por otra parte, no hay manera que la infracción de competencias por organización, por muy grave que sea, configure una competencia institucional secundaria. En este sentido, solo el institucionalmente obligado puede responder penalmente como autor de un delito de infracción de deber". GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 385.

[399] MIR PUIG, Carlos: *Ob. Cit.* p. 310.

[400] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *"Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano"*. Palestra Editores, Lima, 2001, p. 45.

[401] "La teoría de la *unidad del título de la imputación.* Para esta tesis, el *extraneus* puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser autor, nada impide que pueda ser cómplice o instigador de ese mismo delito; también a él se dirige la norma subyacente al tipo penal, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no solamente radica en interés de todos, sino que crea el deber de todos de no atentar contra esta protección". ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *Ob. Cit.* p. 44.

[402] Esta teoría, realiza doble imputación, en el caso de la intervención del *extraneus* en la comisión del delito; en este sentido, si por ejemplo, en el delito de peculado, interviene un funcionario ejerciendo del dominio del hecho, y un particular *(extraneus),* este último será partícipe o cómplice pero no del delito de peculado, sino del delito de apropiación ilícita o hurto, según sea el caso, pero como podrá advertirse este último delito, en realidad no se ha cometido. Igualmente, si interviene el *extraneus* ejercitando el dominio del hecho y el *intraneus* o funcionario, solo colaborando con la acción del

sin embargo, los mismos autores refieren que esta teoría es doctrina dominante en Alemania[403] y la asumen en España autores prestigiosos como GÓMEZ BENITES y BACIGALUPO[404] entre otros. Los autores españoles que no asumen esta teoría, consideran que la misma extendería demasiado el concepto de autoría[405]; o que "... ni el artículo 28 ni los concretos tipos delictivos lo acogen de un modo general, salvo algunos supuestos específicos"[406] (delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos). Sin embargo, podemos sostener que a la fecha, en nuestro medio, especialmente para los delitos contra la Administración pública entre otros, la teoría que acepta la *división entre delitos de dominio o acción y delitos de infracción de deber es la que más se ajusta a los verdaderos fines del Derecho penal*[407], y se asume mayoritariamente para la determinación del autor y del partícipe.

---

particular, este solo será partícipe o cómplice del delito de peculado (que no se ha cometido), y el particular, será autor del delito de apropiación ilícita o hurto. Esta teoría pierde de vista el criterio de la accesoriedad de la participación, y precisamente allí radica su punto más débil. Como puede observarse, esta teoría no proporciona soluciones satisfactorias.

[403] Con opinión contraria de Stratenwerth. MIR PUIG, Carlos: *Ob. Cit.* p. 310.

[404] MIR PUIG, Carlos: *Ob. Cit.* p. 310. También se pronuncian en contra, aunque aceptándola para algunos supuestos (dentro de los cuales, en nuestro caso podemos ubicar a los delitos de enriquecimiento ilícito), MUÑOZ CONDE, Francisco: *Ob. Cit.* p. 813 (Parte Especial); MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.* p. 370; RODRÍGUEZ MOURRULLO, G: *"El autor mediato en Derecho Penal español"*. Libro Homenaje al Profesor Jiménez de Azúa. Buenos Aires, 1970. p. 574; GINBERNAT ORDEIG, Enrique: *"Autor y Cómplice en Derecho Penal"*. Madrid, 1966, p. 297. Aun cuando este último autor lo admite, cuando los tipos penales estén constituidos como "infracción de deberes". Cita, esta última, de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *"Delitos contra la Administración Pública..."*. p.49.

[405] RODRÍGUEZ MOURRULLO: *Ob. Cit.* p. 310.

[406] MUÑOZ CONDE, Francisco: *Ob. Cit.* p. 833.

[407] Sobretodo si se cuenta con el aval de la autorizada doctrina Alemana (ROXIN, JAKOBS, WESSELS, HERZBERG, etc. Además de BUSTOS RAMÍREZ, BACIGALUPO, RODRÍGUEZ MOURRULLO, etc.).

De este modo, se pueden solucionar casos complicados como cuando el particular o sujeto no cualificado es quien ha tenido el dominio y el sujeto especial solo ha contribuido a la realización del delito (participado en el mismo). En este caso, si nos sujetásemos a la teoría del *dominio del hecho*, el *extraneus* no sería autor, por no reunir la condición personal para ser tal; asimismo, el sujeto especial tampoco lo sería, por no haber tenido el dominio del hecho. Entonces, estando a la *accesoriedad de la participación* como institución jurídico-penal, ambas conductas serían *impunes*; pues no hay autor, y por tanto, tampoco habrá partícipes. En cambio, aplicando la teoría de los delitos de *infracción de deber*, el sujeto especial (funcionario o servidor por ejemplo) será autor, ya que infringió su deber, y por tanto, está presente el título de imputación; y el particular será partícipe (cómplice); pero estando a que el particular ha tenido el dominio del hecho, será un partícipe primario, y por tanto le corresponderá la misma pena del autor, en virtud al artículo 25º del Código Penal.

En este caso, ambos agentes quedarán equilibrados en cuanto a la pena a aplicárseles. El sujeto especial, pese a no haber dominado el hecho, por haber participado infringiendo su deber (lo que agrava su conducta) y el particular, que si bien no ha infringido deber específico alguno, ha tenido el dominio del hecho. Como se aprecia, aplicando la teoría de los delitos de infracción de deber, se resuelven satisfactoriamente casos que con la teoría del dominio del hecho quedarían sin resolver.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que, tanto para la determinación de la calidad de autor a través de la teoría del dominio del hecho, así como tomando en consideración la participación del sujeto que infringe su especial deber frente al bien jurídico o al titular de este, lo importante es determinar la estructura o contenido del tipo penal de que se trate, -la acción típica, el resultado, el nexo de causalidad entre ambos y demás circunstancias relevantes-, pues como refiere BUSTOS RAMÍREZ, "... no se puede ser autor en abstracto o en general sino que se es solo autor de un delito determinado, ya que

las características de la correspondiente figura legal señalan los presupuestos básicos ineludibles para señalar a una persona como autor. El autor surge de la Parte Especial de los delitos en particular"[408].

4.3.1. AUTOR EJECUTIVO EN DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Al igual que en los delitos de dominio, en este caso el agente realiza por sí mismo la acción delictiva; solo que el fundamento de la imputación penal no es el dominio del hecho sino la infracción del deber del cual es portador. El círculo de autores está limitado a los portadores del deber, como por ejemplo el caso específico del delito de prevaricato, el cual puede ser cometido únicamente por los jueces o fiscales; aun cuando conforme al artículo 421° del CP, también se considera en general al abogado como autor de este delito, es de verse que en este caso, propiamente estaremos hablando de delito de patrocinio indebido y no propiamente de prevaricato.

4.3.2. COAUTOR EN DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

También se trata de supuestos de autoría. Para la configuración de la coautoría deberá producirse una afectación en común del deber especial, sea cual fuere el aporte de cada uno de los intervinientes[409]. Ello solo será posible cuando exista un ámbito de asuntos confiado a varias personas a la vez y todas ellas infringen su deber simultáneamente al cometer el delito. La coautoría obtiene así, en los delitos de infracción de deber, una estructura totalmente distinta respecto del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones de hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber. El ámbito de la coautoría se restringe notablemente, pues solo cabe hablar de carácter común, en

---

[408] BUSTOS RAMÍREZ; Juan: *Ob. Cit.* p. 285.

[409] BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal. Parte General.* Ara Editores, Lima, 2004, p. 480.

este sentido, cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber[410]. En tal sentido, si dos o más personas portadoras, cada una, de un deber personal e individual frente al bien jurídico, se pusieran de acuerdo para realizar el delito, infringiendo cada una de ellas su especial deber, no se tratará de una coautoría, puesto que cada una de ellas estará infringiendo su propio deber, por lo que cada una de ellas será autora directa, ejecutiva o inmediata por sí misma.

4.3.3. AUTOR MEDIATO EN DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

La autoría mediata[411] en este tipo de delitos, no se centra en la determinación o discusión respecto a la persona utilizada como *instrumento*, si esta tiene voluntad o no, o si actuó bajo causa de justificación, de error de tipo u otras circunstancias similares, sino más bien el problema se traslada a los casos en que el agente portador del deber se sirve de un intermediario carente de tal cualificación (no portador del deber, un *extraneus*). Pues en los casos en que el agente especial se vale de una persona a la que utiliza como "instrumento" (con ausencia de voluntad), como quiera que el fundamento de la imputación penal es la infracción del deber, también en este caso el agente estará infringiendo su deber de modo directo, y por tanto, le será imputable el delito de infracción de deber a título de autor directo o ejecutivo y no de autor mediato.

En efecto, cuando el *intraneus* se vale de un *extraneus* para la comisión del delito, se presenta el siguiente problema: el *extraneus* no puede ser autor por cuanto no es portador del deber especial, pero tampoco el *intraneus* puede ser autor mediato, porque el *extraneus* actuó voluntariamente (no como instrumento); asimismo, el *intraneus*

---

[410] ROXÍN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal.* p. 389.

[411] "En los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro, o en el marco de aparatos de poder organizado. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho. ROXIN, Claus: *Ob. Cit.* p. 392.

tampoco puede ser instigador porque para ello se requiere de un autor ejecutivo, y el *extraneus* no lo es; en estos casos, aparentemente se generaría una situación de impunidad intolerable, que debe ser resuelta por la dogmática penal. Ante tal situación, como venimos sosteniéndolo a lo largo de este trabajo, y sobre todo tomando en cuenta las necesidades político criminales preventivas de este tipo de conductas, debemos tener presente que también en estos casos es la infracción del deber el fundamento de la punición, y tal infracción solo la ha cometido el *intraneus,* consecuentemente, será a este a quien debe imputársele la autoría del hecho; por tanto, estaremos ante un caso de autoría directa del *intraneus.* Pero claro, el *extraneus* ha intervenido en los hechos desarrollando una actividad en la que ha tenido pleno dominio, por lo que resulta ser un cómplice necesario al que debe corresponderle la misma pena que para el autor, tal como lo hemos señalado líneas antes. En sentido similar se pronuncia VILLAVICENCIO TERREROS[412]. En este caso se muestra una vez más el rendimiento práctico de la definición de los delitos de infracción de deber como categoría dogmática.

4.3.4. PARTICIPACIÓN EN DELITOS DE INFRACCION DE DEBER

En los delitos de infracción de deber, no interesa el dominio del hecho para determinar la calidad de autor, partícipe o cómplice, pudiendo darse el caso en que el *extraneus* (que no tiene el deber) tenga el dominio del hecho, sin embargo, no se le puede considerar autor, por cuanto en estos delitos el fundamento de la imputación penal se sustenta en la infracción del deber y no en el dominio, y precisamente dicho particular (*extraneus)* no es portador del deber especial que califica el título de imputación de autoría. Ello a la vez significa que si se trata de sujetos portadores del deber (garantes del bien jurídico), independientemente del grado de su contribución a la comisión del delito, responderán siempre en calidad de autores. Claro

[412] *Ob. Cit.* p. 491.

que en estos casos, el menor grado de participación tendrá incidencia al momento de la determinación de la pena dentro de los extremos de la pena conminada, pero de ningún modo se niega la autoría. Sin embargo, el deber especial deberá estar referido directamente a la protección del bien jurídico atacado por el delito, porque de otro modo, será considerado como un particular más y no se le podrá atribuir la calidad de autor; por ejemplo, en el caso del delito de peculado, el agente para ser autor, además de la condición de funcionario o servidor público, deberá tener el deber de custodia o administración de los efectos o caudales pertenecientes a la administración pública materia del delito, y si participara otro funcionario que no tiene tal deber, solo se le podrá imputar la calidad de partícipe o cómplice, aun cuando hubiese tenido una participación determinante en la comisión del delito (que se podría decir que ha dominado el hecho).

En tal sentido, a cualquier particular (*extraneus)* que participe en los delitos de infracción de deber solo se le podrá imputar participación a título cómplice, sea primario o secundario[413], según el grado de su contribución a la realización del delito.

La contribución del partícipe puede concretarse a través de un aporte comisivo o de una simple *omisión*, esto último cuando el partícipe tenga algún deber especial de protección o de garante del bien afectado; tales serían los casos del padre que omite todo acto de protección en un supuesto de abuso sexual de su hija. En este caso, como puede verse, se trata de un supuesto de omisión impropia (acción por omisión), resultando difícil que pueda verificarse la participación omisiva en casos de omisión propia. Obviamente, para determinar la complicidad no será suficiente con la concreción objetiva de la omisión, sino que se requerirá del dolo del agente, esto es, que su conducta

[413] "Si por ejemplo, alguien determina, dados los requisitos del 52, a un funcionario a realizar torturas (343 StGB), tiene, tal como hemos visto supra, el dominio del hecho. Pero sin embargo no es autor de las torturas del 343 StGB, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario como sujeto de este delito". ROXIN, Claus: *Autoría...* p. 383.

omisiva esté orientada a contribuir con la realización del delito por parte de los autores u partícipes (comisivos).

Los delitos de *infracción de deber* en gran medida se identifican con los *delitos especiales,* y por ello presentan los mismos problemas referidos a los *delitos especiales propios* y a los *delitos especiales impropios;* especialmente en cuanto a estos últimos, para la calificación y determinación del delito por el cual responderá el partícipe; esto es, si debe responder por el delito en el cual se ha tipificado la conducta del sujeto especial o en la que correspondería al *extraneus,* de no haber participado como autor dicho sujeto especial.

Al respecto, existen dos teorías para calificar y determinar el delito por el cual responderá el partícipe (*extraneus);* estas son las llamadas teoría de la *ruptura del título de imputación* y la teoría de la *unidad del título de imputación.* Ambas teorías hacen depender del dominio del hecho la imputación de la autoría[414].

La ***teoría de la ruptura del título de la imputación*** considera que los delitos especiales están referidos exclusivamente a los *intraneus,* por lo que de participar un *extraneus,* este responderá solo por el delito común homologable, subyacente o subsidiario del delito especial. Así por ejemplo, en el delito de peculado (delito especial impropio), el funcionario o servidor público que participa en los hechos será autor de este delito; pero al particular o *extraneus* que interviene en el hecho, solo se la podrá atribuir la condición de partícipe (o autor si hubiera tenido el dominio del hecho) en el delito común homólogo (al peculado) de hurto o el de apropiación ilícita.

---

[414] REAÑO PESCHIERA, José Leandro: *Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: Un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita.* En: San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera: Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir. Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 272 y ss.

Esta teoría tiene grandes deficiencias para resolver los problemas que se presentan en la práctica, además de que sus postulados no resultan convincentes. En efecto, genera *impunidad* para los *extraneus* que participan en los delitos especiales propios, puesto que estos delitos no tienen su equivalente común o delito homólogo, como sí lo tienen los delitos especiales impropios, y por tanto, no se los podrá comprender en el delito especial ni en delito común alguno.

Asimismo, tampoco resuelve la situación del *intraneus* en los delitos especiales propios, cuando este, pese a ser portador del deber especial, no actúa con dominio del hecho (como se he indicado, esta teoría se vale del dominio del hecho para determinar al autor), y por tanto no podrá ser autor del delito especial, pero como quiera que el *extraneus* tampoco puede ser autor por no ser portador del deber especial, la situación del *intraneus* será de total impunidad en estos casos.

Asimismo, desconoce y niega en diversos casos el principio de *accesoriedad* de la participación; en efecto, en el caso de los delitos especiales impropios en los que el *extraneus* solo presta cierta contribución a la realización del delito, le correspondería solo la condición de partícipe, sin embargo, al calificar su conducta en el delito común, se le atribuirá la condición de autor (pues, no puede ser partícipe de un delito común donde no hay autor).

Igualmente, esta teoría, pese a que se trata de un solo hecho, en el que participó tanto el sujeto especial así como el *extraneus,* crea artificialmente dos hechos, uno configurativo del delito especial (por ejemplo, peculado) y otro común (por ejemplo apropiación ilícita).

Para superar estas inconveniencias se ha desarrollado la teoría de la ***unidad del título de la imputación.*** Para esta teoría, el *extraneus* puede ser partícipe del delito especial, tanto en los delitos especiales propios así como en los impropios; pues, si bien no es ni puede ser autor, nada impide que pueda ser cómplice o instigador de ese mismo delito. En efecto, también a él se dirige la norma subyacente al tipo penal, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico)

y la protección no solamente radica en interés de todos, sino que crea el deber de todos de no atentar contra esta protección[415]. El contenido del injusto de la participación se determina según el contenido del injusto del hecho en el que participa. Esta teoría se apoya en la vigencia del principio de accesoriedad limitada de la participación respecto de la autoría, a la par que reconoce que la incomunicabilidad prevista en el artículo 26° del CP únicamente opera frente a las circunstancias modificativas de responsabilidad, más no ante las que fundamentan el injusto[416].

Finalmente, respecto a la aplicación de la pena, conforme a al artículo 25° del CP, al partícipe (*extraneus*), le correspondería la misma pena que al *intraneus*; no obstante, como quiera que no ha infringido deber especial alguno, el reproche penal exigido no puede ser el mismo que el que corresponde a quien sí lo hizo; para evitar esta circunstancia de injusticia, el juzgador deberá aplicar al partícipe una pena dentro de los límites de la pena conminada pero siempre por debajo de la pena que le corresponda al autor. Inclusive, podría rebajarse la pena hasta por debajo del mínimo legal, en los casos de los delitos especiales impropios -hasta el límite de la pena prevista para el delito en el cual se hubiese tipificado el delito si es que no hubiese participado el sujeto especial- en aplicación de la *analogía in bonam parte*[417]; claro que esto no será posible en el caso de los delitos especiales propios.

La teoría de la unidad del título de imputación ha sido asumida ampliamente en nuestra jurisprudencia, tanto del Poder Judicial así como del Tribunal Constitucional[418]. Sin embargo, también se sos-

---

[415] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A: *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano.* Palestra Editores, Lima, 2001, p. 44.

[416] REAÑO PESCHIERA: *Ob.Cit.* p. 273.

[417] ABANTO VÁSQUEZ: *Ob. Cit.* p. 51.

[418] En efecto el TC, en aplicación de esta teoría, ha sostenido lo siguiente: "Siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio en este caso- es absolutamente posible el concurso de terceros para su

tiene que resulta insatisfactoria especialmente en los casos en que el *intraneus* puede cooperar en un delito de dominio realizado por un *extraneus* doloso; en cuyo caso, en los delitos especiales impropios, el *intraneus* solo responderá como partícipe del delito común, mientras que en los delitos especiales propios, tanto el *intraneus* como el *extraneus* resultarían impunes.

Obviamente la situación descrita no resulta justa ni satisfactoria, más aún, tal como refiere MUÑOZ CONDE, "... sería un escándalo que las dudas y vacilaciones de una dogmática de la autoría no plenamente perfilada en sus contornos, obligara a dejar impunes o a castigar solo con la pena atenuada del cómplice lo que materialmente merece a toda luces la pena del autor"[419]. En tal sentido, consideramos que para resolver esta problemática y aplicar un criterio eficaz y satisfactorio, debemos asumir la *teoría de la unidad del título de imputación,* pero considerando la diferenciación entre delitos de dominio y *delitos de infracción de deber,* y en estos últimos, fundamentando el título de la imputación, precisamente en la infracción del deber, en reemplazo del dominio del hecho en los casos de los delitos especiales, tanto propios como impropios.

---

efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de tercero en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo 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". EXP. N.º 2758-2004-HC/TC.Caso: Bedoya de Vivanco. 23/11/2004.

[419] MUÑOZ CONDE, Francisco: *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada.* En: Quintero Olivares y otros (Editores), Universidad de Huelva, Huelva, 1999. p. 159.

No obstante, si bien el fundamento de la imputación en los delitos de infracción de deber, es el deber infringido, debe tenerse en cuenta que de todos modos, las normas penales que configuran los delitos protegen bienes jurídicos, y por tanto, para considerar que estamos frente a un delito, se debe considerar el principio de lesividad, por lo que más allá de la infracción del deber como fundamento de imputación penal se debe considerar la naturaleza de la acción delictiva y la forma de afectar al bien jurídico, así como la específica participación de cada uno de los intervinientes en el hecho delictivo.

Finalmente, debemos precisar que a la fecha, la Corte Suprema de la República en una reciente Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente, Casación N° 782-2015-Del Santa, del 6 de julio del 2016, a la que se le da la calidad de vinculante, ha generado un problema de interpretación de las normas y una confusión doctrinaria y jurisprudencial, pues, sostiene: *"10. El artículo 26° del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de la imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el* status *del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.*

11. Así las cosas, el artículo 25° del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u o esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status *puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo o aporte que reciba escapará del radio punitivo de la norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción".*

Con este criterio, que contradice la doctrina nacional casi unánime, así como la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, la Sala Permanente estaría generando una total impunidad para los particulares que participan en los actos de corrupción de los funcionarios públicos, con lo que se está emitiendo un mensaje lamentable a la ciudadanía, en momentos en que precisamente se exige un verdadero compromiso de la administración de justicia y todos los organismos públicos y privados vinculados a ella, en la lucha contra la corrupción; sobre todo por nuestros más altos organismos, como la Corte Suprema. Felizmente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en sentido contrario, asumiendo la teoría de la unidad del título de la imputación, y como quiera que los pronunciamientos del TC tienen mayor nivel de vinculatoriedad que los precedentes vinculantes de la Corte Suprema, este criterio supuestamente "vinculante" de la Sala Penal permanente, simplemente no tendría ningún efecto vinculante.

En efecto, el Tribunal Constitucional en la STC Nº 2758-2004-PHC/TC, del 23 de noviembre del 2004, Caso Bedoya de Vivanco: *"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 tercero en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo 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".*

4.4. EXCURSO: AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

CRITERIOS APLICADOS EN EL CASO FUJIMORI FUJIMORI (Crímenes de Barrios Altos y la Cantuta)

Este excurso constituye los criterios elaborados por los autores del presente trabajo, en ocasión de su desempeño funcional como Fiscales de la Primera Fiscalía Suprema Penal que estuvo a cargo de llevar adelante el juicio y acusación contra el Ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, procesado por los hechos de "Barrios Altos" y "La Cantuta". Estos criterios fueron los que se tuvieron en cuenta para elaborar y formular la Acusación Penal y la Requisitoria Oral, que finalmente fueron tomados en cuenta, con ciertas variantes, por la Sala Penal en la sentencia condenatoria contra dicho procesado.

I. INTRODUCCIÓN

1. Ha quedado demostrado con prueba suficiente (glosar en la medida de lo posible la prueba), que las muertes y demás ilícitos producidos en las incursiones de "Barrios Altos" y "La Cantuta", fueron realizadas por el llamado Grupo o Destacamento Colina, grupo adscrito al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), el mismo que actuaba con conocimiento y participación del acusado Alberto Fujimori Fujimori (AFF), y que fuera conformado para llevar a cabo la llamada "Guerra de baja intensidad", orientada a detectar, identificar, ubicar, secuestrar, torturar y eliminar a personas vinculadas a la organizaciones subversivas, así como también a opositores políticos, o en general, a personas contrarias al régimen de gobierno del acusado.

2. El llamado Grupo Colina estaba integrado por efectivos militares en actividad y dependía directamente de los mandos militares en cuyo vértice superior estaba el acusado Alberta Fujimori Fujimori en su condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas del País; mando que en general compartía con su Asesor Vladimiro Montesinos Torres, quien como ex miembro del

Ejército conocía los sistemas y estrategias de inteligencia, a la vez que recababa directamente la información de los órganos de inteligencia y planeaba, con conocimiento y autorización del acusado Fujimori Fujimori, las acciones especiales a través de las cuales se concretaba los fines y objetivos del referido destacamento militar.

3. En este contexto, y para efectos del presente proceso, es necesario precisar cuál es el título de imputación penal que le corresponde al procesado AFF, a partir del cual se debe determinar su responsabilidad penal. Puesto que aun cuando no tuvo participación directa en los hechos ejecutivos configurativos de los delitos materia de autos, sí tuvo participación decisiva en la organización del grupo militar y en la aprobación de las acciones objeto del proceso, así como en las actuaciones orientadas a lograr la impunidad de dichas acciones. Más allá de que en su condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de Presidente de la República, tenía el supremo deber de velar por la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos, especialmente sus vidas e integridad física (lo que le otorgaba una especie de posición de garante de los mismos), y en lugar de cumplir con estos deberes supremos propició los atentados contra la vida de las personas comprendidas en el presente proceso.

   En este sentido, debe precisarse, en primer lugar, cuál es su condición jurídica en el presente caso, esto es, si tuvo la calidad de autor, coautor, inductor o partícipe en los hechos sub materia, a fin de graduar el reproche penal que le corresponde; teniendo en cuenta la distancia existente entre su posición en el vértice de la cadena de mando y los autores ejecutivos de los hechos, constituidos por los integrantes del llamado Grupo Colina (autores de las muertes, desapariciones y torturas en cuestión) así como su actuación decisiva en la comisión de los hechos materia de autos y en la generación de impunidad para los autores directos de los hechos.

II. AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOA DE PODER

1. En el caso de las organizaciones delictivas o aparatos organizados de poder, como el que realizó las matanzas materia de autos, determinar el grado de participación de un imputado, apelando a las categorías jurídico-penales tradicionales resulta sumamente difícil; puesto que estos conceptos llevan a extremo el principio según el cual "nadie responde penalmente a título de autor más que por sus propios actos". Criterio que se ha plasmado en nuestro Código Penal en su artículo 23° (referido a los distintos supuestos de autoría) en los siguientes términos: *"El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente..."*[420]; en donde se aprecia claramente los supuestos de *autor directo o ejecutivo (inmediato), autor mediato y coautor.*

2. En el caso de autos, tal como se verá más adelante, lo que nos importa es la *autoría mediata*, la misma que en general se ha previsto para casos en que el llamado "hombre de atrás" utiliza al autor ejecutivo (hombre de delante) como un instrumento; esto es, domina su voluntad, al actuar este último en error, coacción, etc. El problema se presenta cuando el autor ejecutivo no es utilizado como instrumento, por actuar voluntariamente y en ejercicio de su libertad, y sin embargo, es el "hombre de atrás" el que domina los acontecimientos y decide la comisión del delito, como en los casos de la actuación de organizaciones delictivas clandestinas o las propias fuerzas o destacamentos de seguridad del Estado.

3. Estos son los casos de las organizaciones delictivas, en las que con la concepción tradicional del autor mediato, pensada originalmente

---

[420] Obviamente, esta disposición es distinta a la del Código penal español (más tradicional en este aspecto), que establece: *"Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento" (art. 28).*

para supuestos de intervención de pocos individuos en el hecho colectivo, no se podría comprender como tal al jefe o dirigente de la organización, de modo que responda en la real magnitud de su contribución a la comisión del delito, pudiendo comprendérselo únicamente con títulos menores de participación como la inducción o la simple complicidad. Con lo cual, obviamente, se burlaría las justas expectativas político-criminales de la sociedad y de la comunidad nacional e internacional en su conjunto.

4. Como se sabe, estas organizaciones se basan en principios de jerarquía y división del trabajo y con reparto de funciones, lo cual da lugar a que en su seno los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva no sean quienes han trazado el plan delictivo y han decidido u ordenado su realización. La estructura vertical de la organización propicia esa separación entre dirigentes y los simples ejecutores.

   La existencia de relaciones de subordinación jerárquica permite atribuir a los dirigentes un dominio sobre el curso de los acontecimientos, puesto que son ellos quienes toman las decisiones respecto a la comisión de los delitos, lo que amerita un reproche penal superior respecto a los simples ejecutores. Pues, estos últimos, sin llegar a ser instrumentos, solo representan parte del engranaje de la maquinaria que constituye la organización.

5. Tal como refiere ROXIN: "...el instrumento que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es solo y ni siquiera mayoritariamente aquel que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Este está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque esta puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les

pide"[421], y agrega el referido autor: "...el ejecutor y el hombre de atrás poseen distintas formas de dominio del hecho, que no se excluyen mutuamente. El que mata a la víctima con sus propias manos, ejerce el denominado *dominio de la acción,* es decir, un dominio que se deriva de la consumación de un determinado acto del hecho. El hombre de atrás tiene, en cambio, el *dominio de la organización,* es decir, una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propia mano a través del aparato de poder que está a su disposición. Esta seguridad de resultado fundamenta el dominio del hecho. Se diferencia del dominio de la acción del ejecutor, pero puede, sin más coexistir con él"[422]. En este sentido, queda claramente establecido que tanto el autor ejecutivo, así como el "hombre de atrás" (jefe o dirigente de la organización) tienen el dominio de los acontecimientos, el primero a través de un dominio individual de la acción, y el segundo a través del dominio de la organización, la misma que le garantiza a este último la obtención del resultado querido.

III. TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

1. Así las cosas, y ante las inconveniencias y la necesidad de plasmar un Derecho penal eficaz y eficiente, que encarne las respuestas político-criminales exigidas por la sociedad y la comunidad internacional[423], la doctrina y la jurisprudencia han plasmado nuevas formas de abordar la problemática de la actuación de los

---

[421] ROXIN: *"El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata"*. Revista penal: Conferencia pronunciada el 23 de marzo del 2006 en la clausura del Curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho penal y la criminología". Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

[422] *Ibídem*

[423] Sobre todo, a partir de las atrocidades llevadas a cabo por el nacionalsocialismo alemán y posteriormente por gobiernos totalitarios o dictatoriales, así como por organizaciones terroristas.

dirigentes de los aparatos organizados de poder, quienes merecen el mayor reproche penal, ya que tienen el dominio del aparato de poder, y por tanto, la capacidad de decidir respecto a la comisión de los delitos llevados a cabo por dicha organización. Tal es el caso del procesado Fujimori Fujimori respecto al Destacamento Colina, autor de las muertes materia de autos, al cual concurrió a su conformación, diseño de sus objetivos y procuró la impunidad de las acciones realizadas; no necesitando, inclusive, ordenar o conocer cada una de dichas acciones, puesto que para ello había delegado a su asesor Vladimiro Montesinos Torres.

2. Esta nueva forma de abordar la problemática es la teoría de la *autoría mediata por dominio de la organización,* ideada por ROXIN, y aceptada mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera. Esta teoría es la asumida por el Ministerio Público en el presente caso, la misma que está contenida en la acusación fiscal, y también ha sido aplicada en el caso del proceso seguido contra Abimael Guzmán Reynoso, contra el general Julio Salazar Monroe (en el mismo caso La Cantuta), entre otros.

3. Con esta teoría se considera *autor mediato* al jefe o dirigente del aparato organizado de poder a través del cual se comete el delito o los delitos. Lo fundamental es que se atribuye la autoría mediata al jefe o dirigente a pesar de que el ejecutor directo de los hechos, es una persona responsable que actúa voluntariamente; es decir, que no ha sido utilizada como instrumento, como en la autoría mediata en general.

   El fundamento de la atribución de la calidad de autor al jefe, como ya se indicó, radica en que domina el funcionamiento de la organización conforme a los fines propuestos, por lo que se constituye en responsable de la actuación de la organización, lo cual sin embargo no exime de responsabilidad al ejecutor, quien libremente se ha afiliado a la organización y actúa voluntariamente (aun cuando en ciertos casos su voluntad puede estar condicionada por los propios mecanismos de la organización, sin llegar

a anular su libertad y responsabilidad). En estos casos resultan responsables, a título de autor, tanto el jefe u hombre de atrás así como el ejecutor, el primero por el injusto de la organización (dominio de la organización), y el segundo por el injusto individual (dominio de la acción)[424].

La atribución de la calidad de autor mediato al jefe o dirigente a través de esta teoría ha alcanzado legitimidad en la doctrina y la jurisprudencia, habida cuenta que repugna a la conciencia jurídica, que a la persona que domina, decide y determina la realización del delito, solo se le pueda imputar formas menores de participación como la inducción o la complicidad.

4. La *autoría mediata por dominio de la organización,* tal como la concibió ROXIN y ha sido aceptada mayoritariamente, exige los siguientes presupuestos:

   a) La existencia de un aparato de poder organizado

      Integrado por una pluralidad de personas voluntariamente incorporadas o afiliadas a la organización; en la cual puede existir unidad o pluralidad de dirección, a la vez que pueden existir mandos intermedios con un propio ámbito de influencia o autonomía. Es caracterizado por una rígida estructura jerárquica que le permite al hombre de atrás ejercer el control de los ejecutores a través de los propios mecanismos de la organización. Esto es, cuenta necesariamente con jefes o dirigentes y personas que ejecutan las decisiones, las mismas que pueden ser intercambiables o fungibles en aras a lograr el resultado querido.

      En el caso de autos, al tratarse el Grupo Colina, de un destacamento al interior del Ejército, contaba con un jefe máximo,

---

[424] FARALDO CABANA, Patricia con cita de BLOY, en: *Responsabilidad Penal de dirigentes en Estructuras Jerárquicas.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110.

constituido por el procesado, que era el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y además Presidente de la República, que para estos efectos actuaba conjuntamente con su asesor presidencial. Adicionalmente existían mandos intermedios encargados de dirigir al aparato de poder; a la vez que contaba con varios ejecutores que realizaban directamente las acciones, como ha quedado demostrado.

b) Poder de mando

Constituido por el jefe o dirigente o por el cuerpo colegiado que toma las decisiones e imparte las órdenes. Pudiendo existir mandos intermedios con un ámbito de influencia autónoma; estos tienen el dominio de la organización y por tanto son los únicos a quienes se les puede imputar la autoría mediata. Tal como refiere ROXIN: "...es autor mediato todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder –sin importar en qué nivel de jerarquía- y que a través de órdenes puede dar lugar a delitos en los cuales no importa la individualidad del ejecutante"[425].

c) La desvinculación del aparato organizado de poder del ordenamiento jurídico

Si bien en un inicio se asumió que toda la actividad de la organización debía estar al margen del Derecho (actuación ilícita integral), con posterioridad se ha asumido, ya sin mayor discusión, que puede tratarse de un aparato de poder que funcione ordinariamente conforme al ordenamiento jurídico, solo que sus dirigentes se sirven de los mecanismos de la organización para concretar determinados delitos. Esto es, la desvinculación no debe ser total, bastando con que los actos constitutivos del delito se cometan en el marco

[425] ROXIN: *La autoría mediata por dominio de la organización.* En Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 13, Junio 2003, Idemsa, Lima, p. 18.

de la actividad de la organización contraria a Derecho. Asimismo, la desvinculación del Derecho no depende de cómo se juzga al aparato organizado de poder en el momento en que actúa o cómo se perciben sus integrantes, sino de la valoración actual (al momento de juzgar los hechos). "Los asesinatos en el Muro de Berlín fueron, por tanto, acciones desvinculadas del Derecho, aunque la Jefatura del Estado de la RDA debió de haber tenido otra opinión al respecto"[426].

En el caso de autos, sin embargo, no existe duda alguna que toda la actuación del llamado Grupo Colina, se enmarcaba fuera del ámbito del ordenamiento jurídico, puesto que su propia gestación tuvo como meta cometer acciones evidentemente delictivas, como las de detectar, identificar, ubicar, secuestrar, torturar y eliminar a personas vinculadas a la organizaciones subversivas, así como también a opositores políticos, o en general, a personas contrarias al régimen de gobierno del acusado.

d) La fungibilidad del autor inmediato o ejecutor

Determinada por la intercambiabilidad o sustituibilidad de los ejecutores que asegura la realización del resultado delictivo; esto es, de los que realizan la última fase de la comisión del delito. Aun cuando el propio ROXIN indica que la fungibilidad en las organizaciones puede estar configurada en distinta medida, de modo que es recomendable no apoyar exclusivamente la autoría mediata en este criterio[427], en determinados casos puede jugar un papel determinante, en la medida que

---

[426] ROXIN: *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata.* Revista penal: Conferencia pronunciada el 23 de marzo del 2006 en la clausura del Curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho penal y la criminología". Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.

[427] *Ibídem.*

se cuente con un buen número de posibles ejecutores, de tal suerte que la negativa de alguno de ellos no impida la realización del delito.

Particularmente en el caso de autos el número de ejecutores era elevado y cada uno de ellos estaba presto a cumplir la orden, estimulados, fundamentalmente, por los beneficios económicos que obtenían por su participación en los actos delictivos.

e) ***La elevada disponibilidad al hecho de parte del ejecutor***

Entendida como la disposición incondicional para llevar a cabo las instrucciones antijurídicas recibidas, las mismas que establecen una especie de sujeción del ejecutor con el hombre de atrás. Tal como refiere ROXIN: "... un aparato organizado de poder desvinculado del Derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene una posición distinta a un actor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo". En este sentido, pueden presentarse diversas circunstancias que influyen en el comportamiento del ejecutor:

- La pertenencia a la organización suscita ya como tal una tendencia a la adaptación. Ello puede conducir a una actuación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurrirían a un individuo no integrado a la organización.
- Empeño excesivo en contribuir con la organización por arribismo, afán de notoriedad, ofuscación ideológica, impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de la organización cree poder realizar impunemente (la impunidad la basa en que en buena cuenta su conducta está ordenada "por los de arriba"). O también temores a represalias a perdida de prerrogativas o poder dentro de la propia organización.
- Todo ello conduce a una disposición al hecho de los miembros condicionada a la organización que, junto a su intercambiabilidad para los hombres de atrás, es un ele-

mento esencial de la seguridad con la que pueden confiar en la ejecución de sus órdenes[428].

Estas circunstancias se pueden apreciar y resultan aplicables especialmente a los casos de la criminalidad de Estado, pero también puede ser aplicada a actividades terroristas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada. En el caso que nos ocupa, como ya se indicó, el estímulo económico constituía un condicionante eficaz, a la vez que se pueden apreciar todas estas circunstancias anotadas como elementos que predisponían a los ejecutores al cumplimiento de la disposición superior. Tanto más si en muchos de los casos, los propios ejecutores tenían algún grado de participación en la selección de la actividad ilícita que iban a realizar; más aún, estaban convencidos respecto a la conveniencia de las acciones a favor del régimen al cual servían.

IV. SUPUESTOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE LA TEORÍA DELA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

1. Esta teoría, según ROXIN, resulta especialmente aplicable a los casos:

   a) Del llamado "Estado Criminal", cuyo ejemplo más notorio lo constituye el régimen nacionalsocialista.

   b) Organizaciones estatales, normalmente fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y las Fuerzas Armadas, cuando empiezan a actuar de forma delictiva en la persecución de objetivos fijados por el Estado, como el caso de las dictaduras de América del Sur y la guerra sucia contra el terrorismo, la disidencia política o la guerrilla.

---

[428] *Ibídem.*

c) Movimientos clandestinos, organizaciones delictivas y asociaciones ilícitas en general que persigan objetivos contrarios al ordenamiento jurídico[429].

También se ha propuesto la utilización de esta teoría para imputar responsabilidad a título de autoría mediata a los dirigentes de empresas u organizaciones empresariales cuya estructura y funcionamiento es similar a las organizaciones antes citadas, lo que sin embargo, aún se encuentra en discusión.

Pues, en todos ellos existe una estructura jerárquica y fungibilidad de los ejecutores, consecuencia de que la organización tiene ya una cierta dimensión y que fundamenta el automatismo en el funcionamiento del aparato.

2. En el caso que nos ocupa, resulta especialmente importante referirnos al llamado "Estado Criminal", que es el marco dentro del cual se llevaron a cabo las acciones que nos convoca, aun cuando también resultan de utilidad las ideas referidas a los cuerpos de seguridad del Estado y las Fuerzas Armadas, en cuyo seno se formó y actuó el llamado Destacamento Colina.

4. "Por supuesto, cuando se habla de estado criminal no cabe duda de que existe una organización jerárquica con las características de división de funciones y estructura de mando que dan lugar a la apreciación de la existencia de un aparato de poder en el sentido aquí utilizado. Pero sí plantea problemas determinar quiénes, dentro de un aparato así configurado, deben responder como autores mediatos por dominio de la organización y quiénes por otro título"[430].

5. Si bien se puede cuestionar cómo el "Estado Criminal" puede actuar al margen del ordenamiento jurídico, si las leyes que lo

---

[429] FARALDO CABANA, Patricia: *Responsabilidad Penal de dirigentes en Estructuras Jerárquicas.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 195.

[430] FARALDO CABANA, Patricia: *Ob. Cit.* p. 203.

integran internamente emanan del propio Estado. Al respecto es de tenerse en cuenta que los Estado totalitarios para el logro de los objetivos criminales perseguidos por los detentadores del poder estatal suelen utilizar el propio ordenamiento jurídico, al cual pervierten; lo cual pueden lograrlo: "...haciendo que de hecho parte de las leyes existentes deje de tener vigencia, pues aunque formalmente nunca son derogadas, ya no se aplican; o bien elaborando nuevas leyes que permitan la implementación de los objetivos perseguidos por el Estado"[431].

6. Al respecto, ROXIN apela al derecho suprapositivo cuyo punto de referencia está constituido por los principios fundamentadores del Derecho internacional. Por tanto, el orden jurídico al que se hace alusión no es únicamente el Ordenamiento interno de cada Estado sino que es también, y muy particularmente, el orden jurídico internacional. Ello permite seguir afirmando que los detentadores del poder en un Estado totalitario actúan de forma contraria a los valores y principios básicos del Estado de Derecho. Esto se sustenta en las consabidas reglas que cuando la ley positiva sea injusta o alcance un nivel intolerable, la ley como "derecho injusto" debe ceder ante la justicia. La ley positiva ofrece seguridad jurídica, un valor sin duda muy importante, pero "donde se origine una pugna entre seguridad jurídica y justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero no plasmado en forma de ley, se presenta en verdad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera". La ley en este caso, al decir de RADBRUCH., ni siquiera es "derecho injusto" sino que carece de naturaleza jurídica.

7. En este sentido, esta forma de autoría mediata basada en el dominio de la organización tiene su campo de aplicación natural, como refiere ROXIN, en los delitos de genocidio. Pues, estos de-

[431] FARALDO CABANA, Patricia: *Ob. Cit.* p. 207.

litos no pueden entenderse como hecho individual (privado), por el contrario "... los delitos de guerra, estatales y cometidos por organizaciones (...) no pueden ser aprehendidos adecuadamente si se manejan solo los criterios que rigen para el hecho individual"[432].

8. Como puede apreciarse, estos enunciados comprenden debidamente a los asesinatos cometidos por el llamado Grupo Colina imputados al procesado Fujimori Fujimori. Los mismos que además de constituir crímenes repudiables, se cometieron al interior de las propias Fuerzas Armadas, de las que el imputado era Jefe Supremo.

V. LEGITIMACIÓN DE LA TEORÍA DELA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL

1. Esta nueva teoría, diseñada inicialmente por ROXIN y enriquecida con los planteamientos de HERZBERG, AMBOS, BLOY, SCHROEDER, SILVA SÁNCHEZ y FARALDO CABANA entre otros, ha sido asumida casi unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia nacional así como por la extranjera, y ha servido para llevar adelante los procesos y condenar a los grandes violadores de los derechos humanos, como los dirigentes del nacional socialismo y los asesinatos del Muro de Berlín, en Alemania; los crímenes de la Junta Militar Argentina; procesar a Pinochet; etc. Asimismo, ha sido aplicada en diversos casos vinculados a los procesos seguidos contra jefes de las huestes terroristas, especialmente contra Abimael Guzmán Reynoso, así como también en el proceso seguido contra Julio Salazar Monroe, precisamente en el caso La Cantuta, también materia del presente proceso.

2. Debiendo precisarse que se aplica esta teoría, no solo para imputar autoría mediata a los dirigentes que se encuentran en el vértice superior de mando, sino también a los que desempeñaron puestos intermedios; los que si bien no dominan todo el aparato organi-

[432] FARALDO CABANA, Patricia: *Ob. Cit.* p. 30. Con cita de Roxin.

zacional, sí dominan una parte de él, a través de la cual deciden la realización del hecho delictivo. Esto es, tienen capacidad para impartir o transmitir la orden delictiva con poder de mando independiente.

3. Es más, en nuestro ordenamiento jurídico penal tiene total legitimidad, y no nos enfrentamos al supuesto límite establecido en la legislación Española, en cuanto al uso de "instrumento" en la autoría mediata. En efecto, para imputar autoría mediata en el artículo 28 del Código Penal Español, se establece que "es autor (mediato) el que realiza el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento". Con lo que aparentemente cerraría la posibilidad de sustentar la autoría mediata cuando el ejecutor es una persona plenamente responsable, como en el caso de los ejecutores en los aparatos organizados de poder. En cambio, nuestro Código Penal en su artículo 23° establece que, es autor (mediato) *el que realiza por medio de otro el hecho punible*, sin limitarse a los casos en que se utiliza al "otro" como instrumento. En tal sentido, esta teoría se encuadra dentro de nuestro marco normativo penal y resulta congruente con el *principio de legalidad.* Más aún, es concordante con el Estatuto de Roma, en cuanto establece en su artículo 25, que será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de competencia de la corte, quien *cometa el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este responsable penalmente o no.* Esto es, se atribuye autoría mediata aun cuando el ejecutor inmediato sea una persona responsable, y no únicamente un instrumento cuya voluntad es dominada por el hombre de atrás. Debiendo precisarse que aun cuando esta norma es posterior a la comisión de los hechos materia del presente proceso, establece un criterio válido para la interpretación de las normas y la configuración de las instituciones jurídico-penales.

VI. CONCLUSIÓN

Siendo así, la *teoría de la Autoría Mediata por Dominio de la Organización,* resulta plenamente aplicable en el presente caso, y por

tanto, el acusado Alberto Fujimori Fujimori, resulta *autor mediato* de las matanzas, lesiones, torturas y desapariciones de los casos "Barrios Altos" y "La Cantuta", ejecutados por el Grupo Colina.

5. CONCURSO DE DELITOS

En este rubro se tratan ordinariamente los casos del *concurso ideal* y del *concurso real* de delitos. Se presenta el concurso ideal, cuando un solo hecho (o acción) configura varios delitos, o lo que es lo mismo, infringe varias normas penales. También es considerado por cierto sector de la doctrina y particularmente por la legislación penal española, como un supuesto de concurso ideal de delitos, el llamado *concurso medial,*[433] consistente en la comisión de un delito con la finalidad de lograr la comisión de otro[434]; existiendo sin embargo, respecto a este

---

[433] Se habla de concurso medial, cuando se comete una infracción penal como medio necesario para obtener una finalidad que a la vez es configurativa de otra infracción penal. Esto es, se comete un delito como medio para cometer otro. En el artículo 77° del Código Penal Español de 1995, se equipara el concurso ideal con el concurso medial, resolviéndolos de la misma manera. "Hay que entender con la doctrina mayoritaria, que el segundo supuesto del párrafo primero del artículo 77 requiere la presencia de dos objetividades jurídicas distintas, unidas por la relación medio necesario-fin, tratándose de una hipótesis de concurso real, cuyo tratamiento se parifica al del concurso ideal". COBO DEL ROSAL, y VIVES ANTÓN: *"Derecho Penal. Parte General"*. 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 698.

[434] "¿Significa esto que estamos aquí frente a la manifestación de un concurso ideal, o se trata de todos modos de un concurso real? A favor de considerar que el concurso medial que examinamos constituye para la ley una modalidad de concurso ideal, en la cual la unidad de fin unificaría los distintos hechos, se alega su tratamiento penal como concurso ideal. Mas la doctrina parece evolucionar hacia la tesis del concurso real, que contaría a favor con el hecho de que, pese a todo, la ley no habla en este caso de "un solo hecho", sino que más bien parece contraponer la relación de medio a fin al caso de un solo hecho que constituye varios delitos. Probablemente, sin embargo, el fundamento de la equiparación del tratamiento legal sea análogo al del concurso ideal y responda a la concepción de los clásicos (como Carrara), que consideraban que constituiría una doble sanción de la misma voluntad castigar por separado los delitos unidos en el plan del autor". MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.* p. 663.

punto, cierta tendencia a considerarlo como un caso de concurso real, salvo los casos en que el delito "medio", constituya el medio necesario y exclusivo para lograr la conducta fin; es decir, los casos en que sin la comisión del delito medio no pudiese cometerse el delito fin; o los casos en que el delito fin fuera evidentemente más grave que el tipo realizado por la conducta medio.[435] Asimismo, se presenta el *concurso real* cuando varias acciones atribuidas a un mismo agente y ordinariamente enjuiciadas en un mismo proceso, configuran a la vez varios delitos distintos, siempre que se dé un elemento vinculante entre ambos, o si se quiere, un elemento de conexidad.[436] Finalmente, también se habla de *concurso real retrospectivo* que más que todo es un conjunto de criterios procesales para procesar y resolver casos de concurso real cuyos delitos no son conocidos por la autoridad al momento de dictar una primera sentencia condenatoria.

El concurso de delitos tiene importancia práctica sobre todo a nivel de la aplicación de la pena.[437] Asimismo también resulta relevante para el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal.

---

[435] "Siempre que la ley presuponga, a fin de integrar la figura de un delito, habrá unidad: *a)* Cuando la previsión contenida en el tipo principal sea específica; *b)* Cuando la hipótesis prevista sea más grave. Habrá concurso real de delitos, en cambio, cuando siendo general la previsión de la ley, el medio adoptado exceda al que la figura principal requiere como elemento o tiene como agravante". SOLER, Sebastián: *Ob. Cit.* p. 192.

[436] "El problema del concurso de delitos presupone, por el contrario que ya se ha resuelto la relación de los tipos entre sí y de lo que se trata es de saber si la acción se subsume bajo un tipo penal o bajo varios (concurso ideal) y además si el autor ha realizado varias acciones o varias lesiones de la ley penal (concurso real)". BACIGALUPO, Enrique: *"Manuel de Derecho Penal"*. Temis, Bogotá, 1996, p. 238.

[437] COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Ob. Cit.* pp. 691 y ss. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *"Tratado de Derecho Penal"*. Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1982, pp. 511 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Ob. Cit.* p. 299.
"La cuestión del concurso tiene una incidencia directa en la determinación del marco penal (es decir, para la determinación del máximo y mínimo de la pena) aplicable: la solución de un concurso aparente de leyes importa la exclusión de las penas que serían consecuencia de los tipos penales

El caso del *concurso ideal*, conforme al artículo 48° de nuestro CP, se resuelve aplicando hasta el máximo de la pena prevista para el delito más grave, es decir aplicando el principio de *absorción,*[438]basada en la consideración de la combinación de varios tipos para contemplar el *desvalor* total de un hecho unitario.[439] Sin embargo, con la modificación introducida por la Ley N° 28726 del 9 de mayo del 2006, el principio de absorción ya no será suficiente, puesto que no se ha mostrado convincente para resolver todos los casos de concurso ideal de delitos, por lo que con la modificación introducida se puede incrementar la pena hasta en una cuarta parte del máximo de la pena más grave, sin que en ningún caso se exceda de 35 años de pena privativa de libertad.

Como puede verse, actualmente con la modificación introducida, la solución del concurso ideal de delitos, desborda la solución dada por el principio de absorción, puesto que la pena menos grave, que con el antiguo criterio dejaba de aplicarse en todos sus extremos, sin ejercer influencia alguna en la resolución del caso, actualmente sí tiene incidencia en la determinación y aplicación de la pena. En tal sentido, resulta posible la aplicación de penas distintas a la pena privativa de libertad establecidas en el delito o norma menos grave, como la multa, inhabilitación u otro tipo de pena, pese a que el delito más grave no las considere.

---

excluidos. A su vez la determinación de si una acción se adecúa a un tipo o a más de uno o si varias acciones realizan diversos tipos (o más de una vez el mismo) genera la cuestión de si es suficiente sanción la pena de un delito para una acción de múltiple adecuación o de si la pluralidad de acciones típicas debe sancionarse mediante la *acumulación* de las penas previstas para cada delito y, en este caso, hasta dónde puede alcanzar tal acumulación". BACIGALUPO, Enrique: *Ob. Cit.* p. 239.

[438] PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático.* p, 487.

[439] COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN: *Ob. Cit.* p. 696.

Igualmente, en cuanto al *concurso real de delitos* previsto en el artículo 50° del CP, antes de la modificación introducida por la Ley N° 28730 del 13 de mayo del 2006, prácticamente no existía una solución convincente a nivel normativo, solo la doctrina se había encargado de diseñar una solución, la que tampoco resultaba adecuada; en efecto, se planteaba la aplicación del llamado principio de *asperasión o aspersión,* el cual consiste en la aplicación de la pena conminada correspondiente al delito más grave y dentro de esta pena, los demás delitos son tomados en cuenta como circunstancias agravantes.[440] Obviamente esta solución no se aplicó mayormente, por lo que en los casos de concurso real de delitos si es que el agente cometía un delito grave, tenía impunidad para cometer otros delitos menos graves, o incluso graves como el primero, puesto que la pena que se le iba a aplicar era únicamente la correspondiente al primero. Esta situación ha cambiado totalmente con la modificación indicada, puesto que se ha introducido *la sumatoria de penas.* Esto es, el Juez determinará la pena que corresponda a cada delito y luego realizará la sumatoria total hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Obviamente, también impondrá las penas diversas a la privativa de libertad, previstas en cualquiera de los delitos, como la multa, inhabilitación, etc., siendo suficiente con que dicha pena esté prevista para alguno de los delitos.

Nuestro Código no ha contemplado la figura del *concurso medial,* existiendo la tendencia jurisprudencial a resolver estos casos como concurso real, aplicando consecuentemente la sumatoria de penas, tal como se acaba de indicar.

En el caso del *concurso real retrospectivo,* en realidad este tenía importancia antes de la modificación introducida por la Ley N° 28730, en que, como quiera que regía el principio de aspersión para el concurso real, la pena que debía imponerse era únicamente la correspondiente al delito más grave, y si ya se había impuesto esta pena en el primer

[440] PEÑA CABRERA, Raúl: *Ob. Cit.* p. 488.

proceso, no tenía sentido realizar otro proceso que no iba a modificar dicha pena y que solo iba a generar un supuesto de *refundición de penas* que luego de la segunda condena debía realizarse en cualquier momento, puesto que el tratamiento penológico que debía darse al condenado debía ser uno solo. Esto ha cambiado totalmente con la modificación introducida, puesto que ahora se impondrá la pena correspondiente para cada uno de los delitos cometidos realizándose la sumatoria pertinente; consecuentemente, ya no tiene sentido hablar de concurso real retrospectivo, simplemente se tratará de un concurso real de delitos con todas sus consecuencias; y claro, si no se investigó y sancionó un delito, se lo podrá hacer en cualquier momento (siempre que no se haya extinguido la acción penal) aplicándose la referida sumatoria de penas, sin exceder el máximo del doble del delito más grave, teniendo como máximo 35 años de pena privativa de libertad, a la vez que aplicándose todas las penas previstas para cada delito.

En tal sentido, con la sumatoria de penas también ha perdido importancia la *refundición de penas* como institución jurídico penal, puesto que ya no será procedente la refundición en todos los casos en que la sumatoria sea posible, solo será procedente en los casos en que la sumatoria exceda de los 35 años, o alguna de las condenas sea de cadena perpetua; asimismo, también podrá proceder en los casos en que exista 3 o más condenas y sumándose las penas dicha sumatoria exceda del doble del máximo del delito más grave, en cuyo caso, se refundirá las penas en una sola pena que no debe exceder tal límite. Así por ejemplo, si en una primera condena se impone 9 años de pena privativa de libertad y el máximo de la pena conminada para este delito es 10 años; y en la segunda condena se impone 8 años y el máximo conminado es 8 años, y en una tercera condena se impone 7 años y el máximo de la pena conminada de 8 años; en este caso, la sumatoria de las tres condenas llega a 24 años de pena privativa de libertad, pero el doble de la pena máxima prevista para el delito más grave es únicamente 20 años, correspondiente al doble de la pena del primer delito (10 años). En tal caso, la *refundición* se realizará para tener como única pena a la de 20 años de pena privativa de la libertad

(doble del máximo de la pena más grave). Claro que esta solución no es del todo adecuada, porque si se trata de 3 o más delitos no debe considerarse como máxima pena sumada el doble del máximo, sino que debe tomarse en cuenta el extremo máximo de la pena de duración determinada en general, esto es 35 años. En este sentido debe auspiciarse una propuesta de *lege ferenda.*

6. APARENTE CONCURSO DE NORMAS PENALES

Al contrario de lo que sucede con el concurso de delitos, en que estamos ante verdaderos concursos, en el caso del llamado concurso aparente de normas, como su mismo nombre lo indica, estamos únicamente ante un *concurso aparente,* en este de lo que se trata es de resolver un problema de interpretación de normas, para determinar la ley o precepto legal aplicable al caso concreto. Es decir, cuando ante un mismo supuesto de hecho *aparentemente* son varios los preceptos que pretenden comprenderlo dentro de su ámbito y, por tanto, cada uno reclama su aplicación; pero el desvalor que representa ese supuesto de hecho es abarcado por uno solo de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye a los demás.[441] Es decir solo será uno de los preceptos normativos el que tenga que aplicarse al caso.[442]

---

[441] MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: *Ob. Cit.* p. 488.

[442] Aun cuando a la fecha, la doctrina admite que los preceptos que son desplazados de todas maneras tienen implicancia en la resolución definitiva del caso. "Así, si el límite mínimo de la pena señalado por el precepto desplazado es superior al del precepto desplazante (más grave en su límite máximo), no podrá imponerse una pena inferior a la permitida por el precepto desplazado, pues se considera absurdo que la aplicación del precepto más grave pudiera conducir a una pena inferior a la del menos grave". MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.* p. 668. En igual sentido, WESSELS: *Ob. Cit.* p. 238. JESCHECK: *Ob. Cit.* p.1034. etc.
Siendo así, es decir, si el precepto desplazado va a tener influjo o incidencia en la decisión del caso concreto, ya no puede hablarse propiamente de concurso aparente de leyes o normas penales; es por ello que parte de la doctrina prefiere hablar de *Unidad de Leyes.* WESSELS, JESCHECK, etc.

Estos casos de aparente concurso, están referidos a las distintas formas en que se relacionan o vinculan las normas penales entre sí, y estas relaciones a la vez pueden ser de *especialidad, consunción y subsidiariedad,* y también (como refiere la doctrina y legislación españolas), de *alternatividad.*[443]

Se presenta una relación de ***especialidad,*** cuando concurre para abordar el supuesto fáctico una norma especial y una general, en este caso se resuelve el aparente concurso, optando por lo que disponga el precepto especial, en virtud al principio *"lex specialis derogat legi generali".*[444] Este es el caso más importante de relación de normas penales (inclusive es considerado por Jakobs como el único principio) y ha sido suficientemente explicitado por la doctrina, y aplicado por la legislación y la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como extranjera, no existiendo problema al respecto. Habiendo quedado claro que en estos casos, se establece entre ambas normas (especial y general) una relación de *exclusividad,* por la cual la norma especial rige en exclusiva, desplazando a la general, la misma que no tendrá ninguna vigencia para el caso concreto. En este supuesto, opera la exclusión de la norma general, sin importar si la norma específica establece una pena más grave o una pena más benigna; pues lo que importa es que la norma

---

[443] JAKOBS sin embargo refiere que el único principio para resolver el concurso de leyes o normas penales, es el de *especialidad,* e indica: "La doctrina pasa por alto la posibilidad de remitir todo el concurso de leyes al principio de especialidad, y ello porque no parte de una proposición jurídica que esté concretada hasta la aplicabilidad al caso particular, sino de una proposición jurídica con un grado de abstracción como el que escoge el texto de la ley. De modo que hace depender el concurso de leyes de datos meramente externos de técnica legislativa". JAKOBS, *Ob. Cit.* p. 1050. En este sentido habla de la *especialidad en virtud de la intensidad de la descripción* (especialidad); *especialidad en virtud de concreción de la consumación o de intensidad de la intervención o del resultado* (subsidiariedad); y *especialidad relativa al hecho concomitante* (consunción). *Ob. Cit.* p. 1055 y ss.

[444] Al decir de JAKOBS: "... la aplicación de una regulación con un contexto más rico conduce al efecto de regulación pretendido mejor que la aplicación de otra con un contexto más pobre". *Ob. Cit.* p. 1053.

especial realiza una descripción más intensa y específica del hecho. Asimismo, la relación de especialidad se establece, al determinarse que el tipo específico está contenido en el tipo general, solo que presenta, en relación a este, un elemento o característica adicional que lo hace específico, sea esta agravante o atenuante.[445]

Se presenta la relación de ***consunción,*** cuando concurre una norma que contiene o incluye por sí sola el desvalor considerado en otra norma respecto a determinado hecho;[446] esto es, cuando "... uno de los tipos comporta una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función punitiva no solo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo"[447]; es decir, el tipo más grave consume al menos grave; o como refiere BACIGALUPO: "La relación de consunción se da cuando el contenido de un ilícito y la culpabilidad de un delito está incluido en otro (...). En otras palabras, se dará una relación de consunción cuando la realización de un tipo (más grave) por lo menos, por regla general, incluye la realización de otro (menos grave)".[448]

Se presentan relaciones de consunción, en primer lugar en el *hecho que acompaña normalmente a otro,* y en segundo lugar *en los actos posteriores impunes o copenados.*[449] Nos encontramos en el primer caso por ejemplo, en el delito de hurto con fractura, en el mismo que se sustrae un bien mueble y a la vez se causa daños en las puertas o

---

[445] "Hay varios criterios para establecer si se trata o no de una relación de especialidad: *a)* una disposición es específica en relación a otra cuando ésta se encuentra expresamente comprendida en aquélla; *b)* pero también lo es cuando la cuidadosa interpretación nos muestre que una figura importa una descripción más próxima o minuciosa de un hecho". SOLER, Sebastián: *Ob. Cit.* p. 185.

[446] MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.* p. 671.

[447] SOLER, Sebastián: *Ob. Cit.* p. 175.

[448] BACIGALUPO, Enrique: *Ob. Cit.* p. 241.

[449] MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.* p. 672

ventanas del domicilio del agraviado; en este caso, el tipo del hurto consume al tipo de daños que también se cometería con la fractura de puertas o ventanas; por lo que la norma aplicable será únicamente la que tipifica el delito de hurto con fractura (hurto agravado), mas no así la que prevé el tipo de daños. Y nos encontramos ante actos *copenados*, por ejemplo cuando se comete un acto que realiza un tipo penal posterior a otro, pero ello se hace con la finalidad de aprovechar las ventajas o beneficios del primer tipo penal, ya que si no se realizase esta segunda conducta, la primera no tendría sentido para el agente del delito. En este caso, el desvalor del segundo hecho ya está contenido y consumido por el tipo y la pena del primero; este sería el caso, por ejemplo, de los supuestos de agotamiento del delito, pero también podría tratarse de un supuesto anterior al delito,[450] como el caso en que se anticipe la pena para considerar como delitos consumados a determinados actos preparatorios dentro del *iter criminis* de determinado delito, en cuyo caso, la norma que sanciona los actos preparatorios será desplazada por el norma que sanciona al hecho consumado en su integridad.

Así por ejemplo, en el delito de enriquecimiento ilícito, estaremos ante un concurso de normas, que será resuelto aplicando el principio de consunción, cuando la incorporación de los bienes al patrimonio del agente sea un acto posterior a la consumación de otro delito contra la Administración Pública, como peculado, concusión, colusión ilegal, etc., y dichos bienes o activos sean provenientes precisamente de estos delitos. Pues en estos casos, estaremos frente a un supuesto de agotamiento del delito previamente cometido, y en tal sentido, el posterior enriquecimiento -aun cuando objetivamente realice el tipo

[450] "En el camino del delito, está consumido por éste todo lo que constituya una etapa menor o anterior, es decir, todo aquello que no tiene el carácter de hecho autónomo sino de hecho previo, pero también quedan consumidas por el tipo todas aquellas acciones *posteriores* que tampoco pueden ser consideradas autónomas, porque la producción de ellas necesariamente presupone la imputación anterior". SOLER, Sebastián: *Ob. Cit.* p. 177.

del enriquecimiento ilícito- resulta *consumido* por el tipo penal previo, en cuanto a su tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.[451] Estos casos de agotamiento se consideran consumidos por el tipo previo al enriquecimiento, y por ello mismo, su nueva punición implicaría una infracción al principio *non bis in idem*.[452]

Asimismo, estaremos frente a una relación de ***subsidiariedad***[453], cuando: "Un precepto penal solo ha de encontrar aplicación de forma auxiliar, para el caso de que no intervenga ya otro precepto penal"[454]. "El fundamento material de lo subsidiariedad lo ve *Honig* en el hecho de que "distintas proposiciones jurídico-penales protegen el mismo bien jurídico en distintos estadios de ataque"[455]. "La relación de

---

[451] "Alguna vez, atendiendo a los distintos momentos consumativos, creímos que entre el delito contra la Administración origen del enriquecimiento y el enriquecimiento ilícito del artículo 268 (2), que no podía aparecer, por consiguiente, como justificado, se daba un verdadero concurso real; sin embargo es preciso reconocer que en esos casos el enriquecimiento será parte del *iter criminis* de aquel delito, constituyendo su faz de agotamiento; salvo las hipótesis en que el agotamiento supone un *plus* de conducta típica respecto del delito agotado ... el delito agotado *consume* los tipos que aparentemente cubren el agotamiento; aquí aquel *plus* de conducta no se da". CREUS, Carlos: *Ob. Cit.* p. 426.

[452] En este caso, si bien es cierto que generalmente el supuesto que *consume* al otro debe ser un tipo más complejo, superior o más grave (SOLER: *Ob. Cit.* p. 175. BACIGALUPO: *Ob. Cit.* p. 241), excepcionalmente puede tratarse de un tipo menos grave o de igual gravedad, como en el caso del enriquecimiento ilícito que siendo más grave que el peculado, concusión, cohecho, etc., conforme a nuestro ordenamiento jurídico penal, es consumido por el tipo penal previo (peculado, concusión, etc.). Esto es posible precisamente porque la relación existente entre el tipo consumido y el tipo previo no es una relación de género a especie como en el caso de la especialidad.

[453] Ver amplio e interesante desarrollo que ROMERO SOTO, Luis E. "*Concurso aparente de leyes. Hechos copenados*". Temis, Bogotá, 1993.

[454] JESCHECK: *Ob. Cit.* p. 1036. En el mismo sentido, MIR PUIG: *Ob. Cit.* p. 670. BACIGALUPO: *Ob. Cit.* p. 240. WESSELS: *Ob. Cit.* p. 237. SOLER: *Ob. Cit.* p. 187, etc.

[455] JESCHECK: *Ob. Cit.* p. 1036.

subusidiariedad puede enunciarse lógicamente en los siguientes términos: existe subsidiariedad cuando una clase de hechos X se halla prevista en dos grupos de preceptos P (principal) y S (subsidiario), de tal suerte que todos los X que no sean P (y solo los que no lo sean) habrán de ser S. La subsidiariedad no es, en consecuencia, una relación de género a especie, sino una *relación entre dos especies (principal y subsidiaria) de un mismo género*[456]. "Las figuras subsidiarias son, pues, necesariamente menores que la principal y no tienen con ella la relación género-especie"[457]. En este sentido, la norma secundaria o auxiliar, solo resultará aplicable al caso si se descarta la aplicación de la norma principal o primaria, la misma que necesariamente debe ser más grave, o lo que es lo mismo, establecer una mayor pena para el supuesto fáctico[458].

Existe la *subsidiariedad expresa*[459]"cuando un concreto precepto penal condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya un delito más grave"[460]. Y existe *subsidiariedad tácita,* cuando por vía de interpretación de la norma, se advierte que esta no pretende ser aplicada "cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir este una *forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico*"[461].Los casos de *subsidiariedad expresa* están establecidos concretamente en la nor-

---

[456] COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: *Ob. Cit.* p. 159.

[457] SOLER: *Ob. Cit.* p. 187. JESCHECK: *Ob. Cit.* p. 1037. MIR PUIG: *Ob. Cit.* p. 670.

[458] MORO, Aldo: citado por Romero Soto, Luis E., refiere: "en la subsidiariedad prevalece siempre la figura más rica en significado ilícito y con pena más grave". Romero Soto, Luis E.; "*Concurso aparente de leyes. Hechos copenados*". Temis, Bogotá, 1993, p. 36.

[459] "La subsidiariedad expresa sólo puede regir con el requisito de que la ley primaria abarque el contenido delictivo de la subsidiaria".JAKOBS, Günther: *Ob. Cit.* p. 1054.

[460] MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.* p. 670.

[461] *Ibídem.*

ma, como por ejemplo el caso del artículo 172° II del Código Penal español,[462] en que la subsidiariedad está referida a la pena; o el caso del artículo 148° del Código Penal colombiano[463]. O el artículo 438° del Código Penal peruano, referido a los supuestos de falsedad genérica, los mismos que conforme al texto de la norma, solo se configurarán si es que no están comprendidos en otros tipos correspondientes al mismo título.

Los casos de *subsidiariedad tácita* se presentan sobre todo entre los delitos de peligro concreto y los delitos de lesión; entre los supuestos de tentativa y la consumación; así como entre formas más leves y graves de participación (instigación y la complicidad son subsidiarias frente a todas las formas de autoría, y dentro de la participación la complicidad es subsidiaria frente a la instigación)[464]. Asimismo, también existe subsidiariedad tácita en la comisión de los delitos imprudentes respecto a los dolosos[465] (criterio que se aprecia

---

[462] Artículo 172° del Código Penal Español.- El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o los medios empleados.
Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se impondrán las penas en su mitad superior, *salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.*

[463] Artículo 148° del Código Penal Colombiano.- El servidor público que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, *siempre que el hecho no constituya otro delito,* incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años de prisión, multa equivalente al valor del enriquecimiento o interdicción de derechos y funcionarios públicos por el mismo término de la pena principal.
En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

[464] WESSELS: *Ob. Cit.* p. 237. En igual sentido JESCHECK: *Ob. Cit.* p.1037. Igualmente JAKOBS: *Ob. Cit.* p. 1059 y ss.

[465] JESCHECK: *Ob. Cit.* p. 1037.

con claridad en el artículo 14° del Código Penal).Igualmente "...se acuerda a todas las disposiciones generales del Código el carácter de subsidiarias, respecto a los posibles delitos previstos en las leyes especiales"[466].Asimismo, también pueden considerarse subsidiarias las normas de la parte general respecto de las normas de la parte especial del Código. Finalmente, algunas normas de la parte especial del Código Penal, dada su estructura y finalidad político-criminal también son consideradas subsidiarias de otras normas; tal es el caso del artículo 376° del CP, relativo al delito de abuso de autoridad, el mismo que solo se configura si es que los hechos no constituyen otro tipo penal específico.

Particular importancia en relación de *subsidiariedad* se presenta en el delito enriquecimiento ilícito, puesto que los autores nacionales consideran que la norma penal que tipifica este delito es de naturaleza subsidiaria respecto de las normas que tipifican los demás delitos, sobre todo respecto a los otros delitos contra la Administración Pública[467]. Sin embargo, por nuestra parte consideramos que este tipo penal no resulta subsidiario de ningún otro delito, por cuanto su tipificación no resulta secundaria o auxiliar. Pues, la subsidiariedad opera necesariamente para casos menos graves respecto al tipo principal más grave, en cuyo caso, el tipo penal subsidiario será desplazado, y solo podrá ser aplicado si es que no estamos frente al tipo principal. No obstante, respecto al delito de enriquecimiento ilícito, la mayor parte de delitos contra la administración pública, así como los otros delitos que podrían ser la fuente del enriquecimiento, son menos graves. Consecuentemente, no puede establecerse una relación de subsidiariedad del delito de enriquecimiento respecto de los demás; por el contrario, si es que el

[466] SOLER: *Ob. Cit.* p. 193. Aunque en algunas legislaciones, el propio Código o la propia legislación lo establece expresamente, lo que le daría la calidad de subsidiariedad expresa y no sólo tácita como sucede habitualmente.

[467] ROJAS VARGAS: *Ob. Cit.* p. 465. PORTOCARRERO HIDALGO: *Ob. Cit.* p. 231. FRISANCHO APARICIO y PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 358; entre otros.

sujeto al realizar el incremento patrimonial configurativo del delito de enriquecimiento ilícito, infringe alguna otra norma penal (incurre en otro delito), estaremos ante un concurso ideal de delitos, que se resolverá aplicando el artículo 48º del Código Penal; es decir, aplicando la pena más grave (pudiendo incluso agravarse la pena). Pues resultaría un despropósito sostener la subsidiariedad y aplicar una norma levísima dejando de lado una norma extremadamente grave; ello determinaría un abierto fraude a la ley y una desnaturalización del contenido de la relación se subsidiariedad en la teoría del concurso aparente de normas.

Asimismo, debemos tener en cuenta, que en todo caso de enriquecimiento siempre existirá la posibilidad de que los activos procedan de algún delito, fundamentalmente de un delito contra la Administración Pública o contra la Administración de Justicia, por lo que si asumimos la subsidiariedad de este tipo, sencillamente no habrá posibilidad alguna de que pueda tener aplicación. Siendo así, no podemos pretender apelar a las construcciones "científicas" de la ciencia del Derecho Penal, para generar impunidad, convirtiendo en inútiles a sus normas legítimamente diseñadas y orientadas por necesidades político criminales urgentes y unánimemente aceptadas, tanto desde la perspectiva constitucional así como de los convenios internacionales. Tanto más, si se tiene en cuenta que la Dogmática penal de los últimos tiempos, tiene como finalidad primordial hacer realidad, en un marco de legitimidad, las necesidades político-criminales, aun cuando ello implique que el "edificio sistemático" pierda belleza, si con ello ganamos en funcionalidad y eficacia[468]; criterio que es ratificado por SILVA SÁNCHEZ, cuando sostiene que "...resulta recomendable que la labor de la dogmática se centre más en el *contenido* de los conceptos y categorías del sistema que en su mera ordenación o "presentación" formal[469].

---

[468] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 23.

[469] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito.* En: WOLTER, Jürgen y FREUND, George: *El sistema integral del Derecho Penal.* Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 16.

A estos argumentos provenientes de la dogmática penal, respecto a la autonomía del delito de enriquecimiento ilícito (descarte de la supuesta subsidiariedad), hay que agregar argumentos propios de la Política Criminal y del Derecho constitucional. Pues, actualmente, tal como se ha explicado, las necesidades político-criminales determinan el contenido y límites de la las instituciones y categorías de la dogmática penal, solo así se garantiza que esta despliegue su capacidad de rendimiento para lograr los propósitos de orden y paz social que justifiquen la existencia de la dogmática penal y del control penal en general. Estas finalidades, obviamente deben guardar consonancia con los derechos fundamentales, tal como ya se ha explicado al comienzo. Las finalidades político-criminales que establecen la obligación de sancionar el enriquecimiento ilícito, han quedado debidamente establecidas tanto por los convenios internacionales así como por los órdenes constitucionales, donde expresamente se asume el urgente compromiso de sancionar drásticamente (en el ámbito penal) las conductas de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos, por considerarlas una de las peores amenazas del Estado Democrático de Derecho y del desarrollo y convivencia pacífica de las naciones. Si ello es así, no se puede "burlar" esta obligación o compromiso, estableciendo una norma penal, cuya supuesta "subsidiariedad" la convierta en inútil. Asimismo, desde una perspectiva de formulación de la norma penal, no se puede apelar a una norma subsidiaria, si la propia Constitución Política, está ordenando que se sancione estas conductas. Contravenir este mandato, simplemente significaría legislar de espaldas a la realidad y a las necesidades político-criminales, y por tanto apelar a una legislación ilegítima y contraria a los intereses superiores de la comunidad nacional e internacional.

Finalmente en cuanto al principio de ***alternatividad*** desarrollado por cierto sector de la doctrina, y plasmado normativamente en el Código Penal español de 1995, este opera para resolver el caso de concurso de normas penales, cuando no se haya podido aplicar los anteriores principios, esto es el principio de especialidad, de consunción y de subsidiariedad. Este principio de alternatividad consiste o

resuelve el concurso mediante la aplicación de la ley más grave en caso de concurso aparente de leyes. Aun cuando este principio no está establecido normativamente en nuestro sistema penal, consideramos que constituiría un instrumento adecuado para resolver casos de aparentes concursos de delitos especialmente complejos, en los que no pueda aplicarse los demás criterios anotados.

Segunda Parte
ANÁLISIS DE LOS DIVEROS TIPOS PENALES

Título Primero
DELITOS CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD

Los bienes jurídicos que se encuentran amparados por las disposiciones comprendidas en este título son *la vida* y la *integridad personal*, precisándose que cualquier agresión a la integridad personal implica un ataque al derecho a la vida, que es sin duda el bien jurídico más importante de la persona humana, al cual, en principio, están subordinados los demás derechos[470]. Sin embargo, todo derecho fundamental no debe concebirse en términos absolutos, por el contrario, su concepción debe armonizarse con los demás bienes y valores protegidos por nuestra Constitución, principalmente con el principio-derecho de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, la vida no puede verse como algo simplemente sagrado, sino que implica también el derecho de *vivir adecuadamente en condiciones de dignidad*. Bajo este contexto, el deber del Estado de garantizar la vida, tampoco es absoluto, y puede encontrar límites tanto en orden a las decisiones de los individuos así como en las disposiciones del propio ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la vida en un sentido restringido, se configura como un bien "personalísimo" de la persona, la que será la principal intere-

---

[470] LEVENE, Ricardo. *El delito de homicidio*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 7: "... la vida humana es el bien más importante, no sólo porque el atentado contra ella es irreparable, sino también porque la vida es la condición necesaria para sentir la grandeza y disfrute de los demás bienes".

sada en su conservación y defensa; pero también el Estado (integrado por el pueblo o nación organizado jurídicamente), en cuanto debe su existencia a la organización social del pueblo, tiene interés preeminente y directo en la protección de la vida, con lo que a la vez, asegura su propia existencia[471]; Sin embargo, como se ha indicado, esta protección no es absoluta. En ese sentido, se pueden descartar las posiciones que asumen que el Estado debe tutelar la vida solo de modo indirecto, tal como lo hace con los demás derechos inherentes a la persona humana, como la integridad moral, el patrimonio, la libertad, etc.

La vida como derecho fundamental ha sido consagrada en todos los ordenamientos jurídicos así como en el orden jurídico internacional; esto es, constituye un derecho preeminente plasmado en las Constituciones de los diversos países y en los diversos Convenios Internacionales.

[471] MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal. Parte Especial.* Vol. IV. Temis, Bogotá, 1955, p. 275: "... la vida humana, que es un bien sumo, no sólo para el individuo, sino para la sociedad y el Estado, como valor cualitativo y cuantitativo (demográfico)". En igual sentido LEVENE: *Ob. Cit.* p. 7.

1. LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO

1.1. EL DERECHO A LA VIDA Y SU PROTECCIÓN PENAL

El derecho a la vida tiene dos dimensiones o dos formas de exteriorizarse. Una *dimensión formal o existencial*, que es entendida como el derecho a la propia existencia del ser humano (no de las personas jurídicas ni de otros colectivos organizados), pues el objeto de este derecho se refiere a la preservación de la vida misma, desde su comienzo hasta su fin. En tal sentido, cuando se reclama el derecho a la vida, en sentido estricto, se está exigiendo que esta vida continúe, que se mantenga o que se generen las condiciones necesarias que hagan factible su continuación, y en último extremo, que sea respetada y protegida en caso de ser necesario[472]; sin embargo, este derecho no se reduce a la sola existencia, si fuera así, se reduciría a un mero derecho a la sobrevivencia o derecho a la existencia en cualquier condición, por dramática que esta sea (piénsese en el enfermo que sufre o padece a consecuencia de una enfermedad terminal incurable). En realidad, el derecho a la vida se encuentra tamizado por una *dimensión sustancial o material*, que significa que este derecho también supone la facultad de poder realizar un proyecto existencial o vital en condiciones dignas.

---

[472] ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1994, p. 27.

En tal sentido, vida no solo es existencia, sino existencia en dignidad. Pues tal como refiere QUISPE CORREA: "El derecho a la vida (...) no puede entenderse solo como respeto que los demás deben a mi integridad, ni como discurrir en el mundo mediante satisfacción de necesidades primarias; fundamentalmente habría que comprenderlo como materialización de la oportunidad de desenvolverse libremente, no sobrevivir en condiciones indignas, precarias, inhumanas (...). Vivir es posibilidad de desarrollar facultades humanas y de satisfacer necesidades biológicas, culturales, estéticas. Vivir no es impedir a otro mi ser; vivir es capacidad para realizarse con decoro; (...) vivir en suma, es libertad de poseer, cada uno, su destino"[473]. Bajo esta misma perspectiva, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que: "La vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad..."[474].

Este derecho ha sido consagrado en diversos documentos internacionales de los que nuestro país forma parte, por lo que su interpretación debe efectuarse de conformidad con dichos tratados y acuerdos internacionales, conforme lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución. Así, se observa que este derecho se encuentra consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos[475] y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[476] de una manera simple e idéntica; mientras

---

[473] QUISPE CORREA, Alfredo: *Temas constitucionales*. Editorial Gráfica Cisneros, Lima, 1995, pp. 14-15.

[474] Exp. N° 5408-2007-PHC/TC (Fundamento Jurídico N° 7).

[475] Art. 3: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

[476] Art. I: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[477] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[478], además de consagrar el derecho a la vida de manera pormenorizada, establecen una garantía genérica: *"la prohibición de privar arbitrariamente de la vida de un ser humano"*.

Bajo este contexto, atendiendo a que el derecho a la vida aparece constitucionalmente configurado como un derecho fundamental, su función de garantía frente al Estado resulta inobjetable. Desde esta perspectiva, corresponde al Estado tres tipos de deberes respecto a la vida: i) El deber de respetar la vida humana, proscribiendo los ataques que provengan del mismo Estado; ii) El deber de proteger la vida humana frente a los ataques homicidas procedentes de particulares, en esa medida el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Constitucional de Derecho (Social y Democrático de Derecho), es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de las personas[479]; y, iii) El deber de garantizar las condiciones para que no se produzcan violaciones

[477] Art. 6: "1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente (...)."

[478] Art. 4: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

[479] Aunque debe precisarse que las disposiciones legislativas pueden ser de muy diversa índole, desde aquellas de carácter prestacional y asistencial hasta disposiciones penales que tipifiquen las conductas que atenten contra la vida de las personas, se trata de una vinculación en dos sentidos, uno de naturaleza positiva que obliga al Congreso de la República a adoptar medidas que protejan la vida, otro de carácter negativo en cuanto la vida, como bien de relevancia constitucional, se convierte en un límite a la *potestas* de configuración del legislador, al cual le está vedado adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico del Estado.

contra dicho derecho[480]. Sobre esto último la Corte Interamericana ha señalado en la Sentencia de fecha 05 de julio del 2004 (causa N° 19, Comerciantes Vs. Colombia -fundamento 135):

> *"... que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana por el corolario esencial para la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. Los Estados tiene la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. El cumplimiento del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1. de la Convención Americana no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no solo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar las medidas necesarias, no solo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad"*

Siendo esto así, el Estado tiene la *condición de garante* con respeto al derecho a la vida y los demás derechos tutelados por la Constitución y Tratados, conforme lo prevé el artículo 44° de la Constitución Política. En tal condición se encuentra obligado a prevenir cualquier situación que pudiera conllevar a su afectación, sea por acción o por

---

[480] Inclusive, puede agregarse otro deber a cargo del Estado (considerando que se protege la vida en condiciones de dignidad), es decir, el deber del Estado de diseñar y ejecutar todas las acciones necesarias para generar condiciones de vida de los ciudadanos conforme al principio – derecho de dignidad; evitando los modos de vida en condiciones de indignidad.

omisión. Bajo esta misma perspectiva, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el respeto del derecho a la vida y las garantías para su libre ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado[481]; sin embargo, esto no supone que el Estado tenga el deber de proteger la vida incluso contra la voluntad de su titular, o de eliminar todos los riesgos que la misma convivencia social depara para la vida, pues una pretensión de tal magnitud importaría frenar todo progreso social; lo cual no obsta a que fije de manera rigurosa los correspondientes deberes de cuidado, a fin de mantener los riesgos dentro de niveles socialmente admisibles[482].

En nuestro medio, el reconocimiento del derecho a la vida se encuentra presente directa o indirectamente en todo nuestro ordenamiento jurídico y particularmente en la Constitución Política del Estado, en el Código Civil, en el Código Penal, en la Ley General de Salud, en la Ley de Trasplante de Órganos, etc. La Constitución Política de 1993 además de consagrar el derecho a la vida (Art. 2° inc.1), ha establecido que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (Art. 1°), con lo cual *la persona se erige como un valor supremo*, que genera en el Estado y la organización social la obligación de protegerla. El respeto y auspicio de este valor supremo, como bien lo ha señalado

---

[481] Exp. N° 2488-2002-HC/TC; en la sentencia recaída en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC, el TC estableció que la vida, ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, en ese sentido, el Estado no sólo debe respetar la vida sino además garantizarla.

[482] PEÑARANDA RAMOS, Enrique en: *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)* Vol. I., Bajo Fernández (director). Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, Madrid, 2,003, p.27, puntualiza que la posibilidad de sancionar la infracción de esos deberes, aun cuando no produzcan resultados, mediante la incriminación de delitos de peligro, constituye el más riguroso recurso con que cuenta el Estado para cumplir con el deber de protección que la Constitución le encomienda.

el Tribunal Constitucional[483], *supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida*, pues este derecho constituye su proyección, además de ser el de mayor connotación por cuanto se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tendría sentido o devendría en inútil sin una protección efectiva de la vida del titular de dichas prerrogativas o facultades.

Debe puntualizarse además, que si bien nuestra Constitución reconoce expresamente el derecho a la vida de *las personas* (Art. 2° inc.1) ello no quiere decir que la vida latente en el nasciturus carezca de protección constitucional, ya que si el valor esencial protegido por nuestro ordenamiento jurídico es la vida humana, necesariamente debe colegirse que, en donde exista vida, debe existir el amparo constitucional. En consecuencia, la Constitución no solo protege el producto de la concepción a partir del nacimiento -momento que determina su condición de persona-, *sino el proceso mismo de la vida humana*, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona en el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento[484]. Este criterio también está

---

[483] Exp. N°2016-2004-AA/TC (Fundamento Jurídico N° 25) y Exp. N° 2945-2003-AA/TC (Fundamento Jurídico N° 27).

[484] En este sentido el Tribunal Constitucional Español en su sentencia N° 53/1985 del 11 de abril de 1985, señaló: " ... a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte; es un proceso continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tiene un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital. b) Que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. C) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad (...) De las consideraciones se deduce que si la Constitución protege a la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro

contenido en los documentos internacionales ratificados por el Perú, que reconocen el derecho a la vida desde la concepción, tales son la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos, que hacen referencia a la protección del niño, tanto antes como después del nacimiento. De igual modo, nuestro Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley N° 27337, garantiza la vida del niño y el adolescente desde el momento de la concepción, protegiéndolos de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental (Art. 1°). Siendo esto así, queda claro que tanto la normativa internacional como la nacional, protegen a la vida desde *la concepción*[485].

Desde la perspectiva del Derecho penal, en tanto es el instrumento más severo de protección de la vida, en el Título I del Libro II del Código Penal contempla la protección de la vida humana como bien jurídico intangible e inalienable, al constituir un valor en sí misma, así como el fundamento y condición esencial de la protección de otros bienes jurídicos directamente relacionados a ella, así como de los demás bienes jurídicos en general; pues: "La vida es el soporte biológico no solo del individuo, sino de la especie; sobre ella descan-

---

materno, *sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma* (subrayado nuestro); por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto este encarna un valor fundamental garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional" (...) esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía las normas penales (*fundamento 7*)".

[485] En el caso: Anticonceptivo Oral de Emergencia (Exp. N° 02005-2009-PA/TC), nuestro Tribunal Constitucional ha señalado también, de manera categórica, que la vida es protegida desde la concepción (ver FJ. 19).

san todos los demás valores de que el hombre es portador"[486]. La vida aparece como el más alto de todos los bienes, "... es la base vital de la dignidad humana y el presupuesto de todos los otros derechos fundamentales"[487]. En este sentido, la vida es un bien jurídico merecedor de protección penal por poseer un *valor intrínseco*, es decir, vale por sí misma, al margen de cualquier otra calificación; a la par que es también portadora de *un valor de referencia*, al constituir la base material para el ejercicio y la existencia de los demás derechos inherentes de la personalidad[488]. Consecuentemente, la vida merece la máxima escala de protección, no solo de parte del Derecho sino de toda actividad humana y social; protección que se extiende inclusive a los actos propios del individuo titular de la vida, al concebirse como un fenómeno biosociológico inseparablemente unido[489]. Esta concepción de la vida y su escala de protección por el derecho, como ya se ha indicado, se ha plasmado en todos los instrumentos y convenios internaciones vinculados a los derechos humanos.

Sin embargo, si bien la protección de la vida proviene de todo el ordenamiento jurídico (Constitución Política del Estado, Código Civil, Código Penal, Ley General de Salud, Ley de Trasplantes de Órganos, etc.), cabe precisar que dicha protección no tiene el mismo contenido ni la misma intensidad, ya que los enunciados de cada disciplina jurídica

---

[486] RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ: *Ob. Cit.*, p.21. En el mismo sentido HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Juris, Lima, 1995, p. 3, refiere que "el derecho a la vida es el primero de los inherentes a la persona, en el sentido de que constituye *conditio sine qua non* del ejercicio de todos los demás derechos de la persona". Del mismo modo QUERALT JIMÉNEZ, Joan: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Bosch, Barcelona, 1996, p. 5.

[487] ESER, Albin: *Entre la "santidad" y la "calidad" de vida.* En Derecho Penal, Medicina y Genética. Lima, Idemsa, 1998, p. 88.

[488] CASTILLO ALVA, José Luis: *Derecho penal. Parte Especial 1.* Grijley, Lima, 2008, p. 13.

[489] MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: *Derecho penal. Parte Especial.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 25.

la regulan conforme a sus propias finalidades y funciones dentro del ordenamiento jurídico en general. Así, en el Derecho civil subyace la protección de la vida humana desde su concepción hasta su extinción (muerte), en cuanto la vida humana es el sustrato o soporte objetivo del "sujeto de derecho", que constituye el elemento fundamental del Derecho civil[490], la protección del Derecho civil, se extiende desde la concepción de la vida humana (en cuyo caso el sujeto de derecho es el concebido) y luego del nacimiento (en que el sujeto de derecho es la persona humana) hasta la muerte. Las normas sanitarias (Ley General de Salud N° 26842 y Ley de Trasplante de Órganos N° 28189), igualmente, reglamentan e impulsan las condiciones sanitarias y de trasplante de órganos tendientes a la mejora de la calidad de vida y salud de la persona humana así como su perfeccionamiento cualitativo; en este caso, la trasgresión de esta normatividad, determina la correspondiente responsabilidad administrativa, cuando no penal. Obviamente, la Constitución, concibe a la vida, como derecho fundamental, objeto de la más amplia protección a través de todo el ordenamiento jurídico.

En el *Derecho penal,* la vida, es el bien jurídico fundamental y preeminente, y su protección, no solo está contenida en los delitos vinculados a su afectación directa, sino que subyace en la protección de todos los demás bienes jurídicos, los que en última instancia persiguen la incolumidad de la vida o la mejora de su calidad.

1.2. CONCEPCION NATURALÍSTICA vs. CONCEPCION VALORATIVA DE LA VIDA

Una de las cuestiones que la doctrina penal discute, está referida a si la vida debe entenderse solo desde un punto de *vista naturalísti-*

[490] "Sujeto de derecho se refiere, siempre -exclusiva y excluyentemente- a la vida humana, cualquiera sea su modalidad, ya sea el ser humano en formación antes de su nacimiento, o una vez nacido, como ser ontológicamente libre u organizado colectivamente, cumpliendo (o no) con la formalidad de la inscripción en el registro, conforme a ley". ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las personas.* Huallaga, Lima, 2001, p. 24.

co, o también desde una perspectiva de *contenidos valorativos*. Según el primer punto de vista la vida debe entenderse desde parámetros físico-biológicos, lo que determina su protección absoluta, pues basta constatar estos presupuestos físicos y biológicos, para establecer que nos hallamos frente a una vida objeto de protección (se habla de una especie de santidad del derecho a la vida). *Una concepción valorativa*, por el contrario, sostiene que la vida es un valor relativo y ponderable, cuya protección debe encontrar fundamento en otro tipo de valoraciones sociales, como por ejemplo el interés de la sociedad o del mismo individuo en su mantenimiento. Esta última concepción desconoce la inviolabilidad absoluta de la vida[491], propendiendo a tomar en cuenta la "calidad" y sentido de la vida[492].

Tomando posición al respecto consideramos que ambas posiciones no son incompatibles; por el contrario, sostenemos que partir de una concepción físico-biológica de la vida es insoslayable, con ello se evita una relativización peligrosa de la vida, pues no puede dejarse a las valoraciones sociales la determinación de qué es vida humana y qué no lo es. En tal sentido, la protección de la vida no puede admitir diferenciaciones atendiendo al estado y a la condición social del individuo, ni a la calidad, racionalidad o viabilidad de esa vida[493]. Sin embargo, este punto de partida no obliga a establecer una protección ilimitada de la vida; pues, tal como refiere ESER: "... por una parte, el respeto por la "santidad" de la vida no debe fosilizarse en un pretexto formal para reprimir las exigencias del hombre concreto por dar un sentido

---

[491] ESER, Albin: *Ob. Cit.* p. 87.

[492] La aplicación de esta concepción sin tinte humanitario pudo justificar bajo el pretexto de defender valores ideales, prácticas genocidas de los regímenes totalitarios como la nazi y comunista. Esta situación explica de algún modo la tendencia de la doctrina comparada a proclamar el carácter intangible de la vida aferrándose a un concepto físico - biológico difícilmente manipulable.

[493] ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los delitos contra la vida y la integridad persona y los relativos a la manipulación genética.* Comares, Granada, 2004, pp. 6-7, citando a Rodríguez Mourullo y Stampa Braun.

a aquella. Por otra parte, la ambición de una vida "cualitativamente" valiosa, no debe socavar su preeminente derecho a la existencia[494]. Por consiguiente, *la vida no puede gozar de una protección absoluta*, por cuanto, al igual que otros derechos fundamentales, se encuentra sometida a limitaciones en la medida en que, pueden existir otros intereses con los que puede entrar en conflicto, y que son amparables constitucionalmente (como por ejemplo el derecho a la dignidad); lo cual exige asumir criterios valorativos. *En conclusión, un criterio físico biológico de la vida es imprescindible porque permite determinar el sustrato del bien jurídico vida, pero el alcance o el ámbito de su protección debe atender a criterios valorativos*[495]; en este sentido, no

---

[494] ESER, Albin: *Ob. Cit.* p. 111.

[495] En este sentido ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 7, señala que el sustrato del bien jurídico vida no se puede determinar a partir de criterios normativos, sin embargo esto no obsta a que estos tengan relevancia para determinar el ámbito o el alcance de su protección jurídica; PEÑARANDA RAMOS, Enrique en: *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)* Vol. I., Bajo Fernández (director). Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, Madrid, 2003, pp. 28-29, precisa que la adopción de un criterio físico biológico como punto de partida no impide que, a la hora de determinar el alcance de la protección que se dispensa a la vida así entendida, operen, de forma atenuada, ciertos criterios valorativos; Del mismo modo BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Manual de Derecho penal. Parte Especial (Delitos contra las personas).* 2da. Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 4-6; GONZÁLES RUS, Juan José en: *Curso de Derecho penal español. Parte Especial I.* Cobo Del Rosal (director). Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 15-16, sostiene que la vida como derecho necesitado de protección no depende de cambiantes valoraciones sociales, sino que su tutela comienza desde el momento en que concurren los presupuestos filosóficos que la hacen reconocible como vida humana independiente, cualquiera sea su utilidad, calidad o el valor social que pueda atribuírsele; sin embargo, una aproximación biológica y naturalista es incapaz de explicar porque se considera sin vida, digna de protección penal, lo que todavía mantiene actividad fisiológica (por ejemplo en el caso de la muerte cerebral), y porque la protección del feto o del embrión es menor que la del nacido; MORALES PRATS, Fermín en: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal.* Quintero Olivares (director). 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 30, indica que una contemplación normativa

es incoherente que en nuestro ordenamiento penal y constitucional se consagre la legítima defensa (Art. 20° inc. 3 del CP), y el aborto por indicación terapéutica (Art. 119° del CP), que son supuestos que han sido tomados en cuenta por el legislador patrio atendiendo a las valoraciones sociales imperantes en nuestra sociedad.

1.3. LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO DISPONIBLE

Si bien resulta inobjetable que el titular del derecho a la vida no es el Estado, ni la comunidad, sino el individuo, sin embargo, no se encuentra plenamente zanjado si este bien jurídico resulta disponible o no por parte de su titular.

Un importante sector de la doctrina sostiene que la vida es un bien jurídico indisponible[496] e irrenunciable, ya que su protección penal se funda en un interés público, siendo irrelevante la voluntad privada de su titular. En consecuencia, incurriría en un delito de homicidio tanto el que mata a otro en una lucha, como el que mata a la víctima

---

del bien jurídico vida permite superar las concepciones estrictamente físico – biológicas, y es necesaria para la comprensión de fenómenos normativos como la despenalización del aborto en determinados casos; sin embargo, una concepción normativa no puede prescindir del sustrato que ofrece la realidad físico natural. En la doctrina nacional CASTILLO ALVA, José Luis: *Ob. Cit.* pp. 27-28, concluye que la conceptualización normativa del bien jurídico "vida" debe partir de un criterio físico-biológico, el cual debe obrar como límite a la valoración social o jurídica de dicho bien; VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal- Parte Especial. I-A.* Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 38, siguiendo a GRACIA MARTÍN afirma que el reconocimiento de la vida como existencia cierta no puede depender de criterios de valoración, sin embargo, su protección está condicionado por las concepciones sociales; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte Especial.* Idemsa, Lima, 2004, p. 63, sostiene que si bien la vida es protegida de manera rigurosa, esto no implica que su protección sea absoluta, pues en determinadas circunstancias se la sacrifica.

[496] En nuestro medio PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 61; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 38; BRAMONT ARIAS - GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 35, aunque no se pronuncia al respecto, señalan que la protección de la vida es absoluta.

indefensa con su consentimiento[497]. Desde esta perspectiva, el Estado estaría obligado a proteger la vida con independencia de la voluntad de su titular[498]. Coherentemente con lo señalado, los que suscriben esta posición, justifican la impunidad del suicidio únicamente en razones de política criminal o de falta de merecimiento de pena[499], pero de todos modos consideran que el suicidio no es un acto permitido.

Frente a esta posición, se encuentran aquellos que consideran que el *derecho a la vida es disponible para su titular.* Dentro de este planteamiento, sin embargo, se advierten variantes: i) Los que no ven obstáculo en plantear el derecho a la vida en su faz negativa, esto es, reconociendo el derecho a la propia muerte[500]; y, ii) Los que, partiendo de una interpretación integradora de la vida, la dignidad y la libertad, sostienen que el objeto de protección en estos delitos es

---

[497] Ilustrativa de esta posición es la sentencia del Supremo Tribunal Español del 27 de Marzo de 1990, donde se señala que: "La asociación religiosa de Testigos de Jehová, a la que pertenecen los protagonistas del suceso, prohíben la práctica de la hemoterapia, contraria a ciertos textos de los Libros Sagrados porque transfiere –según la exégesis- la corriente de la vida de uno a otro "lo que se prohíbe por Jehová en Su Palabra", reprobación religiosa, que al estar paladina y documentalmente aceptada por los asociados, suscita el tema, en el campo penal, del consentimiento de la víctima como causa de exclusión del injusto. Siempre ha tenido influjo penal el consentimiento de la víctima, y a los albores del derecho penal pertenece la máxima romana *volenti non fit curia,* pero ni entonces, ni en el momento actual tuvo un valor absoluto: ciertamente, el consentimiento del interesado excluye la tipicidad penal cuando en la definición de ciertos delitos se ha tenido en cuenta dicha voluntad, y la antijuricidad si el sujeto pasivo tiene libre disposición del bien jurídico afectado; sin embargo, cuando el consentimiento afecta la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz ...".

[498] GONZÁLEZ RUS: *Ob. Cit.* p. 16.

[499] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 150; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 146; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 153; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 66; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 74.

[500] PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional.* Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 335, citado por CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 845.

la vida libremente deseada por su titular[501]. Se llega a sostener, de manera extrema, que la disponibilidad de la propia vida integra el núcleo esencial del derecho a la vida, por lo que se sostiene que la criminalización de la instigación y ayuda al suicidio carece de reconocimiento constitucional, pues la vida impuesta contra la voluntad de la persona no es un valor constitucional[502].

La solución a este debate, desde nuestra perspectiva, pasa por responder a las siguientes interrogantes: ¿Si el derecho a la vida tiene un carácter absoluto?, ¿si constitucionalmente existe el deber de protección absoluta de la vida aun contra la voluntad de su titular? y finalmente ¿si la decisión de quitarse la vida de manera voluntaria y libre, afecta el contenido del derecho a la vida?

La primera interrogante ya ha sido respondida más arriba (punto 1.2.). Resta aquí reafirmar que, si bien la vida tiene un valor de referencia, al constituir la base material para el ejercicio y la existencia de los demás derechos inherentes a la personalidad, esto no supone que los demás derechos tengan que subordinarse y ceder ante un posible conflicto. Este criterio ha sido establecido expresamente por el Tribunal Constitucional (máximo intérprete de nuestra Constitución), el que ha señalado que ningún derecho fundamental tiene un carácter ilimitado o absoluto[503]. Confirma la tesis de la relatividad del derecho a la vida: i) La consagración constitucional de la pena de muerte (Art. 140°); ii) La consagración constitucional de la legítima defensa (Art. 2° inc. 23);

---

[501] VIVES ANTÓN: *Ob. Cit.* p. 82; VALLE MUÑIZ: *Ob. Cit.* p. 59 ss.

[502] VIVES ANTÓN: *Ob. Cit.* p. 83; VALLE MUÑIZ: *Ob. Cit.* p. 60.

[503] Exp. N° 0050-2004-AI y acumulados: "*Los derechos fundamentales (...) no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido. Por lo tanto, no obstante lo mencionado en el artículo 32 in fine de la Constitución, el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su "contenido fundamental" (fj. 38).*

iii) La posibilidad de privar la vida de otro en estado de necesidad (Art. 20° inc. 5 del Código Penal); y iv) también la posibilidad del aborto terapéutico.

Respecto a la segunda interrogante, refiere la doctrina: "... *el derecho a la vida constituye una garantía frente al Estado, que debe abstenerse de lesionarla y preocuparse por protegerla (mediante el castigo de los ataques a la misma realizados por terceros)*"[504], criterio que es asumido en el art. 2° inc. 1 de nuestra Constitución (con indiscutido sentido garantista); sin embargo, de esta norma no puede extraerse un deber absoluto e incondicionado de vivir; y esto es así, porque el destinatario de la norma constitucional no es el titular de este bien jurídico, sino los terceros (los poderes públicos y los particulares)[505]. Por tal razón, no puede extraerse de la norma constitucional, antes citada, un deber del Estado de proteger la vida contra la voluntad de su titular.

Finalmente, la decisión voluntaria y libre de quitarse la vida, no afecta el contenido esencial del derecho a la vida, ya que se trata de una situación no contemplada en las funciones de garantía que establece nuestro precepto constitucional[506].

Bajo este contexto, el derecho a la vida, como se ha indicado, no debe ser interpretado de una manera absoluta, sino en concordancia con los demás principios constitucionales. En tal sentido, no debemos perder de vista que de acuerdo a nuestra Constitución (Art. 1° la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; asimismo en el párrafo a) inciso 24 del art. 2° de la Constitución Política, se resalta la capacidad que posee el ciudadano para

---

[504] VALIENTE LANUZA, Carmen Tomás: *La Disponibilidad de la Vida desde la Perspectiva Constitucional.* Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 299.

[505] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 103.

[506] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 113.

autodeterminarse de acuerdo con sus propias convicciones en todos aquellos ámbitos no prohibidos por la ley, lo cual abona a considerar que el titular del derecho a la vida *puede disponer de ella*[507], pero esta afirmación no debe ser entendida en el sentido fuerte de esta expresión, ya que el derecho a la vida no implica el reconocimiento de un derecho subjetivo a la muerte, aunque la decisión al respecto no está prohibida. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español señaló que: "*el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluye el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, puede aquélla tácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del "agüere licaere", en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público*"[508].

El derecho a la vida se distingue en este aspecto del derecho a la propiedad, y tiene una naturaleza semejante al derecho de voto o al derecho a elegir una determinada religión, por ejemplo uno puede transmitir (disponer libremente) de su derecho de propiedad sobre un

---

[507] Ver GRACIA MARTÍN, Luis. *El homicidio.* En Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida Humana Independiente y Libertad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 23; GONZÁLES RUS: *Ob. Cit.* p. 88 indica que: "(...) Lo cierto es que el art. 15 de la Constitución, que exige el respeto para la vida por parte de los demás y del Estado, nada dice respecto de la posibilidad o imposibilidad de que el titular pueda disponer de ella. Más aún, podría interpretarse que el reconocimiento de la disponibilidad está implícito en el propio carácter de derecho fundamental, lo que otorga al art. 15 CE una dimensión garantista que se vería desfigurada si el derecho a la vida acabara convirtiéndose en un *deber de vivir*, en aras del interés social o por una consideración supraindividual del bien jurídico. (...) En definitiva: los preceptos constitucionales avalarían la capacidad del sujeto para decidir sobre su propia vida (...)".

[508] STC 120/90 (fundamento 7).

bien, pero no puede vender su voto o hacer un contrato renunciando en el futuro a adherirse a un credo religioso, aunque naturalmente puede votar o no votar, y adherirse a una religión o a otra[509]. En este mismo sentido, en posición que suscribimos, ROMEO CASABONA señala que: "... no existe un derecho fundamental a la disponibilidad de la propia vida, o un derecho a la muerte, sustentado en el art. 15 del CE o en otros preceptos de la misma, sino una libertad o facultad, no exigible constitucionalmente (es decir, ni a los poderes públicos ni a terceros), de disponer de ella por uno mismo. Sin embargo, tampoco existe el deber de vivir contra la propia voluntad, y, por tanto, al ser un derecho de garantía, no faculta a los particulares ni al Estado para imponer seguir viviendo coactivamente contra la decisión individual"[510].

Asimismo, si bien la faz negativa del derecho a la vida (la facultad de prescindir de ella), no forma parte del contenido esencial de este derecho[511]; sin embargo, resultaría inconstitucional cualquier dispositivo legal que prohíba el suicidio, que sancione el suicidio frustrado, o que prohíba alguna otra acción u omisión de disposición de la vida realizada por el propio titular del bien jurídico, o cualquier decisión judicial que condujera al mismo resultado, pues, en estos casos se estaría vulnerando la libertad individual del sujeto[512].

---

[509] ATIENZA MANUEL: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico.* Editorial Ariel, Barcelona, 1997, p. 115, aunque este autor reconoce que el derecho a la vida implica el reconocimiento del derecho a morir.

[510] *Ob. Cit.* p. 94.

[511] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 848.

[512] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 106; VALIENTE LANUZA: *Ob. Cit.* p. 382/383: "... una Constitución que, (...), consagra un Estado Social y Democrático de Derecho, sí impone la atribución al derecho penal de la exclusiva tarea de proteger bienes jurídicos, reservando el uso de la coacción estatal para el castigo de conductas que *lesionen o pongan en peligro bienes ajenos*, sean individuales o de la colectividad, y excluyendo su utilización como medio para preservar determinadas concepciones morales, ideológicas o religiosas. Penalizar una conducta que, como el suicidio,

Ahora bien, el respeto a la libertad individual tampoco autoriza a dejar voluntariamente este bien jurídico, por parte de su titular, en manos o bajo el dominio de terceros –vg., garantizar una prestación con la vida, o el que en el juego de la "ruleta rusa" permita que otro le dispare con un arma-; pues, en este supuesto el sujeto ya no realiza una mera disposición, pues ya no mantiene el control del suceso, sino que estaría efectuando una renuncia del derecho a la vida frente a un tercero, lo cual está constitucionalmente proscrito, ya que la vida, como cualquier otro derecho fundamental, es *irrenunciable*[513].

Finalmente, cabe señalar que la tipificación del auxilio o instigación al suicidio (Art. 112° del CP) no resultan incompatibles a los valores consagrados en nuestra Constitución, ya que si bien es cierto que en estos casos el titular del bien jurídico mantiene el control o dominio de su muerte, también lo es que la facultad para disponer libremente de su vida no se extiende hasta el punto de poder involucrar a terceros. En efecto, nuestra Constitución solo faculta *al titular* a que pueda disponer libremente de su vida, no así, a que terceros puedan participar legítimamente en dicha actividad. Por tal razón, queda en manos de nuestro legislador la tipificación o no de este tipo de conductas, según, claro está, las finalidades político-criminales del momento y los riesgos existentes para el bien jurídico[514].

Bajo este contexto: ¿Tendría asidero la resolución judicial que por ejemplo disponga la transfusión de sangre o imponga un deter-

---

no lesiona bien jurídico ajeno alguno, sólo podría explicarse por la pura arbitrariedad (constitucionalmente prohibida) (...) plenamente incompatible, por definición, con la autonomía individual, de ahí (...) lo insostenible de la postura que mantiene la antijuricidad del suicidio ...".

[513] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 108, sostiene que el sentido de la irrenunciabilidad del derecho a la vida debe entenderse como la imposibilidad de hacer dejación del bien jurídico en manos de terceros, aunque sea voluntariamente.

[514] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* pp. 109/110.

minado tratamiento a una persona que se opone a ello por cualquier convicción personal?

Al respecto, cabe acotar que la negativa de recibir una transfusión de sangre -y en general de cualquier intervención médica-, constituye un acto que se encuentra dentro del ámbito de la autonomía del paciente, lo cual lo faculta a poder elegir libremente el tratamiento que considere compatible con su posibilidad económica, con la expectativa del riesgo que tal tratamiento conlleva, y con sus convicciones personales. En tal sentido, nuestra Ley General de Salud, en su artículo 4° (primer párrafo) reconoce que: "*Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo*", mientras que en su tercer párrafo señala que: "*La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso*".

En tal sentido, si se constata positivamente la lucidez y la libre decisión del paciente de negarse a una transfusión sanguínea o a cualquier otro tratamiento vital, ya sea por motivos religiosos o de otra índole, dicha decisión ha de ser respetada por el médico tratante. El rechazo del tratamiento excluye al médico de su posición de garante respecto el bien jurídico de su paciente –pues se elimina el injusto y la tipicidad de su omisión-, excluyendo el delito de auxilio al suicidio por omisión, y la eutanasia pasiva –omisión de los tratamientos tendientes a prolongar la vida-. También se excluye la existencia de un posible delito de omisión del deber de socorro, pues el paciente no se halla desamparado en el sentido del tipo[515].

Cabe precisar, sin embargo, que nuestra Ley General de Salud se coloca en dos supuestos más:

1. *En situación de emergencia.* En este caso, la norma acotada señala que: "*No es necesario el consentimiento previo en las*

[515] DIEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 260.

intervenciones de emergencia" (Artículo 4°, 2do. Párrafo). Se debe aclarar que esta excepción resulta aplicable únicamente cuando el paciente no puede manifestar su voluntad de manera indubitable; por ejemplo, un paciente en estado de inconciencia.

Nuestra ley, en la disyuntiva de exigir el consentimiento previo, en una situación de emergencia que, configura a nuestro entender un estado de necesidad, opta por reconocer el principio del "*in dubio pro vida*", en aras de una protección eficaz del derecho a la vida.

2. *Incapacidad Civil: "En caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces*[516] *o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del art. 44 del Código Civil*[517]*, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos"* (4to. Párrafo del art. 4°).

En este caso, debemos tener claro que un paciente tiene el derecho a rechazar un determinado tratamiento siempre que, cuente con la suficiente capacidad para comprender o discernir la trascendencia de su decisión, y pueda expresarla indubitablemente, con prescindencia de su edad o la gravedad de su estado. En tal sentido, la actuación de la autoridad judicial únicamente estará limitada a constatar esos dos

---

[516] Artículo 43° del Código Civil. Incapacidad absoluta. Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. 3.- Los sordomudos, los ciego-sordos y los ciego-mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

[517] Artículo 44 del Código Civil. Incapacidad relativa. Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales.3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

factores; es decir, si el sujeto, que requiere el tratamiento médico, tiene la suficiente capacidad para rechazar dicho tratamiento y de expresar indubitablemente aquella decisión. De no constatarse ambos factores en el paciente, la autoridad judicial deberá autorizar y ordenar el tratamiento médico, atendiendo a que se trata de personas de especial protección, y al daño irremediable e irreversible a que pueden ser o estar expuestos.

Un problema que no es resuelto por la norma antes citada, son aquellos casos en los que el paciente no puede manifestar su voluntad por encontrarse en un estado de inconsciencia, y un tercero (familiar), pone en peligro la vida del paciente, al dar preferencia, por ejemplo, a su libertad religiosa. En estos casos, consideramos que el procedimiento debe ser el mismo, es decir, se debe dar parte a la autoridad judicial, la que deberá verificar si en el caso concreto existió por parte del paciente un rechazo previo a un determinado tratamiento, caso contrario, la duda deberá resolverse a favor de la vida del paciente.

1.4. LÍMITES TEMPORALES DE PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA

Determinado el valor de la vida humana en su calidad de bien jurídico fundamental y justificada su protección no solo por el Derecho penal, sino por todo el ordenamiento jurídico, resulta de especial importancia determinar el momento en el cual se inicia la vida humana individualizada[518], y a partir de qué momento empieza su protección jurídico-penal y hasta dónde se extiende, a fin de establecer si la conducta constituye o no delito y de qué delito se trata[519].

---

[518] La determinación de la vida humana no ha sido ajeno a otras ciencias y ha pasado a ser un punto técnico-científico que involucra a diversas disciplinas como la embriología, fisiología, biología y genética, habiendo incluso surgido una ciencia nueva, la ontogénesis, que estudia el fenómeno de la concepción. VARSI ROSPIGLIOSI: *Derecho Genético.* Grijley, Lima, 2001, p. 87.

[519] ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética".* Comares, Granada, 2004. p. 12.

1.4.1. INICIO DE LA VIDA HUMANA Y SU PROTECCIÓN JURÍDICO - PENAL

El inicio de la vida humana se considera como un proceso en el que se producen varios fenómenos biogenéticos específicos, en primer lugar la *fecundación,* que se produce cuando el espermatozoide toma contacto con el óvulo, llegando a penetrar su membrana celular pero sin llegar a generar un solo núcleo. Luego se produce la *concepción,* también llamada fertilización o impregnación[520], en la cual se produce la *singamia;* es decir, la fusión de los núcleos celulares (del esperma y del óvulo) con el correspondiente intercambio de información y material genéticos, formando un solo núcleo que viene a constituir el cigoto. A partir de este momento se dice que surge una nueva vida humana individualizada; aun cuando existen criterios que consideran que "... la vida no se inicia sino simplemente se transmite", constituyendo la concepción únicamente la prolongación del proceso de generación de la vida ya existente en el óvulo y el esperma[521].

Como ya se ha señalado, la protección del derecho a la vida por parte de las diversas disciplinas del Derecho es de diversa intensidad y el momento en que se inicia dicha protección en muchos casos no coincide. Así, en el Derecho civil lo importante es la individualización de la vida, a partir de la cual se puede hablar de un sujeto de derecho y evitarse cualquier tipo de conflicto de intereses intersubjetivo, y por ello, lo relevante es el momento de la concepción[522]; sin embargo

---

[520] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho genético.* Grijley, Lima, 2001, p. 94

[521] Al respecto ver: VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: p. 88.

[522] JÉRONE LEJEUME, citado en la sentencia C- 133/94 (fundamento 4) de la Corte Constitucional de Colombia, en lo referente del momento a partir del cual comienza la vida humana, expresa: "¿Cuándo comienza a existir un ser humano? Trataré de dar una respuesta más precisa a esta cuestión de acuerdo con los conocimientos científicos actuales. La biología moderna nos enseña que los progenitores están unidos a su progenie por un eslabón material continuo, de modo que de la fertilización de una célula femenina (el óvulo) por la célula masculina (el espermatozoide)

el Derecho penal necesita de un objeto material definido que exprese con toda nitidez el bien jurídico vida suficientemente individualizado y estable. Bajo este contexto, no cabe duda que el punto de partida coincide con la fecundación, pero, como es sabido, desde la fecundación hasta la culminación del proceso de anidación o implantación del embrión en el claustro materno (útero), se pueden presentar diversas situaciones que pueden impedir que realmente la fecundación genere propiamente la vida humana individualizada, de tal suerte que pueda apreciarse al bien jurídico "vida" suficientemente determinado. Pues, se pueden presentar: *a)* una situación de indiferenciación genética, al existir la dificultad para determinar si existe solo una vida, dos o más; *b)* insuficiencia genética, pues, si bien el cigoto posee información genética específicamente humana, puede darse el caso que no posea toda la información necesaria para el proceso embriogenético que determine las características del futuro individuo; y, *c)* la situación de inestabilidad del cigoto, pues, gran parte de los huevos fecundados "abortan" de forma espontánea antes de la anidación, ya que gran número de estos son portadores de graves patologías cromosómicas o malformaciones congénitas por lo que es el propio organismo de la futura madre la que los expulsa[523]; (este último supuesto inclusive,

---

surgirá un nuevo miembro de la especie. La vida humana tiene un historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción. El eslabón material es el filamento molecular del DNA. En cada célula reproductora, este filamento de un metro de longitud aproximadamente, está cortado en piezas (23 en nuestra especie). Cada segmento esta cuidadosamente enrollado y empaquetado (como una cinta magnetofónica en un minicasette) de tal modo que al microscopio aparece como un pequeño bastón, un cromosoma. Tan pronto como los 23 cromosomas que proceden del padre se unen por la fertilización a los 23 cromosomas maternos, se reúne toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades hereditarias del nuevo individuo. Exactamente como la introducción de un minicasette en un magnetófono permitirá la restitución de la sinfonía, así el nuevo ser comienza a expresarse a sí mismo tan pronto como ha sido concebido.

[523] ROMEO CASABONA, Carlos María. Ob. Cit. p. 152-160.

puede suceder mucho después de la anidación, como es el caso de los embarazos anembrionarios).

No obstante lo dicho, es necesario tener en cuenta que la ciencia aún no ha proporcionado criterios indubitables respecto a lo que realmente sucede en cada una de las etapas de este proceso biogenético, pues, algunos diferencian la fecundación de la concepción o fertilización y otros las identifican como una sola fase, diferenciando esta fase únicamente de la etapa de anidación del producto de la concepción en el claustro materno (útero).

En nuestro medio, el Tribunal Constitucional, ha expuesto que "*...la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implementación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio...*"[524]; con lo que asume que la protección de la vida humana se inicia con la concepción, independientemente de la anidación posterior. Sin embargo, no ha precisado propiamente en qué momento del proceso, considera que se produce dicha concepción; y más aún, no ha determinado si a partir de la concepción se inicia la *protección penal* o simplemente la protección del ordenamiento jurídico en general; y peor todavía, con posterioridad a este pronunciamiento ha esbozado otros criterios que difieren del anterior pronunciamiento.

En la dogmática penal, a fin de zanjar estas situaciones conflictivas se han esbozado dos teorías:

---

[524] Exp. N° 02005-2009-PA/TC, Caso: Anticonceptivo Oral de Emergencia (Fundamento Jurídico 38).

a) *La teoría de la fecundación,* que considera que el inicio de la vida se produce con la fecundación y por ello a partir de este momento debe iniciarse su protección por parte del Derecho penal; pues asumen que es a partir de este momento en que surge un nuevo ser humano, único e irrepetible. Esta teoría identifica *fecundación* con *concepción* o *fertilización.*

b) *La teoría de la anidación,* que sostienen que, aun cuando la vida se inicia con la concepción (que tiene lugar desde el momento en que el óvulo fecundado tiene las condiciones naturales para continuar desarrollándose), para determinar la protección penal se debe tener en cuenta la imposibilidad material del sistema para impedir el uso de procesos anticonceptivos dirigidos a evitar la anidación del óvulo fecundado -como la píldora del día siguiente y similares-, así como tampoco se puede impedir la fecundación de óvulos (produciéndose la concepción) fuera del claustro materno -*"in vitro"*- cuya destrucción o selección escapa al reproche penal; por lo que esta teoría considera que será a partir de la *anidación, implantación o adhesión*[525], esto es, cuando el óvulo fecundado se ubica en la cavidad interna del útero (endometrio), el momento más adecuado para iniciar la protección penal de la vida humana. Pues, solo a partir de este momento el producto de la fecundación tiene

[525] Se debe precisar que en nuestro país no existe un precepto legal en materia penal que determine el inicio de la protecciónde la vida, a diferencia del § 218 del StGB Alemán que precisa que: "... los actos cuyo efecto tengan lugar antes de la conclusión de la anidación del huevo fecundado en el útero materno no serán considerados como interrupción del embarazo en el sentido de esta ley". Según PRADO SALDARRIAGA, *Política Criminal Peruana.* (Perú: Editorial Cuzco, 1985), pp. 128 y 129, esta solución legal debió ser imitada por el legislador de 1991, "ya que propone un límite racional a la protección penal de la vida: la anidación; y de otro, liberaliza la aplicación de antianidatorios con beneficio de la tranquilidad sexual de la comunidad". De este modo el derecho penal recuperaría su rol de eficaz medio de control social.

las condiciones fisiológicas y orgánicas de viabilidad[526]. Antes de ese momento no existe la seguridad o certeza de que el producto de la concepción sea viable. La anidación, al decir de algunos especialistas se produciría recién a los catorce días de la fecundación aproximadamente; por lo que es a partir de ese momento, que existe un interés claramente delimitado y digno de protección jurídico-penal.

---

[526] VALLE MUÑIZ, José Manuel en: *Curso de Derecho penal español. Parte Especial I.* Cobo Del Rosal (director). (Madrid: Marcial Pons, 1996) pp. 76-80; ROMEO CASABONA. *Ob. Cit.* pp. 155-162; LAURENZO COPELLO, Patricia en: *Comentario al Código Penal. Parte Especial.* Diez Ripollés – Gracia Martín (Coordinadores). (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997) pp. 291-293; BAJO FERNÁNDEZ. Ob. Cit. pp. 109, 113-116; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. I. Bajo Fernández (director). (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, 2,003) pp. 292-296; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte Especial.* 2da. Edición. (Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1991) p. 16, afirmando que: "Desde un punto de vista valorativo jurídico y político criminal que dice relación con los tipos y las garantías del ciudadano, sólo la anidación del óvulo implica certeza en el desarrollo de la vida humana, de ahí que sólo entonces se puede fijar el *límite mínimo* de la vida humana"; Gonzáles Rus. Ob. Cit. pp. 112-113; CARBONELL MATEU J.C. - GONZÁLES CUSSAC, J.L en: *Derecho Penal. Parte Especial.* 3era. Edición. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999) p. 102. En la doctrina nacional unánimemente CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de aborto.* (Lima: Ara Editores, 2004) pp. 71-74; VILLA STEIN. Ob. Cit. pp. 28 y 164; HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte Especial -2. Aborto.* (Lima: Edición Juris, 1994) pp. 57-60. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen. *Manual de derecho Penal. Parte Especial.* Editorial San Marcos, Lima, 1998, pp. 36-37; VILLAVICENCIO TERRREROS, Felipe. *Delitos de Homicidio.* G y G Impresores, Lima, 1991, p. 14; Salinas Siccha. Ob. Cit. 64; FREYRE ROY. L. E. *Derecho Penal. Tomo I. Parte Especial.* A.F.A Editores, Lima, 1989) p. 254; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial I.* Ediciones Jurídicas, Lima, 1994) p. 72; HUGO VIZCARDO, Silfredo, *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima, 2002, p. 217; Tomando una posición distinta Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 pp. 87-89, señala que la teoría de la anidación sólo resuelve problemas concretos, pero no soluciona el problema del comienzo de la vida –cuestión que probablemente nunca se resolvería–, razón por

Debe precisarse, sin embargo, que la protección que otorga la Constitución y las leyes al bien jurídico vida, se extiende a todo el proceso de la vida, que se inicia con la concepción, aun cuando la valoración de la vida en todo el proceso no es la misma; así la protección del preembrión o embrión preimplantado, la vida humana dependiente y la vida humana independiente, no es de la misma intensidad. En el plano penal, el reproche por atentados contra cada una de estas fases del proceso vital también es diferente; inclusive, hasta antes de la Ley Nº 27636 del 15 de enero del 2002, no se protegía penalmente al embrión no implantado. Recién con la referida Ley, se ha penalizado la *manipulación genética* a través del uso de cualquier técnica, con la finalidad de clonar seres humanos, sin embargo, no se penaliza la destrucción o eliminación de óvulos fecundados. Esta protección de preenbriones no implica propiamente que la protección penal de la vida se adelante a un momento previo a la anidación, sino que dicha penalización obedece a la presencia de otros bienes jurídicos dignos de protección penal, como es el caso del debido uso de las técnicas de reproducción asistida y el desarrollo adecuado de la experimentación con material genético humano. Es más, como ya se indicó, no se penaliza la destrucción de los embriones fecundados artificialmente, sino únicamente los casos de clonación de embriones de seres humanos.

En tal sentido, para la protección penal, la vida humana se considera desde la *anidación del cigoto en el claustro materno.* De asumirse la teoría de la fecundación o de la concepción para la determinación de la protección penal de la vida humana, todos los casos de destrucción o eliminación de los embriones artificiales, calificarían o serían subsumibles en el delito de aborto.

---

la cual ante esta imposibilidad científica y en aras de dar solución a los conflictos sociales que en torno a esta problemática se cierne, considera que no existe objeto material del delito de aborto hasta los tres meses de gestación, por cuanto hasta antes de dicho período el nasciturus carece de actividad cerebral y de la forma y órganos característicos del ser humano. Consideramos que asumir esta posición generaría lagunas de punibilidad insostenibles por lo que no es admisible.

1.4.3. EXTINCIÓN O FIN DE LA VIDA HUMANA

La protección penal de la vida humana, iniciada con la anidación, se prolonga durante todo el tiempo que esta dura, esto es, se la protege desde su inicio hasta su extinción, que se produce precisamente con la *muerte*. Hasta ese momento, cada vida individual, constituye el objeto material del delito de homicidio[527]. Se protege a la vida, independientemente de la calidad de esta, por muy precario que fuese el estado vital del individuo; se protege incluso a los enfermos terminales, castigándose la eutanasia y la cooperación al suicidio[528]. Lo que implica que se protege cada instante de la vida, aun cuando se sepa que la muerte será próxima.

Al igual que la determinación del inicio de la vida, resulta aún debatible para la ciencia médica, determinar el momento en que se produce la muerte; sobre todo, si se tiene en cuenta, que no se trata de un momento específico o un suceso instantáneo sino de un proceso biológico gradual y continuo que tiene un inicio y un fin[529]. Es por ello que la constatación del momento en que se produce la muerte ya no queda sujeta únicamente a la determinación de la ciencia médica o biológica sino que hace falta una disposición normativa que la determine, en la medida que se presenten determinadas condiciones. Más aún, si se tiene en cuenta que a la fecha, la idea de que la muerte se producía por la paralización de la actividad cardiorrespiratoria, ha quedado descartada; al poder mantenerse la vida artificialmente, aun en casos de cese irreversible de la actividad cerebral[530]. Claro que en casos específicos, como por ejemplo, si se encuentra un cuerpo sin cabeza o que le han extraído el corazón sin haber implementado un

---

[527] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 18.

[528] SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal-Parte Especial.* Madrid: Dykinson, 2000, p. 9.

[529] CASTILLO ALVA, José Luis: *Ob. Cit.* p. 47.

[530] ROMEO CASBONA, Carlos María: *Ob. Cit.* p. 18.

mecanismo que remplace la actividad cardiovascular, se puede concluir, sin lugar a dudas, que se ha producido la muerte, y estamos ante un cadáver; sin embargo, en otros casos, el proceso de la muerte, más allá de los resultados clínicos, se ha convertido en un concepto jurídico, propio del quehacer de los juristas. Así, MANTOVANI, sostiene que son tres fases a tenerse en cuenta dentro del proceso biológico de la muerte[531]:

a) La fase de la muerte relativa: también denominada muerte aparente; cuando las funciones superiores, esto es, las funciones respiratorias, cardiovasculares y nerviosas quedan suprimidas. Esta fase no es obligatoria dentro del proceso de muerte y, en todo caso, de presentarse, tendría que ser de una magnitud o una situación reversible espontáneamente o por medios instrumentales.

b) La fase de la muerte intermedia: esta etapa se presenta cuando las funciones superiores quedan detenidas de manera irreversible, sin que exista la posibilidad de su restablecimiento.

c) La fase de muerte absoluta: esta fase implica la extinción de la vida de todas las células del organismo humano.

MORALES GODO precisa que por mucho tiempo la fase intermedia se ha considerado como suficiente para considerar que una persona ha muerto. Sin embargo, el cese de estas funciones no se produce en forma simultánea[532]; más aún, con modernas técnicas de reanimación, tanto el cese de las funciones respiratorias cuanto el cese de las funciones cardiovasculares no son irreversibles a la fecha. Como consecuencia de ello, se ha desarrollado el concepto de *muerte encefálica*, que implica el *cese definitivo e irreversible de la actividad*

---

[531] Citado por MORALES GODO, Juan: Necesidad de unificar el concepto jurídico de muerte. En *Seminario El Código Civil de 1984: Reforma o enmiendas,* organizado por Revista Themis de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 17.

[532] MORALES GODO: *Ob. Cit.*, p. 18.

bioeléctrica del cerebro. Situación, que actualmente no ha llegado a tornarse reversible, conforme al nivel de desarrollo de la ciencia médica, razón por la cual ha sido adoptada por el Derecho comparado como criterio determinante para establecer el límite máximo de protección de la vida humana.

La Ley General de Salud N° 26842, del 15 de julio de 1997, en concordancia con el artículo 61° del Código Civil, ha establecido normativamente que la muerte (a la que concibe como la ausencia de vida) pone fin a la persona, a la vez que ha determinado que esta se produce con el cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de los órganos o tejidos mantengan actividad biológica (fisiológica) y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo. Igualmente, ha determinado que el diagnóstico fundado de cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte; a este respecto el *electroencefalograma "plano"* es demostrativo de la inactividad bioeléctrica cerebral. Asimismo, ha establecido que, cuando no sea posible establecer el diagnóstico antedicho, la constatación de paro cardiorrespiratorio irreversible confirma la muerte. En tal sentido, la definición de la muerte de la persona, o fin de la vida, puede ser determinada tanto por el diagnóstico de muerte encefálica como por el cese de la función cardiorrespiratoria.

Posteriormente La Ley N° 28189 "Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos", publicada el 18 de marzo de 2004, ha señalado en su artículo 3° que: "El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basa en el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas de acuerdo a los protocolos que establezcan el reglamento y bajo responsabilidad del médico que lo certifica"; igual criterio se establece en su Reglamento (Decreto Supremo N° 014-2005-SA publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 2005)[533]. Sin embargo, cabe precisar que en este Reglamento no

[533] Artículo 3.-Diagnóstico de muerte: Se considera muerte para efectos del presente Reglamento el cese irreversible de la función encefálica o la función cardiorrespiratoria, de acuerdo con los protocolos que se establecen en el

consta el protocolo a fin de verificar la ocurrencia de la muerte cardiorrespiratoria, sino únicamente el que se recomienda para certificar la muerte encefálica.

Siendo así, subsisten dos conceptos de muerte: muerte clínica y muerte encefálica, tal como refiere Morales Godo[534]; y aun cuando determinados órganos o tejidos mantengan actividad biológica, para efectos legales, ya se puede certificar la muerte; de tal forma que pueden utilizarse los órganos o tejidos que conserven dicha actividad. En este caso, para efectos de los delitos aquí tratados, lo que importa es la muerte encefálica. Aun cuando pueden presentarse casos tan evidentes respecto a la muerte, como el caso de encontrarse un cadáver con la cabeza seccionada, o en un estado de cercenamiento o descomposición en el que se descarta todo posible signo de vida.

Finalmente, es necesario reiterar que la vida humana en todo su proceso de formación y existencia hasta su extinción o fin, no tiene el mismo grado de protección por parte del Derecho penal, diferenciándose la vida humana antes de la anidación, la vida humana dependiente (que depende de la madre y aún se encuentra dentro del claustro materno, que en nuestro ordenamiento jurídico se denomina *concebido),* y la vida humana independiente, esto es, la *persona humana.* En el

---

presente Reglamento. El diagnóstico de la muerte de una persona es de responsabilidad del médico que la certifica: Artículo 4.-Muerte Encefálica: Se considera muerte encefálica el cese irreversible de las funciones del tronco encefálico cuyo protocolo de diagnóstico se establece en los artículos 7 y 8 del presente Reglamento. El Acta de Comprobación de la muerte encefálica es responsabilidad del Director del Establecimiento o su representante, el Neurólogo o Neurocirujano y el médico tratante; Artículo 5.-Certificación de la muerte encefálica.-La certificación de la Muerte Encefálica, previa a los procedimientos destinados a la utilización de órganos o componentes anatómicos con fines de trasplante, será indispensable sólo en caso de trasplante de riñón, corazón, hígado, páncreas, intestino y pulmones. En caso de tejidos como piel, córneas, huesos, tendones y articulaciones será suficiente la certificación usual de muerte, por parte del médico.

[534] MORALES GODO, Juan: *Ob. Cit.*, p. 23.

caso del concebido antes de la anidación, no tiene protección penal a través de los delitos de aborto u homicidio, previstos en este Título del Código Penal, por lo que su tratamiento, en forme específica, lo dejamos para otro momento.

1.5. VIDA HUMANA DEPENDIENTE

En esta fase, la vida se caracteriza por su dependencia biológica o fisiológica del embrión o feto respecto de la madre, se extiende durante el período del embarazo[535]. Para efectos del Derecho Penal, se considera que estamos ante una vida humana dependiente, desde el momento en que se produce la *anidación del huevo cigoto* en la pared uterina de la madre -endometrio- *hasta el momento del parto*, (dejando a salvo la protección jurídico-penal de embriones artificialmente fecundados, sujetos a la ley N° 27636).

La vida humana durante el embarazo, aún no ha logrado su total maduración o formación, de tal suerte que todavía no puede subsistir sin la dependencia biológica de la madre. Esta vida humana en formación tiene una valoración distinta por parte del Derecho penal; pues, la afectación de la misma, genera menor reproche penal que la afectación de la vida independiente, puesto que en este último caso, la vida humana adquiere la calidad de persona y con ello resulta portadora de todos los derechos fundamentales que se le reconoce como tal en el artículo 2° numeral 1 de la Constitución Política del Estado y demás artículos constitucionales y leyes específicas, así como los convenios internacionales sobre Derechos Humanos. Asimismo, también se toman en cuenta otros criterios para fundamentar la mayor valoración de la vida humana independiente respecto a la dependiente, así por ejemplo, Romeo Casabona[536] sostiene que, es la inserción de la vida

---

[535] Al respecto QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho penal español. Parte Especial.* Bosch, Barcelona, 1996, p. 7.

[536] "... la vida humana autónoma, fuera del claustro materno, que comporta una situación de gran trascendencia axiológicamente: permite ya la intervención directa de terceros para realizar acciones salvadoras de esa vida sin la intervención de la madre y supone el paso de la vida albergada

humana independiente en el seno de la sociedad lo que fundamenta esta distinta valoración[537]. Y aun cuando este autor niega que el hecho de haber adquirido la calidad de persona tenga alguna incidencia en la distinta valoración de la vida, la inserción en la sociedad se realiza precisamente a partir de la asunción de la calidad de persona[538].

1.6. VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

Al contrario de la vida humana dependiente, la independiente es la que tiene existencia autónoma, al haber alcanzado su formación biológica completa, y por ello no depende de la madre para subsistir. Aun cuando es unánime admitir que se inicia con el nacimiento y se extiende hasta la muerte, se discute precisamente, en qué momento se produce propiamente el nacimiento. Al respecto, se sostiene que el nacimiento es un "... proceso que se inicia con el comienzo del parto y concluye con el total desprendimiento del feto del vientre de la madre, y en consecuencia, ya no tiene ninguna ligazón orgánica con ella"[539]. Sin embargo, este criterio no es unánime y se considera que si bien es cierto, la independencia de la vida humana se produce desde la separación completa del claustro materno, unas veces se exige

---

en sociedad, con las lógicas limitaciones que se irán corrigiendo con el paso de los años. Estas características son las que explican la diferente valoración normativa del delito de homicidio y del de aborto, reflejada en que la pena de aquél es mucho más elevada que la establecida para éste y es también lo que ayuda a identificar el fin de la norma respectivamente". ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p.13.

[537] Este criterio también es sostenido por GRACIA MARTÍN: *Delitos contra los derecho fundamentales.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 32.

[538] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 15 refiere que la vida no es un fenómeno estático al que se le pueda atribuir un valor único e invariable, por el contrario las diferentes etapas de su evolución comportan modificaciones sustanciales que condicionan la valoración social y jurídica; el cambio radical de esta valoración está determinada por el nacimiento, situación que justifica la mayor severidad con la que se castiga al homicida que al responsable de un aborto.

[539] ROMEO CASBONA, Carlos María: *Ob. Cit.* p. 13.

adicionalmente la respiración pulmonar, el corte del cordón umbilical, otras su percepción visual por parte de terceros, o el criterio de "autonomía de vida"; es decir, desde el momento que el sujeto, biológicamente puede actuar de forma autónoma de la madre. A favor de esta posición se argumenta, por ejemplo, que la conducta castigada en este caso es "matar a otro", por lo que el sujeto pasivo del delito solo puede serlo quien puede ser directamente "matado" precisamente a partir del momento en que ello es posible[540].

En nuestro Ordenamiento, el legislador en el artículo 110° del Código Penal –al regular el delito de infanticidio- ha zanjado normativamente la discusión, al haber introducido la frase: *"durante el parto"*; con lo que establece que la vida humana independiente se inicia en este momento. Sin embargo, a pesar de esta precisión, no existe consenso en la doctrina nacional respecto a cómo debe entenderse la expresión "*durante el parto*" contenida en el citado artículo. Al respecto, existen diversas posiciones:

a) Proceso que comienza con las contracciones del útero, las que involuntarias y rítmicas al inicio, se hacen más vigorosas, insistentes y frecuentes hasta la expulsión del nuevo ser[541].

---

[540] GONZÁLES RUS, Juan en: *Compendio de Derecho penal Español-Parte Especial,* Cobo del Rosal (Director) (Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000), p.23.

[541] VILLAVICENCIO TERREROS, refiere que el objeto de protección del delito de homicidio (vida humana independiente), se produce con la dilatación caracterizada "por los primeros dolores y el ensanchamiento del cuello uterino". *"Delitos de homicidio".* Gios, Lima, 1991, p. 38; en el mismo sentido Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Ediciones Juris, Lima, 1994, p. 7. PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 81; Salinas Siccha. *Ob. Cit.* pp. 121-122; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 116; CASTILLO ALVA, José Luis: *Ob. Cit.* p. 36; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: *Protección Jurídico-Penal de la vida humana independiente: El límite mínimo.* En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia. Grijley, Lima, 2003, N° 4. p. 497.

b) El inicio de la expulsión del feto, desde el instante en que ha nacido (abandono total del vientre materno, aun cuando subsistiere el cordón umbilical, e inclusive desde que está naciendo (emergiendo al mundo extrauterino)[542].

c) El límite mínimo de la vida humana independiente, está determinado por la percepción visual, entendiéndose por tal, la posibilidad de apreciar en la fase de expulsión del feto una vez que comienza a salir del claustro materno[543].

Nosotros asumimos la primera posición según la cual el límite mínimo del objeto material en los delitos contra la vida humana independiente comienza desde las contracciones del útero que han de conducir a la expulsión del concebido, y en los casos de intervención quirúrgica (cesárea) en el instante en el que se efectúa la incisión en la embarazada a fin de extraer al concebido.

Para sustentar este criterio, esgrimimos los siguientes fundamentos, además de los ya expresados por los autores anotados en la parte pertinente: a) La vida humana independiente está determinada por el momento en que el embrión o producto de la concepción, ha alcanzado su madurez total, o ha concluido su formación. En tal sentido el comienzo del parto pone fin al estadio fetal, pues ya no puede hablarse de un ser humano en formación, sino de una persona[544]; por lo que

---

[542] ROY FREYRE: *Derecho Penal Peruano, Tomo I.* Lima: Editorial y Distribuidora de Libros, 1986, p. 70; HUGO VIZCARDO: *Ob. Cit.* pp. 41-46.

[543] BRAMONT ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 40. Quienes consideran más acertado el criterio de la percepción visual, entendiéndose por tal, la posibilidad de apreciar en la fase de expulsión del feto, una vez que comienza a salir del claustro materno.

[544] El Tribunal Supremo Español, en una sentencia importante -de fecha 22 de enero de 1999-, también ha optado por asumir esta posición, en un caso en el que un médico-ginecológico encargado de la asistencia del embarazo y parto de la madre, pese a que el embarazo llevaba aproximadamente 38 semanas de gestación, ante los fuertes dolores que padecía la embarazada diagnosticó, sin consultar a otro facultativo, un cólico nefrítico, omitiendo practicarle

es necesario que la protección penal de la vida humana independiente, se configure a partir de ese momento; y, b) por otro lado, razones de política criminal aconsejan esta interpretación, teniendo en cuenta que el aborto imprudente no es punible en nuestro ordenamiento penal, por lo que es menester adelantar la protección penal a fin de evitar lagunas de punibilidad[545], pues tal como señala Muñoz Conde, más que una distinción que pueda resolverse por criterios biológicos, de lo que se trata es de dispensar a la vida humana la protección del Derecho penal de forma coherente, evitando lagunas de punibilidad que pudieran surgir de la propia dificultad inherente a la distinción entre vida humana dependiente y vida humana independiente[546].

---

un reconocimiento ginecológico; sin embargo una hora después sí lo hizo la matrona de la clínica, a instancia de la propia embarazada, comprobando que ésta se hallaba con una avanzada dilatación, llevando a cabo el parto con asistencia del acusado, naciendo un niño con encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de madurez psicomotriz secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral. En este caso el Tribunal Supremo condenó al acusado por un delito de lesiones por imprudencia grave, entendiendo que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal, transformando en persona lo que antes era un feto.

[545] Similar criterio es asumido por la legislación y jurisprudencia italiana y alemana, en las cuales se regula el delito de infanticidio en términos similares al nuestro –"de un feto durante el parto" o "en el parto"-. Distinto es el caso de la legislación española en la que actualmente ha desaparecido la figura del infanticidio y criminaliza a los actos que por imprudencia grave ocasionen un aborto, lo que ha llevado a que la doctrina en ese país establezca criterios normativos para establecer el límite entre los delitos de homicidio y aborto.

[546] MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 31.
La Corte Superior de Justicia de Lima, en el Exp. N° 1682-98, de fecha 11SET98, condenó a E.C.C, obstetra del Hospital Guillermo Almenara, por el delito de homicidio culposo, por no haber atendido con la diligencia debida a F.CH.A., quien ingreso a dicho nosocomio con avanzado trabajo de parto, alumbrando a una niña que falleció a los 45 minutos de nacida, por complicaciones originadas por la demora de la atención médica. Caso citado por Vásquez Shimajuko: *Ob. Cit.* p. 487.

1.7. ACTUACIONES PRENATALES. ENTRE EL HOMICIDIO Y EL DELITO DE ABORTO

Un problema muy debatido a nivel doctrinal es el relativo a aquellas actuaciones que se realizan en la fase prenatal, pero que provocan la muerte del nacido después del parto. Esta problemática se ha hecho evidente a raíz del conocido proceso "Contergan", en el que se enjuiciaba a los representantes de un laboratorio farmacéutico que puso a la venta un somnífero -denominado precisamente Contergan-, para mujeres embarazadas; llegándose posteriormente a atribuir a dicho medicamento el nacimiento de bebés con graves problemas de malformación, o la causación de la muerte de estos bebés, en los primeros días o meses de su nacimiento[547]. El problema que surge del presente caso podemos generalizarlo con la siguiente interrogante: ¿Cómo calificar la muerte del nacido, que se ha producido como consecuencia de un acción que ha recaído precisamente cuando aún no reunía los requisitos que exige el tipo de homicidio, es decir, en su fase prenatal –embrión o feto-? ¿Constituye un delito de aborto o de homicidio?

En principio, se debe diferenciar estos casos de aquellos que tienen una estructura parecida, pero que sin embargo, en los resultados, son completamente distintos. Nos referimos a aquellos en los que si bien la acción se realiza cuando aún el objeto material no reunía los requisitos que exige el tipo penal de homicidio, los efectos de esta acción continuaron y se concretaron o materializaron después del nacimiento, vg., se trasmite a una mujer una infección virásica durante su gestación, con la finalidad de ocasionar la muerte de su hijo mediante el contagio de la enfermedad después del nacimiento a través de la leche materna. En estos casos, no cabe duda que se configura un delito de homicidio, pues los efectos de la acción a diferencia de

[547] Este proceso fue sobreseído por la Justicia Alemana tras el ofrecimiento por parte de la empresa demandante de elevadas sumas de dinero como resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

nuestro caso problemático, no inciden sobre un feto o embrión, sino sobre una persona viva, utilizando a la madre como un instrumento[548]. La circunstancia de que la acción se haya realizado antes de que exista un objeto material idóneo para el delito de homicidio –es decir antes del parto-, resulta irrelevante, porque precisamente los efectos de dicha acción, se producen cuando ya el objeto material reúne las características exigidas por el tipo penal de homicidio. De este modo, en el caso del nacido infectado, la acción "transmisión de una infección virásica", si bien se realiza antes del parto, la lesión a la vida se produce después de ese proceso fisiológico, es decir, cuando el objeto material ya reunía las características exigidas por el delito de homicidio. FARRE TREPAT, atinadamente señala al respecto: "... las normas penales no se abstienen de brindar su protección también a aquellos objetos inexistentes al momento de la manifestación de la voluntad, pero que se hallarán presentes al momento de la lesión. Y que, por lo tanto prohíben también la realización de aquellas conductas objetivamente peligrosas en relación con un objeto, que no se halla presente en el momento de su realización, pero que estará presente cuando la conducta incida sobre el mismo"[549]; por consiguiente el delito de homicidio puede perpetrarse aun cuando la acción se realice antes de que exista el objeto material adecuado para que este delito se configure.

Volviendo a nuestro problema, y a diferencia del supuesto analizado líneas arriba, la acción incide sobre el embrión o feto, pero el resultado -muerte-, se produce después del nacimiento -como es obvio, este resultado es la concreción del riesgo que se ha creado con las maniobras realizadas sobre el embrión o feto-. Las soluciones que se han brindado a nivel doctrinal, a este problema son muy disímiles,

---

[548] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 24.

[549] FARRÉ TREPAT, Elena: *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la Vida Humana Independiente.* En Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo. (Bosch Editor: Barcelona, 1992) p. 229.

así BAJO FERNÁNDEZ[550] sostiene que es insatisfactorio castigar por un simple delito de aborto, a quién con dolo de matar a "un nacido vivo", consigue dicho objetivo actuando durante el embarazo, vg., haciéndole ingerir medicamentos o exponiéndola a radiaciones; por tal motivo considera que, al igual que en la problemática del *tempus comissi delicti*, se puede apreciar un delito de homicidio o lesiones, según la teoría de la ubicuidad[551]. GRACIA MARTIN[552] por su parte, considera que en estos supuestos debe apreciarse un concurso ideal entre tentativa de aborto y homicidio imprudente; lo cual no nos parece correcto, pues para que un concurso ideal de delitos opere, es necesario la unidad de acción que infrinja dos o más leyes penales, lo que no se presenta en este caso; CASTILLO ALVA[553] considera que en estos casos debe apreciarse una tentativa de aborto.

Para resolver este problema debemos determinar, en primer lugar, si las normas de los delitos contra la vida humana independiente pretenden evitar ataques contra el ser humano en gestación[554]; y en segundo lugar, precisar en qué momento debe concurrir la cualidad del objeto típico para que la acción *incida* en el mismo. De esta manera, si esta incidencia comienza antes del parto, estamos aún dentro del delito aborto, pero si comienza a incidir después del parto, el hecho será subsumible en cualquiera de los delitos contra la vida humana independiente[555]. Ahora bien, en el caso materia de análisis, en el

---

[550] *Ob. Cit.* p. 25.

[551] El criterio utilizado por este autor es incorrecto porque no se trata de determinar el momento en el que debemos considerar perpetrado el delito, sino que delito se ha realizado realmente, es decir se trata de un problema de tipicidad. FARRÉ TREPAT: *Ob. Cit.* p. 229.

[552] *Ob. Cit.* p. 35-36.

[553] *Ob. Cit.* p. 43-44.

[554] FARRE TREPAT: *Ob. Cit.* p. 231.

[555] La doctrina dominante en Alemania sostiene que el momento en el que debe concurrir el objeto material, es aquel en el que la acción incida en el

que la acción incide sobre el feto o embrión, pero que sin embargo, la muerte se produce después del parto como consecuencia de dicha "incidencia", no podemos apreciar un delito contra la vida humana independiente, sino un *delito de aborto consumado*; y ello porque como advierte FARRÉ TREPAT, si admitimos la posibilidad del homicidio en este caso, cualquier conducta dirigida a la producción de un delito de aborto, sería susceptible de convertirse en un delito de homicidio, con tal de que la muerte sobrevenga en el exterior del claustro materno, lo cual depende muchas veces del azar; por lo que de aceptar esta postura se estaría infringiendo el principio de seguridad jurídica. Por tal razón, consideramos que se debe excluir del ámbito del homicidio todos los supuestos de actuaciones prenatales y remitirlos al ámbito del aborto[556].

mismo, y no el que muestre al momento del resultado. En este sentido no es posible apreciar, en nuestro caso problemático, un delito contra la vida humana independiente, ya que la acción ha incidido en la fase prenatal. Se sigue el mismo razonamiento que el utilizado para el caso de la muerte del nacido a consecuencia de su inmadurez fisiológica -debido a su expulsión prematura-, así, si este caso es calificado como aborto, no hay mayor inconveniente en calificar nuestro supuesto problemático como un delito de aborto.

[556] FARRÉ TREPAT: *Ob. Cit.* p. 234: "No entenderlo de este modo conduciría a diluir la frontera entre ambas clases de delitos y a otorgar al feto prácticamente la misma protección que al nacido vivo, lo cual no se corresponde con la voluntad de la ley que ha diferenciado entre ambos bienes jurídicos".

Capítulo I
DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE (HOMICIDIO)

En este rubro se comprende a todas las figuras penales que atentan contra la vida de la persona ya nacida (aun cuando se puede comprender a la que está en el proceso del parto), esto es al homicidio simple, al parricidio, homicidio calificado (asesinato), homicidio por emoción violenta, infanticidio, homicidio culposo, homicidio piadoso e instigación o ayuda al suicidio. Aun cuando este Capítulo está designado con el epígrafe genérico de Homicidio; lo cual nos lleva a entender al homicidio como un término genérico, en un sentido estricto hace referencia a la figura penal descrita en el artículo 106º del Código Penal, esto es, al homicidio simple.

1. HOMICIDIO SIMPLE

Art. 106°: *El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.*

Este delito tiene como antecedentes el artículo 230° del Código Penal de 1863 y el artículo 150° del Código Penal de 1924, que a su vez se basó en los anteproyectos suizos de de 1908 (Art. 64°) y de 1915 (Art. 102°), y en el proyecto de 1918 (Art. 98°)[557]. La única diferencia que cabe destacar, en relación a la anterior legislación, es que ya no se hace referencia a la *"intencionalidad"*[558], con lo cual se despeja toda duda respecto a la posibilidad de la comisión de este delito con dolo eventual[559].

Como se advierte nuestro código penal no brinda una definición del homicidio, limitándose a describir la acción constitutiva del hecho

---

[557] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 37.

[558] Art. 150° del Código Penal de 1924: *"Se impondrá penitenciaría no menor de seis años al que intencionalmente matare a otro"*.

[559] Conforme a un sector mayoritario de la doctrina de aquel tiempo, el cual compartimos, la utilización del vocablo "intencionalmente", al cual se identificó con el "dolo", constituía un error de técnica legislativa (por todos ROY FREYRE: Ob. Cit. pp. 67-68); sin embargo, debemos dejar anotado que usualmente el empleo de este vocablo en la descripción de los tipos penales, tienen por función excluir la posibilidad de su comisión con dolo eventual.

punible. En tal sentido, se han ensayado diversas definiciones, en su mayoría coincidiendo con su acepción gramatical; señalándose que el homicidio es "la muerte de un hombre realizada por otro hombre (*hominis caedes ab homine*)". CARRARA lo define como la "*muerte de un hombre injustamente cometida por otro hombre*"[560]. Modernamente se lo define como "*La acción comisiva u omisiva, tipificada en la ley penal, consistente en matar a otro, antijurídica y culpablemente*"[561]. Esta definición permite excluir del concepto de homicidio, sin mayor inconveniente, aquellas muertes justificadas y exculpadas.

Este delito constituye el *tipo base o básico* de los delitos contra la vida humana independiente que conforman este capítulo, pues es residual a las demás figuras delictivas que atentan contra la vida, debido a la ausencia en su estructura de toda circunstancia de agravación o atenuación.

1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la vida humana independiente. Como ya se ha señalado (*ut supra*), la protección penal de la vida humana independiente se inicia en el momento en que se inician las contracciones del útero que han de conducir a la expulsión del concebido, o en el instante en el que se efectúa la incisión en la embarazada, a fin de extraer al concebido, en los casos de intervención quirúrgica (casos de alumbramiento por cesárea). Esta protección se dispensa hasta la muerte de la persona.

En este sentido, no nos parecen correctas posiciones que asumen que en el delito de homicidio, no solo se protege la vida humana independiente, sino, aunque con menor intensidad, la "autodeterminación

---

[560] CARRARA, Francesco: Programa de Derecho Criminal. Temis, Bogotá, 1973. pp. 39-45, introduce en su definición a la injusticia, a fin de excluir aquellos casos de muerte que no comportan responsabilidad penal, como por ejemplo las ocasionadas en legítima defensa, el puramente causal, o el cometido en cumplimiento de una norma legal.

[561] VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 36.

del sujeto pasivo"[562]; pues el contenido del injusto, por ejemplo, en la causación de la muerte de una persona después de que ha perdido irreversiblemente la conciencia, se sigue sustentando en el hecho de haber causado la muerte, no en haber afectado la capacidad de auto-determinación de la persona[563].

Debiendo destacarse que atendiendo al carácter disponible del bien jurídico afectado con este delito, de mediar el consentimiento del titular del derecho (homicidio consentido), tal como ya lo hemos referido en páginas anteriores, igualmente se configura el delito, aun cuando estaremos frente a un menor contenido de injusto con incidencia en un menor reproche penal que autoriza la disminución de la pena[564].

La jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto ha señalado: *"En esencia, el Derecho Penal ampara a la vida humana la cual se entiende como un proceso biológico-psico-social, que conforma una unidad, inescindible, condición elemental para el desarrollo del ser humano; constituyendo el derecho a la vida una* conditio sine qua non *del ejercicio de los demás derechos de la persona. Así tenemos que la necesidad de proteger la vida surge de la natural vulnerabilidad humana; lo cual ha determinado el surgimiento de normas tendientes a limitar el uso de la fuerza con intención de matar o de causar daño corporal"*[565].

---

[562] BACIGALUPO, Enrique:*Los delitos de Homicidio.* Editorial Themis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1,999. p. 27. También, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *El Homicidio y sus Formas en el Código Penal de 1995.* En el Nuevo Código Penal. Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. José Cerezo Mir y otros (Editores), Editorial Comares, Granada, 1999. p. 679, opina que la autodeterminación del sujeto pasivo es básicamente el bien jurídico protegido en los delitos de homicidio.

[563] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 32.

[564] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 852, correctamente señala que no es lo mismo matar a quien quiere vivir que ayudar a morir a quien no quiere seguir viviendo.

[565] R.N. N° 4104-2010-Lima. Sala Penal Permanente. 20/07/12, en: GÁLVEZ VILLEGAS: *Nuevo Orden Jurídico...*, Tomo II, 2015, p. 1037.

1.2. TIPO OBJETIVO

1.1.1. SUJETOS

El sujeto activo puede ser cualquiera, a excepción del ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o concubino, en cuyo caso nos encontraríamos ante el delito de parricidio y no ante el homicidio simple materia de comentario.

El sujeto pasivo y el objeto material es la persona humana dotada de vida (independiente), siendo irrelevante sus condiciones psicofísicas (dementes, enfermos terminales, morib undos, etc.), sociales (condenado a muerte) o su viabilidad, ya que en este delito se protege la vida humana cualquiera sea su valor físico e independientemente de la situación de su titular.

Como bien señala GRACIA MARTÍN[566], en la actualidad ha quedado superada la discusión sobre la problemática referida a la protección penal de los seres desprovistos de figura humana o "*monstruos*", quedando atrás las distinciones que se efectuaron en el pasado entre *monstrum* y *ostentum*[567], las cuales obedecían a supersticiones o creencias mitológicas de que la mujer podía ser fecundada por un animal. Hoy en día, se considera que todo nacido de mujer tiene la condición de ser humano, y en tanto nazca con vida y no haya muerto, constituirá el objeto material del delito de homicidio[568].

---

[566] *Ob. Cit. p. 46.*

[567] QUINTANO RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 71, nos noticia que en la tradición civilista se negaba la condición de hombre al monstruo en la acepción romana de la palabra *monstruo*, o ser carente de figura humana, no en la de *ostentum*, meramente deforme, pero poseedor de tal condición.

[568] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.*24. Aunque QUINTANO RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 71, considera que la mínima condición de figura humana referida a la cabeza, como fue tradicional norma entre legistas y teólogos, debe ser exigible también lo penal.

En los supuestos de seres humanos orgánicamente unidos (siameses), la muerte de cualquiera de ellos realiza el tipo del homicidio[569]. El problema relativo al sacrificio de uno de los nacidos conjuntos para salvar al otro, se debe resolver recurriendo a la doctrina general del estado de necesidad[570].

1.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

La conducta típica consiste en matar a otra persona. La acción de matar puede ser caracterizada como toda acción dirigida a extinguir o acortar el período de vida, es decir, toda acción u omisión que cause la muerte o la adelante en el tiempo[571].

Nuestra Judicatura, en uno de sus últimos fallos, condenó por el delito de homicidio simple, señalando que: "... *en cuanto a la tipificación del hecho punible, en primer lugar, debe tomarse en cuenta que los cortes que le infirió, dada la profundidad y la zona afectada, evidencian una voluntad homicida, para cuya determinación es indiferente el tiempo efectivo que demoró el agraviado en fallecer, ya que se trató de una herida mortal*"[572].

---

[569] GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 46.

[570] QUINTANO RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 72; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 91. GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 46, opina que en los casos de la muerte de un siamés para salvar al otro, debe optarse por la aplicación de la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión médica; pues de lo contrario, se estará asumiendo que los miembros del equipo médico estarían actuando ilícitamente.

[571] BACIGALUPO: *Los delitos de homicidio.Ob. Cit.* p. 12; ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Civitas S.A, España, 1997. p. 371, señala que el Derecho protege todo momento de la vida humana, y por ello ha de castigar en cualquier circunstancia, como mínimo, el acortamiento de la vida.

[572] Ejecutoria Suprema de fecha 27 de abril del 2005, recaída en el R.N. N° 258-2005 – Lima, mediante la cual se declaró nula la condena por el delito de lesiones graves seguida de muerte. En Diálogo con la Jurisprudencia N° 94, Julio 2006, Año12. Cabe precisar, que anteriormente en el R. N N°

Sin embargo, si bien el tiempo en que el sujeto pasivo termina por fallecer es indiferente a los efectos de la tipificación del hecho en el delito de homicidio[573], consideramos que el uso social de la lengua restringe el término matar a un proceso que se produce a corto plazo. Esta precisión tiene mucha importancia para solucionar aquellos casos en los que se contagia, de manera dolosa, enfermedades de larga duración que desembocan necesariamente en la muerte, como por ejemplo el SIDA, pues se discute si este hecho debe ser subsumido en el tipo de lesiones o de homicidio. Al respecto, como se ha señalado, consideramos que el delito de homicidio debe estar limitado a aquellos casos caracterizados por la corta dilación temporal existente entre la acción de matar y el resultado muerte, pues el uso social del verbo rector del art. 106º del CP, impone la causación de un resultado a corto plazo; en tal sentido, el caso del ejemplo, encuentra una adecuada subsunción en el delito de lesiones[574].

6386-97-Puno del 22 de enero de 1998 se señaló que: "El delito de homicidio requiere para su configuración que la lesión del bien jurídico –vida- se haga mediante una consumación instantánea, en el que la acción y el resultado deben estar íntimamente ligados, tanto en espacio y tiempo".

[573] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 84, señala que "... el comportamiento y su consecuencia no necesariamente han de coincidir en el tiempo de modo forzoso; todo ello a despecho de un amplísimo y casi unánime sector jurisprudencial peruano que exige en las diversas clases de homicidio una cercanía temporal obligatoria entre la acción inicial y la muerte de la víctima; calificando cualquier distanciamiento entre comportamiento y resultado como simples lesiones dolosas o culposas seguidas de muerte...".

[574] SCHUNEMANN restringe el término matar a un proceso que se produce a corto plazo, desde la realización de la acción a la producción del resultado. El citado autor con relación a la problemática del SIDA, en opinión que compartimos, señala que: "... la causación de una larga enfermedad que en algún momento desemboque en la muerte no resulta abarcada por las reglas de uso de esta expresión en el lenguaje ordinario (...). Para decirlo brevemente desborda el límite del tenor literal (...) quien ha sido infectado de VIH por su pareja encontraría oposición, y con razón (...) a que su pareja ha intentado matarle (...) el definitivo desenlace de una larga enfermedad (...) no permite cambiar el carácter de una acción que por sus consecuencias inmediatas ha de valorarse (sólo) como una grave e irreparable destrucción

El delito el homicidio es un *delito de resultado* pues, para que exista en su forma consumada, es necesario que se produzca la muerte de la víctima.

a) Relación de causalidad

Tal como ya lo hemos señalado en el capítulo correspondiente a la síntesis de la teoría del delito, para la imputación objetiva del resultado a la conducta homicida, la doctrina dominante entiende que, en primer lugar, se debe establecer la concurrencia de una *relación de causalidad.* entre la acción del sujeto activo y el resultado -muerte-, la cual debe estar suficientemente acreditada; caso contrario, en aplicación del *indubio pro reo* no se le podrá atribuir al agente dicho resultado.

Para establecer la relación de causalidad se han elaborado múltiples teorías, terminando por imponerse la teoría de la condición, a la cual se le denomina también como "*Teoría de la Equivalencia de Condiciones*" (ideada por Glaser y Von Buri), pues según esta, toda condición de la cual depende la producción de un resultado -en este caso de la muerte-, es causa del mismo, ya que todas son equivalentes

---

de la salud, convirtiéndola en una acción de homicidio". *Problemas Jurídico-Penales relacionados con el Sida.* En Problemas Jurídico Penales del Sida. Editorial Bosch, Barcelona, 1993. pp. 29-30; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: *Responsabilidad Penal por contagio de Sida.* Grijley, Lima, 2,004. p. 85, precisa que una calificación típica que se muestre contraria a lo que la sociedad entienda por el delito involucrado en el juicio de tipicidad, puede tener efectos nocivos para la estabilización de la norma. El Tribunal Supremo Alemán, T. 36, 1 (4/11/98), confirmó la condena que se impuso a una persona por el delito de tentativa de lesiones graves. En ese caso, el acusado, a pesar de encontrarse infectado con el virus del SIDA, sostuvo relaciones homosexuales con varias personas sin adoptar ningún tipo de precaución, a pesar de tener conocimiento de tal situación y pese a ser advertido por su médico que no debía tener relaciones sexuales sin adoptar dichas precauciones. La condena por el delito de tentativa de lesiones graves se debió a que no se había acreditado que sus parejas se hubieran infectado con el virus, sin embargo se consideró que el acusado había puesto en grave peligro la vida de otras personas.

o de igual significación[575] con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia[576].

i) Esta teoría inicialmente se concretó bajo la fórmula de la *"conditio sine qua non"*, conforme a la cual, es causa del resultado, cualquier condición que no pueda ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado.

Esa fórmula actualmente no goza de muchos adeptos; pues, presupone el conocimiento previo de la relación causal que debe ser comprobado recurriendo a ella, de tal modo que si se desconoce la ley causal fracasa estrepitosamente, de ahí su poca utilidad.

Asimismo, conduce a resultados equivocados en los casos de "*causalidad hipotética o de reserva*"; como en el caso que A mata a B, pero C lo hubiera matado de todos modos (causa de reserva), si A no hubiera actuado; y de "*causalidad alternativa o doble*" -A y B depositan dosis de veneno en la bebida de C, que por sí solas son suficientes para producirle la muerte-; pues, si se asume esta teoría, se negaría la causalidad, pese que es evidente que dicha relación sí ha existido. Así, en el primer caso, si se elimina mentalmente la conducta de A, el resultado no desaparece por existir una causa de reserva que hubiera operado de igual modo, por ende la causa del resultado no podría ser la conducta de A (cuando evidentemente lo es); en el segundo caso sucede lo mismo, las conductas de A o de B, por separado, pueden ser eliminadas mentalmente y el resultado, de igual manera, no desaparece.

ii) Ante estas dificultades, la doctrina dominante ha sustituido la fórmula de la *conditio sine qua non*, por la fórmula de la "*condición ajustada a las leyes de la naturaleza*" elaborada

[575] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 423.

[576] PEÑARANDA: *Ob. Cit.* p. 56.

por Engisch. Esta fórmula prescinde de todo juicio hipotético, pues no se pregunta qué hubiera sucedido si las cosas hubieran discurrido de un modo distinto, sino que parte de lo realmente acontecido, y verifica si el resultado (la muerte) se encuentra condicionado -conforme a las leyes que rigen el acontecer causal-, por el comportamiento del homicida. Si esto es así, debe ser considerada como causa del resultado.

Contra esta tesis se ha señalado que suscita serios inconvenientes en la solución de los casos de "*causalidad psíquica*", supuestos en los cuales algunos críticos, partiendo de la tesis del libre albedrío, afirman que la voluntad del hombre y su comportamiento se encuentran sustraídos del principio causal. Sin embargo, si conforme a la teoría de la equivalencia de condiciones, es causa de un resultado cualquier condición que influye efectivamente en su producción, no se podría negar que la decisión de una persona pueda estar condicionada también por diversas circunstancias (inducción, consejos y otros actos externos). Bajo esta perspectiva, no existe ningún inconveniente para afirmar, por ejemplo, que quien ofrece o entrega dinero a otro, para matar a un tercero, también ha causado la muerte de este[577].

Asimismo, se ha dicho que esta fórmula tampoco permite aclarar el panorama en los casos de "*cursos causales no verificables*", en los cuales no se puede realizar una explicación completa del proceso de causación de un determinado fenómeno. Generalmente se citan o ponen como ejemplos, las muertes producidas por ingesta de medicamentos u otras sustancias, en las cuales debido a la complejidad de los procesos biológicos, resulta imposible una deducción completa de todas las condiciones de un resultado; pues, de manera general se puede señalar que, una explicación completa de todas las condiciones que generan un resultado, no es posible, debido a las limitaciones del conocimiento humano. Sin embargo, frente a esta problemática se ha dicho que la

[577] ROXIN: *Ob. Cit.* pp. 357-358.

imperfección de una explicación causal, no se opone a la afirmación de una relación de causalidad entre una acción y un resultado, si por lo demás está suficientemente asegurado que esa acción se encontraba entre las condiciones de su producción[578].

Por último, cabe precisar que a nivel doctrinal, existe consenso en señalar que en los supuestos de *"interrupción del nexo causal"* -en los que, entre el hecho que condiciona el resultado y el resultado, se interpone la conducta dolosa de un tercero-, no se interrumpe la relación de causalidad, ya que esta simplemente existe o no existe, pero no puede verse interrumpida porque entre un comportamiento que condiciona el resultado y el resultado mismo se interponga la conducta dolosa de otra persona[579]. Únicamente podría hablarse de una interrupción del nexo causal en los casos de *"causalidad adelantada"*, en la que el curso causal condicionado por el hecho del homicida, se ve desplazado por el curso causal condicionado por el hecho de otro

---

[578] GÓMEZ BENITEZ, José Manuel: *Teoría Jurídica del Delito*. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1987. p. 176: "... en las denominadas leyes causales imperfectas, que se caracterizan porque se conoce la causalidad general de determinada acción o producto, en determinadas circunstancias, pero se desconocen algunos eslabones del curso causal; en tales casos, la causalidad general puede afirmarse sobre la base de que si el efecto "X" se produce en las circunstancias "A+B+C", y tal efecto se ha producido, pudiéndose constatar la concurrencia de las circunstancias "A" y "B", y desconociéndose el último eslabón "C", el curso causal puede afirmarse como existente, a no ser que se formule otra hipótesis capaz de refutar este fenómeno desconocido".
En la famosa sentencia del "Aceite de Colza o Síndrome Tóxico", el Supremo Tribunal Español señaló que si se comprueba, de una manera jurídicamente inobjetable, que la composición del contenido de un producto es causante de los daños, no será necesario para la prueba de la causalidad que, además, se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido según su análisis y los conocimientos científicos naturales, el fundamento último de esa causalidad.

[579] MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La Imputación Objetiva del Resultado*. Edersa, Madrid, 1992. pp. 348; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos Cualificados por el resultado y causalidad*. Reus, Madrid, 1966. pp. 89-93; PEÑARANDA: *Ob. Cit.* p. 65.

homicida, dejando sin influencia el del primero; se cita como ejemplo el caso de A que vierte una dosis de veneno en el vaso de B, pero antes de que este la tome, C vierte una dosis de veneno más letal y de rápida acción que causa la muerte a B, antes de que el veneno de A comience a desplegar sus efectos; en este caso se dice que A respondería por el delito de homicidio o asesinato, en grado de tentativa, mientras que C por el delito de homicidio o asesinato consumado.

b) Imputación objetiva

Las dificultades para la determinación de la relación causal y de la propia imputación del resultado, determinaron la formulación de criterios normativos para tal fin. A partir de estos criterios se ha desarrollado la teoría de la *Imputación Objetiva*, la misma que, como ya se ha indicado, en su versión más moderada, toma en cuenta, además de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, especialmente la cuestión de si un resultado socialmente perjudicial puede serle imputado al autor como su "propia obra", teniendo en cuenta la posibilidad humana de realización. En estos casos, la mayoría de autores sostienen que para la determinación de la relación de causalidad e imputar el resultado al autor de la acción imputada deberá determinarse si el agente con su actuar creó un *riesgo no permitido para el bien jurídico* o aumentó uno ya existente; asimismo, si este *riesgo llegó a concretarse en un resultado* (relación de riesgo entre acción y resultado), y si este resultado se ha producido *dentro del ámbito de protección de la norma infringida.* Adicionalmente, tal como lo hemos señalado con anterioridad, se han desarrollado otros criterios de imputación objetiva, más que para imputar el resultado a determinada acción, fundamentalmente para extraer del ámbito penal a determinadas conductas o para determinar la participación en el injusto atribuido (autoría o participación); tales son: el *principio de confianza, prohibición de regreso, ámbito de protección de la víctima* (el que lleva a la exclusión de la imputación en casos de *autopuesta en peligro o actuación a propio riesgo*); tal como se ha visto en la parte general al tratar la imputación objetiva.

c) Comisión por omisión

Al no determinar la ley un determinado comportamiento típico, el homicidio puede ser el resultado de una conducta comisiva u omisiva, en este último caso resulta relevante la omisión impropia o comisión por omisión.

En relación a la comisión por omisión en un delito de homicidio, la doctrina exige que el agente deba tener una *posición de garante*[580], esto es, que de la relación entre el sujeto activo y el bien jurídico u objeto de protección se desprenda un deber específico de evitación del resultado. Nuestro Código Penal (Art. 13°, inciso 1), establece que esta posición surge cuando el agente tiene el deber específico de impedir

---

[580] Así, nuestra Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 1384-98 señaló: "(...) que, si bien la resolución delictiva del acusado Fernández Espejo de golpear la cabeza de la víctima al extremo de producir su muerte fue una decisión personal obrando a plenitud con el dominio del hecho y del acontecer causal, contando para tal efecto con la compañía del encausado Rodríguez Quiroz, no puede calificarse la conducta de este último como una omisión impropia, como erróneamente lo ha realizado la Sala Penal Superior, toda vez que esta modalidad delictiva solamente 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 ostenta dicho deber, cuestión que no se aprecia en el caso de autos, porque el encausado Rodríguez Quiroz no tenía a su cargo el deber de evitar la lesión del bien jurídico vulnerado o de proteger a la víctima frente al ataque antijurídico de terceros; que, si bien por principio de solidaridad humana, como lo explica la sentencia, el citado acusado debió impedir la agresión, es de ver que la violación de este principio no implica una omisión jurídica, sino sólo de índole moral y como quiera que al haber intervenido interceptando a la víctima y acompañando al agente asegurando de este modo su superioridad ofensiva sobre la víctima, dicha conducta se encuentra en un nivel accesorio o secundario en relación a la acción principal del autor que golpeó a la víctima con una bloqueta de cemento, por lo que la imputación objetiva al acusado Rodríguez Quiroz es solamente a título de cómplice secundario conforme a lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo veinticinco del Código Penal (...)".

la realización del delito o cuando ha creado un peligro inminente idóneo para producirlo.

En el primer supuesto, la referencia "al deber jurídico" permite agrupar, en principio, a aquellas posiciones de garante que tienen un reconocimiento jurídico, así por ejemplo las que surgen de una promesa unilateral, un contrato, o de la ley[581]. BACIGALUPO considera las posiciones de garante derivadas de especiales relaciones de confianza, pues estas se derivan de los principios generales del ordenamiento jurídico y por tanto se constituyen en verdaderos deberes jurídicos. En virtud de estas relaciones de confianza, el titular del bien jurídico pone en manos de otro la defensa del bien o asiente que sean introducidos en el ámbito de organización de otro, en la confianza de que ante una situación de peligro contarán con la defensa de este. En esta categoría se encuentran los titulares de lugares abiertos al público, quienes están obligados a comunicar a sus clientes de los peligros que conozcan, vg., que ha recibido una amenaza de una bomba que ha sido instalada en su local; los casos de comunidad de peligro, en virtud del cual cuando varias personas participan en una actividad peligrosa, surgen entre ellos la obligación de socorrerse entre sí, vg., los excursionistas que escalan una montaña; y, los casos de comunidad de vida que se estructuran sobre la base de ayuda mutua en situaciones de necesidad, así en aquellos supuestos de relaciones similares a las familiares o parentales no previstas expresamente en la ley, vg., la relación entre el sobrino huérfano y sus tíos, entre una pareja de homosexuales, etc.; asimismo esta relación de confianza tiene particular importancia en

[581] MEINI MÉNDEZ, Iván: *Los delitos omisivos de resultado.* En Código Penal Comentado. Gaceta Jurídica, Lima, 2004. p. 444 , considera que si se entiende a la ley de manera amplia –es decir incluyendo a todas las normas independientemente de su rango-, y al contrato como acuerdo de voluntades -independientemente de las formalidades del derecho civil-, la gran mayoría de las posiciones de garante según la teoría funcional quedarían agrupadas, de este modo "el guía de la excursión alpinista tiene un deber de garante frente a los novatos, pero no por la llamada "relaciones de comunidad", o "comunidad de peligro", sino porque ha operado un acuerdo de voluntades".

determinadas actividades profesionales como la actividad médica[582], en la que la posición de garante no deriva de la ley ni de un contrato sino de los propios deberes del profesional.

Finalmente, con *"la creación de un peligro inminente que fuera propio para producir el hecho punible"* (injerencia); esto es, el deber que tiene aquel que con su actuar precedente crea una situación de peligro para un bien jurídico, y por ello nace el deber de evitar que dicho peligro se transforme en un resultado típico[583]. La doctrina suele citar como ejemplo el caso del chofer que luego de atropellar imprudentemente a un peatón y, representándose la posibilidad de su muerte, abandone el lugar sin auxiliarlo; en este caso la conducta del chofer constituiría un homicidio doloso en comisión por omisión[584].

---

[582] Ob. Cit. pp. 409-410

[583] "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 asumía una posición de garante respecto a 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". Sentencia de la Primera Sala Penal Para Procesos con Reos en Cárcel, del 24 de noviembre de 2004 (fj. 17), recaída en el Exp. N° 306-2004.

[584] MEINI, de manera distinta, refiere que en el presenta caso no hay delito de homicidio en comisión por omisión, sino un concurso ideal entre lesiones imprudentes del art. 124 CP, omisión de socorro del art. 126 del CP y homicidio en la modalidad de no evitación del resultado por el garante (art. 13 y 106 CP), ya que en este caso el comportamiento omisivo no crea un riesgo típico, sino que éste existe en virtud de un comportamiento precedente ilícito; cabe señalar que este autor coherentemente distingue los delitos de comisión por omisión y los casos de no evitación del resultado por el garante; en el primer caso refiere que no es necesario la incorporación de un precepto en la parte general para otorgar relevancia típica a la comisión por omisión, sino que esta posibilidad se deriva de los propios tipos penales, basta con constatar que el sujeto haya asumido el compromiso de controlar la causa del resultado, concluyendo que en estos casos el art. 13 CP tiene únicamente un valor meramente declarativo; mientras que en los casos

Pues, en estos casos, surge el deber de realizar determinadas acciones a fin de evitar que se produzca el resultado, esto es, la producción de la muerte (extinción de la vida).

La no realización de la acción de impedir el resultado se comprobará comparando la acción desplegada por el sujeto activo y la que requería el cumplimiento del deber para evitar el resultado. No obstante, BACIGALUPO precisa que es muy difícil establecer qué acción debe desplegar el sujeto activo, pero la acción ordenada se tendrá por cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización[585]; en el mismo sentido, CEREZO MIR señala que si el sujeto lleva a cabo una acción dirigida a impedir la producción del resultado delictivo queda excluido el tipo de los delitos impropios de omisión aunque no consiga finalmente evitar el resultado; aun cuando podría tener responsabilidad por un delito de comisión por omisión imprudente siempre que la no evitación del resultado, sea consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, al planear o realizar la acción que debía conducir a la salvación del bien jurídico[586]. Agrega CEREZO MIR que como quiera que en los delitos imprudentes hay que partir del baremo de un hombre mentalmente normal situado en la posición del autor, con sus conocimientos anteriores, y de la posibilidad de que pueda advertir la presencia de la situación típica, así como del poder actuar externo, y también con las fuerzas físicas y mentales mayores o menores que puedan concurrir en una persona normal, ello conduce a tener en cuenta las *facultades superiores* de las que el sujeto pueda disponer voluntariamente; respecto a sus *facultades inferiores*, hay que tomar en consideración las

---

de no evitación el art. 13 CP tiene un valor constitutivo, precisando que estos casos no alcanzan la identidad normativa de la realización activa, sino a una mera correspondencia, por lo que se autoriza la disminución facultativa de la pena, *Ob. Cit.* p. 452.

[585] BACIGALUPO, Enrique. Principios...: *Ob. Cit.* p. 394.

[586] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 269.

que son imaginables en una persona mentalmente normal, pero no las que no son compatibles con esta normalidad"[587].

1.2.3. MEDIOS UTILIZADOS

Respecto del homicidio simple la ley penal no ha distinguido los medios por los cuales se pueda causar la muerte, por consiguiente, la muerte de la víctima puede ser causado por medios directos o indirectos, materiales o inmateriales, extremadamente letales o exiguamente letales, a través de armas o con cualquier objeto; excepto claro está, aquellos medios previstos para configurar el delito de homicidio calificado o asesinato

En este sentido MAGGIORE explica que pueden utilizarse medios materiales o morales y directos o indirectos; son *directamente idóneos* para producir la muerte como armas blancas, armas de fuego, estrangulamiento, sumersión, corrientes eléctricas, atropello por medio de vehículo, etc.; e *indirectos* aquellos que no obran inmediatamente, sino a través de otras causas puestas en movimiento por el acto inicial del culpable como azuzar a un loco o a un animal contra la víctima, exponer a un recién nacido el viento frío, hacer trabajar a alguien en lugar infectado, obligar al suicidio, etc. Asimismo, son medios materiales o físicos los que obran atacando la integridad física de la víctima, y morales o psíquicos, los que obran mediante un traumatismo interno como ocasionar dolor mediante torturas, moralmente, calumniar, injuriar, etc.[588]

Respecto de los medios morales algunos autores han sostenido su inidoneidad, dada la imposibilidad de probar la relación de causalidad entre el medio moral y el resultado mortal; sin embargo, este argumento no es decisivo, ya que no puede negarse que ciertas

---

[587] *Ob. Cit.* p. 269.

[588] MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal. Parte General. T.IV.* Temis, Bogotá, 1972. p. 279.

impresiones psíquicas pueden ocasionar la muerte, en este sentido si el agente sabe que el medio es apto para provocar la muerte de su víctima, consiguiendo en definitiva dicho resultado, no cabe duda que nos encontramos frente a un homicidio simple.

La dificultad probatoria debe ser superada por la experiencia, perspicacia, y capacidad analítica del investigador (Fiscal) o el Juez, quienes deben apreciar la relación entre el sujeto activo y pasivo, el móvil del agente, la reiterada excitabilidad emocional de la víctima, entre otras circunstancias; y respecto a la idoneidad de los medios morales el Juez debe apreciar la sensibilidad de la víctima frente a los medios morales, y el conocimiento particular de dicha circunstancias por parte del sujeto activo[589].

1.3. TIPO SUBJETIVO

Este delito solo es imputable a título de dolo. El actual texto legal, a diferencia de lo previsto en el artículo 150° del Código Penal de 1924, no hace referencia a la "intencionalidad" ni al dolo, lo que resulta coherente con el artículo 12° del Código Penal vigente, que establece que las penas establecidas en la Ley penal se aplican siempre al agente de infracción dolosa; a la vez que las infracciones culposas son punibles solo en los casos expresamente previstos por ley. Asimismo, al haberse dejado de lado la referencia a la intencionalidad, hace posible imputar este delito al agente de la infracción a título de dolo eventual.

Nuestro Código Penal no define al dolo, sin embargo partiendo de la conceptualización del error de tipo regulado en el art. 14° del Código Penal, se puede afirmar que el agente al momento de actuar

---

[589] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 93 a 97.
Sin embargo, no se puede considerar como homicida por medio moral al que omite amar a alguien, por cuanto el que muere ante tal omisión muere por sí mismo. GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *El homicidio. T.I.* Temis, Bogotá, 1997. pp. 195 y 196.

debe tener conocimiento o la "representación" de todos los elementos constitutivos del tipo penal; no obstante, esta conclusión no es definitiva para zanjar la discusión que a nivel doctrinal se ha suscitado de cara a determinar los elementos del dolo. Problemática que resulta por demás fundamental, pues, dependiendo de la posición que se adopte se puede llegar a resultados disímiles en el ámbito de la política criminal, de la dogmática y en el plano procesal. Así, si se concibe al dolo únicamente como conocimiento, la denominada culpa consciente –para un sector de la doctrina- pasaría a integrar la categoría del dolo eventual[590], lo que implicaría que en el ámbito de la política criminal, comportamientos que antes eran sancionados a título de culpa deberán ser sancionados a título de dolo[591]; por otro lado en el ámbito procesal, el problema gira en torno a lo que debe ser materia de prueba para determinar que el sujeto activo ha actuado con dolo.

Generalmente en nuestro medio se ha definido al dolo como conocimiento (conciencia de la realización de los elementos objetivos del tipo) y voluntad (de realizar los elementos típicos); sin embargo esta fórmula no permite determinar qué clase de conocimiento y qué contenido volitivo es necesario para que una conducta pueda ser desvalorada como dolosa[592]. Así, si ponemos atención a las distintas clases de dolo, podremos observar que estos elementos –conocimiento y voluntad-, presentan matices distintos, por ejemplo en el dolo directo en el que las consecuencias de la acción constituyen el fin del autor, vemos que la voluntad es el elemento fundamental, mientras que el

---

[590] BACIGALUPO, Enrique: *Principios del Derecho Penal. Parte General.* Ediciones Akal, Madrid, 1997. p. 231 señala que a partir de una concepción del dolo eventual como conocimiento de que el resultado no es improbable, sólo cabe admitir como culpa la inconsciente.

[591] HAVA GARCÍA, Esther: *Dolo Eventual y Culpa Consciente. Criterios Diferenciadores.* En Anuario de Derecho Penal. Nro. 12. IDEMSA, Lima, 2003. p. 113.

[592] LAURENZO COPELLO, Patricia: *Dolo y conocimiento.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. p. 193.

conocimiento únicamente es indispensable para orientar el hecho; sin embargo en el dolo de consecuencias necesarias el conocimiento juego un papel primordial, y la voluntad se deriva de este elemento, pues el resultado se considera querido porque el autor sabe lo que se va a producir, por tanto, bastará que en el ámbito procesal se pruebe el conocimiento del autor para dar por acreditado, sin necesidad de constatación autónoma, también el elemento volitivo[593]. Respecto al dolo eventual se hace aún más difícil desentrañar la forma en que los elementos psicológicos enunciados deben combinarse, así las propuestas varían dependiendo del acento que se ponga en cada uno de los elementos psicológicos.

Como se puede apreciar, esta visión tripartita del dolo poco ha ayudado a establecer cuál es el núcleo subjetivo común a toda conducta dolosa, situación que justifica que en la doctrina contemporánea se busque captar su esencia partiendo de un concepto unitario del dolo, punto de partida que es concordante con nuestro ordenamiento jurídico penal, por cuanto cualquier manifestación dolosa de una conducta recibe la misma penalidad. Esta tarea implica captar los elementos mínimos que permitan calificar un hecho como doloso, para lo cual será necesario ubicarnos en el límite entre el dolo eventual y la culpa consciente[594], tarea que por demás ha provocado una amplia discusión en la dogmática penal, en la cual pueden observarse dos posiciones claramente diferenciadas: *teorías cognitivas y teorías volitivas*[595]; sin embargo en el momento actual

---

[593] LAURENZO COPELLO, Patricia: *Los componentes del dolo: Respuestas desde una teoría del conocimiento.* En Revista Peruana de Ciencias Penales. Nro. 12. IDEMSA, Lima. 2002. p. 328.

[594] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* pp. 183-184

[595] Las Teorías de la Voluntad entienden que la voluntad de la realización del hecho es fundamental para determinar la esencia del dolo, sin embargo ante la dificultad para determinar cuando el autor que se ha representado un resultado y ha actuado conforme a esa representación, ha obrado voluntariamente o no, recurren a fórmulas como la ratificación del resultado,

las divergencias entre las diversas posiciones únicamente se producen en el ámbito terminológico y más bien existe un consenso doctrinal, por cuanto modernamente todas las teorías parten del hecho de que la concurrencia del dolo depende de la subjetividad del autor en el momento de realizar el comportamiento típico, y que el autor se represente un determinado grado de riesgo para la realización del tipo penal, dejándose para el ámbito de la imprudencia las situaciones en las que el autor aprecia un nivel irrelevante de riesgo, o no aprecia el peligro concreto, o no proyecta a su comportamiento los riesgos que conoce en abstracto[596].

En este sentido modernamente la doctrina mayoritaria considera que el tipo subjetivo únicamente está integrado por el conocimiento, es decir, según esta tesis, obra con dolo quien conoce del peligro concreto -y no uno meramente abstracto o genérico-[597] que genera su acción respecto de un bien jurídico[598], por lo que en el ámbito de

---

el asentimiento, el conocimiento y la indiferencia, entre otros; las teorías de la Representación por el contrario consideran que la esencia del dolo radica en la no motivación del autor por la representación de la realización del tipo, siendo su problema fundamental determinar el grado de representación necesario para asegurar que el agente ha actuado con dolo. BACIGALUPO, Enrique: *Principios...Ob. Cit.* pp. 224-225.

[596] RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: *El Dolo y su prueba en el proceso penal.* Bosh Editor, Barcelona, 1999. p. 156.

[597] LAURENZO COPPELLO: *Dolo y Conocimiento.* p. 289: "Téngase en cuenta que no se trata de conocer la simple actitud genérica de la conducta para generar peligros indeterminados para los bienes jurídicos abarcados por la correspondiente norma penal, sino de la representación de un riesgo concreto, inmediato, para un objeto de tutela específico, cuya integridad se ve directamente amenazado por la acción".

[598] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; y BALDÓ LAVILLA, Francisco (coord.): *Casos de la Jurisprudencia Penal con Comentarios Doctrinales. Parte General.* José María Bosch Editor, Barcelona, 1996. pp.141-144: "... bastará con que el autor se represente subjetivamente la peligrosidad objetiva que ex ante-ipso acarrea su comportamiento conforme a las leyes de la experiencia cotidiana, sin que por ello sea necesario que prevea

los límites entre el dolo eventual y culpa consciente, la comprobación de la voluntad no tiene ninguna relevancia.

Estas premisas han tenido concreción a nivel jurisprudencial, al respecto podemos citar en Alemania el *"Caso de la correa de cuero (ledermienfell)* que, dicho sea de paso, marcó un punto de inflexión en la dogmática de ese país. Según la sentencia del BGH *"(...) Puede darse dolo eventual incluso cuando el acaecimiento del resultado es algo que resulte indeseable para dicho autor. Sin embargo este aprueba el resultado en sentido jurídico (...)"*. El dolo eventual se diferencia del no eventual en que el resultado indeseado no se prevé como necesario, sino tan solo como posible. Se diferencia de la imprudencia consciente en que el autor confía en que el resultado previsto como posible no va acaecer y por ello acepta el peligro, mientras que el autor que actúa con dolo eventual acepta precisamente dicho peligro, porque en la medida en que no se pueda conseguir dicho objetivo de otra manera, también lo quiere conseguir mediante el método indeseado[599]. En España sucedió algo similar en la STS 23-4-92 *"Caso de aceite de Colza"*, donde por primera vez se asume la tesis cognitiva, la cual fue formulada del siguiente modo: *"En la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (...) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo, que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá teni-*

---

todos y cada uno de los cursos causales inherentes a su comportamiento originador de riesgos, ni tampoco que posea un conocimiento de las leyes naturalísticas o técnicas conforme a las cuales se desarrolla el curso causal. Bastará pues con que el agente se represente en el momento de la acción los posibles peligros y efectos que la misma puede acarrear según las reglas de la experiencia cotidiana. "Conocimiento" que se adquiere a través del "proceso de aprendizaje" que desde la infancia sigue todo sujeto y que se "actualiza" en cada acción concreta que realiza un sujeto...".

[599] RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: *Ob. Cit.* pp. 83-88.

do conocimiento de los elementos objetivos del tipo, que caracterizan, precisamente, el dolo"[600].

En el Perú a nivel jurisprudencial esta temática no ha sido abordada seriamente, y menos aún se han elaborado criterios para la determinación del dolo a nivel procesal, y más bien del análisis de las diversas resoluciones emitidas por nuestros operadores jurisdiccionales se podría concluir que en la mayoría de casos el dolo se ha presumido.

Una de las objeciones que se han esgrimido contra las tesis cognitivas del dolo es su incapacidad para establecer una delimitación entre el dolo eventual y culpa consciente, pues ambos comparten la misma base cognitiva, esto es, el conocimiento de una situación de riesgo. Sin embargo, es posible establecer una diferenciación si entendemos como lo hace LAURENZO COPPELLO que la culpa consciente encierra un supuesto de error de tipo vencible, debido a la evaluación equivocada de un riesgo que se podía haber captado en su dimensión real; por consiguiente en el dolo eventual el autor tiene conocimiento de una situación de peligro concreto para un bien jurídico, en cambio en la culpa consciente el autor confunde una situación de peligro concreto con una situación de peligro abstracto, debido a una evaluación racional equivocada[601].

De otro lado, en el ámbito procesal, con el predominio del componente intelectual del dolo, la prueba del *dolo de matar* respecto del *dolo de lesionar* se ve facilitada, pues basta probar solo el conocimiento del peligro concreto de producción de la muerte o lesión, y no adicionalmente, si el sujeto aprobaba o consentía en uno u otro resultado, para lo cual resulta relevante trabajar con indicios, entre los cuales podemos citar: a) los antecedentes de hecho y las relaciones entre el autor y la

---

[600] LAURENZO COPELLO: *Dolo y conocimiento*. p. 226.

[601] LAURENZO COPELLO: *Dolo y Conocimiento*. pp. 287-292: "En este caso el autor conoce el peligro genérico pero no lo reconoce como componente de su propia acción".

víctima; b) la clase de arma utilizada; c) la zona o las zonas del cuerpo a la que se dirige la acción; d) el número de golpes inferidos; e) las manifestaciones del autor, los hechos que acompañaron a la agresión, y su actividad anterior y posterior al hecho; f) las circunstancias de lugar y tiempo, así como las circunstancias conexas o concomitantes con la acción; y g) la causa o la motivación de la misma.

1.3.1. EL ERROR

El dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, que el sujeto conozca que las circunstancias concretas o fácticas de un suceso real se corresponden con la descripción abstracta del tipo penal[602]. Cuando exista una falsa o errónea representación de los elementos del tipo objetivo (acción, resultado, cualidades del autor), estamos ante un error de tipo que excluye el dolo, pues el agente actúa sin conocer la existencia de un peligro concreto de realización del tipo. En este caso, desconociendo que su conducta podía causar la muerte de una persona en las circunstancias exigidas por el tipo penal contenido en el artículo 106° del Código Penal; o en todo caso, que generaba un riesgo concreto contra la vida del sujeto pasivo.

Según nuestro ordenamiento penal, si el error es vencible, la infracción se castiga en su forma imprudente, si fuera invencible el error excluye la responsabilidad (Art. 14° del CP).

Las modalidades de error de tipo que pueden surgir en la conducta del sujeto activo, pueden ser agrupadas, conforme a un amplio sector de la doctrina, del siguiente modo:

a) Error sobre el curso o nexo causal

Este supuesto se caracteriza porque si bien se producen las consecuencias queridas o previstas, estas se han desarrollado de un modo

[602] FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo: *El dolo eventual.* Editorial Cordillera SAC, Bogotá, 2004. p. 26.

distinto al que se representó el autor. Los tres casos que a modo de ejemplo se utilizan para abarcar esta problemática son: 1) A pretende matar a B mediante hachazos, pero la causa inmediata de la muerte resulta ser la infección de la herida a consecuencia de los hachazos; 2) A tira a B desde un puente para ahogarlo, pero A muere a consecuencia del golpe que recibe al golpearse con una columna del puente al momento de caer; y, 3) A quiere matar a B por un disparo, el cual yerra, pero el sonido del disparo espanta a una cuadrilla de caballos que atropellan y causan la muerte de B[603].

La resolución de estos casos parte, conforme a un amplio sector de la doctrina, de la consideración de que entre el tipo objetivo y el subjetivo debe existir una determinada congruencia, y que el dolo solo puede prever el curso causal en sus rasgos fundamentales; en tal sentido una desviación del curso causal puede excluir el dolo *cuando el desvío es esencial*[604].

Ahora bien, la desviación esencial del curso causal es abordada, por un sector de la dogmática, considerándola como un problema del tipo objetivo y no como un problema de error, por lo que se recurre a los criterios de la imputación objetiva[605]; sin embargo,

---

[603] ESER ALBIN/BURKHARDT BJÖRN: *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias.* Editorial Colex, Madrid, 1995. p. 181.

[604] JESCHECK: *Ob. Cit.* p. 354.

[605] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 136, señala que"... El carácter esencial de la desviación debe ser establecida con un criterio objetivo y este ha de coincidir con la imputación objetiva del resultado. La desviación del curso causal será esencial si no era objetivamente previsible, pues el resultado no aparecerá entonces como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto. Aunque la desviación del curso causal sea objetivamente previsible, la desviación será esencial si el resultado no aparece como realización de la conducta prohibida por la norma". LUZÓN PEÑA: *Ob. Cit.* p. 454, refiere que: "(...) aunque haya dolo inicial, en todos los casos de desviaciones del curso causal hay que examinar si la desviación es tal que excluye o no la imputación objetiva. Si el resultado no es objetivamente imputable a la acción

una consecuencia negativa de este punto de vista es que, al establecerse que objetivamente un resultado es imputable ya no cabe la posibilidad de argumentar una desviación esencial del nexo causal representado (y con ello se estaría soslayando esta problemática), por lo que en el fondo se estarían imputando riesgos no reconocidos subjetivamente; así, en el ejemplo 3 habría que afirmar un homicidio consumado[606].

Frente a esta problemática resulta fundamental la aportación de ESER/BURKHARDT, quienes llegan a la conclusión de que *no todas las desviaciones son esenciales, pues un hecho doloso consumado existe cuando el resultado es la materialización del peligro reconocido por el autor*, basta que el agente se represente el riesgo que se realiza, y no el curso causal a través del cual se materializa; en consecuencia son irrelevantes las representaciones erróneas de la forma de la realización del riesgo reconocido (*desvíos irrelevantes)*. De este modo, en el caso de la infección de la herida, un hachazo es capaz de originar distintas formas de muerte: por infección, pérdida de sangre, provocando un schock, o una hemorragia cerebral, todas esas posibilidades representan la realización de un riesgo relacionado con un hachazo; por tanto, son abarcados por el dolo del autor. Por el contrario en el ejemplo de los caballos, el riesgo reconocido al disparo a una persona no se realiza,

---

por ser objetivamente imprevisible o no encajar en el fin de protección de la norma por no suponer la realización del peligro inherente a la acción o por otra razón (...) no se responde por delito consumado, pero, al ser la acción dolosa, sí por tentativa en sentido amplio (...). En cambio si el resultado es objetivamente imputable pese a la desviación (p.ej. A tira a B desde el puente a un río turbulento para que muera ahogado, pero B se mata al golpearse la cabeza con un pilar del puente, ya que tal posibilidad es previsible y supone uno de los riesgos patentes -conocidos por todos- de la acción de empujar desde lo alto de un puente) habrá un delito doloso consumado. Sólo excepcionalmente será relevante el error en este caso de resultado imputable si la desviación del curso causal supone un cambio del modo de ejecución del hecho que da lugar a cambio del tipo, y ello no era abarcado por el dolo".

[606] ESER ALBIN/BURKHARDT BJÖRN: *Ob. Cit.* p. 184.

sino otro distinto y no percibido -el que los caballos se espanten por el ruido del disparo-[607].

En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, partiendo de la función preventiva de la pena, señala que el injusto es injusto de la conducta, pues el Derecho solo puede prohibir comportamientos capaces de ocasionar resultados lesivos, por consiguiente el carácter antijurídico de una conducta se debe a que conlleva riesgos para los bienes jurídicos, por tanto, el dolo solo debe abarcar el riesgo contenido y determinable *ex ante* en la conducta del sujeto. El curso causal y el resultado, si bien son elementos del tipo punible, no configuran su injusto típico, por tanto no son objetos del dolo. Ahora bien, prosigue el autor, que el resultado no afecte a lo injusto de la conducta no quiere decir que carezca de relevancia, por el contrario, el resultado juega un papel trascendental pues su ausencia puede determinar una disminución o renuncia de la punibilidad, y esto es así porque cumple una función indiciaria respecto a la peligrosidad de la realización de la acción, pero para que cumpla esta función es necesario que el resultado constituya exacta realización del peligro que ostentaba la conducta. De este modo *la punición por un delito doloso consumado* exige que se produzca un resultado que represente la realización del riesgo abarcado por el dolo -y no otro riesgo- presente en la conducta[608]. En el ámbito de las desviaciones causales cuando la doctrina habla de desviaciones inesenciales, se piensa fundamentalmente en aquellas desviaciones que se encuentran dentro de una *clase de riesgo*, y no en otra clase de riesgos que, aunque sean previsibles objetivamente, no

---

[607] ESER ALBIN/BURKHARDT BJÖRN: *Ob. Cit.* pp. 186-187.

[608] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aberratio ictus e imputación objetiva.* En Estudios de Derecho Penal. Grijley, Lima, 2000. pp. 64-84: "(...) resulta que el presupuesto de la imputación objetiva no es otra cosa que la existencia de un peligro típicamente relevante, determinable ex ante en la conducta del sujeto. A este riesgo en tanto que constitutivo de lo injusto de la conducta y presupuesto de la imputación objetiva del resultado, es al que ha de referir el dolo para poder fundamentar, en su caso, la responsabilidad del autor por delito doloso consumado".

son abarcadas por el dolo, supuestos en los cuales debería hablarse de desviación esencial.

En conclusión el dolo solo debe abarcar los elementos configuradores del riesgo que se ha materializado en el resultado; la congruencia debe realizarse *entre el dolo y la clase de riesgo*, este último se determina por los factores que lo configuran, y ambos constituyen la fuente de riesgo[609]; de este modo por ejemplo, constituye un riesgo distinto a la acción de disparar, que a quién se dispara -al que no se alcanza con dicho disparo- muera a consecuencia de la impresión[610]. Salvo que se conociera objetivamente su propensión a las impresiones intensas (mortales) y esta situación se la tomase en cuenta el agente al realizar el disparo y se cuenta con su desencadenamiento para producir el resultado (muerte).

---

[609] El autor cita el siguiente ejemplo: A dispara sobre B quien se encuentra al borde de un precipicio de una montaña nevada. Señala que en la conducta de A se dan una serie de riesgos constatables ex ante por un espectador objetivo; el primero –riesgo del impacto directo del proyectil-, puede englobar cursos causales diversos (impacto directo sobre un órgano vital, infección por las toxinas del proyectil, etc., sin contar con los diferentes lugares del impacto), que no necesariamente deben ser abarcados por el dolo, pues basta con que este abarque la clase de riesgo determinada por el impacto del proyectil. El segundo riesgo –B pueda despeñarse frente al disparo- y el tercero –el ruido del disparo en combinación con la nieve acumulada pueda provocar un alud que sepulta a la víctima-, también deben ser abarcados por el dolo –basta con el dolo eventual- si se quiere que el resultado muerte pueda ser imputado a título de dolo. SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* pp. 72-73.

[610] En nuestro medio, siguiendo a Roxin, Hurtado Pozo: *Ob. Cit.* p. 478, indica que la resolución de estos casos debe ser de carácter normativo; así, lo que hay que comprobar es que el acto y el resultado, a pesar de la desviación del curso causal, constituyen aún la realización del plan del delincuente, si esto es así, y habiéndose constatado primero la imputación objetiva, cabe colegir que el agente ha actuado con dolo; sin embargo esta perspectiva no es acertada, pues lo único que se consigue es sustituir lo que es imputable a título de dolo por la cuestión de lo que es imputable como realización del plan, es decir, no da respuesta a la pregunta, sino formula una nueva pregunta, conforme lo ha precisado. SILVA SÁNCHEZ: *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General.* p. 143.

b) Dolus generalis

Bajo esta rúbrica la doctrina pretende abarcar aquellas desviaciones específicas del curso causal, en los cuales el sujeto luego de haber desarrollado un comportamiento con la finalidad de causar la muerte de otro, cree erróneamente haber conseguido dicho resultado a través de ese primer comportamiento, realizando una segunda acción tendiente a ocultar su delito, cuando en realidad es esta segunda acción la que causa la muerte esperada. Por ejemplo: A dispara contra B, posteriormente creyéndola muerta lo arroja al río, determinándose luego que, efectivamente B muere, pero no a consecuencia del disparo sino que muere por ahogamiento; o en el ejemplo citado por ESER/ BURKHARDT en el que un sujeto estrangula a su vecina B tapándole la boca con arena para evitar que esta grite, asumiendo una posible muerte por asfixia, posteriormente creyéndola muerta, la arroja a un colector de estiércol líquido para eliminar el cadáver, donde efectivamente muere ahogada[611].

La resolución de estos casos, en el ámbito doctrinal, se divide en dos grandes orientaciones, y dentro de ellas muchas posiciones particulares. La primera orientación resuelve estos supuestos apreciando únicamente un delito consumado, sin embargo, la fundamentación es distinta; así, unos autores consideran que el autor ha actuado con un dolo general que abarca tanto el primer como el segundo acto[612], otros en cambio sostienen que se trata solo de un desvío irrelevante del curso causal. La segunda orientación concluye que en estos casos solo puede apreciarse un delito doloso en grado de tentativa en concurso real con un delito imprudente consumado.

Asimismo, se considera que la solución de estos casos debe partir por establecer si el riesgo de la primera acción que percibió el sujeto activo se materializó en la segunda acción, o en otras palabras, si esta

[611] ESER ALBIN/BURKHARDT BJÖRN: *Ob. Cit.* p. 188.

[612] En nuestro medio CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 251.

se limita a desarrollar una clase de riesgo que ya se originó con el primer acto; si esto es así, no existe impedimento alguno para que el autor responda por el delito doloso; si ello no fuera así, si la segunda conducta origina un nuevo riesgo distinto al que se ha creado con la primera acción, obviamente se deberá reconocer un supuesto de concurso real entre un homicidio doloso en grado de tentativa y un homicidio imprudente consumado[613]; y esto es así, además, en aplicación del principio de simultaneidad, por el cual el dolo solo abarca al riesgo que origina un acto, y no otro cuyo origen provenga de un acto posterior, respecto del cual el primer dolo solo constituye un *dolus antecedens*[614].

En el primer ejemplo que se citó, el riesgo del disparo no se materializó en el resultado, sino otro distinto, pues la víctima murió por ahogamiento como consecuencia de haber sido arrojada a un río cuando se encontraba inconsciente, lo cual no fue abarcado por el dolo del agente -riesgo cognoscible para A si hubiera aplicado el cuidado debido en la situación concreta (A ha actuado bajo un error de tipo vencible)-. En el segundo ejemplo, la muerte por ahogamiento de la víctima por haber sido arrojada a un colector de estiércol, no es materialización del peligro inherente al estrangulamiento.

Desde la óptica de la imputación objetiva, Luzón Peña argumenta su propuesta indicando que si bien la segunda acción (enterrar, eliminar, arrojar, etc.), viene motivada por la primera acción (por la

---

[613] ESER /BURKHARDT: *Ob. Cit.* pp. 189-190, siguiendo a Schroeder matizan la solución señalando que cuando el resultado relacionado con determinado riesgo no se ha realizado porque ha sido suprimido por una segunda acción es razonable apreciar un delito consumado. Así en el caso sub análisis se debe responsabilizar al autor por un homicidio consumado si B estaba lesionada mortalmente por medio del estrangulamiento –es decir que esta acción era viable para producir el resultado muerte-, de modo que la inmersión en el colector sólo aceleró la producción del resultado.

[614] SILVA SÁNCHEZ; CORCOY BIDASOLO y BALDÓ LAVILLA, Francisco (coord.): *Ob. Cit.* pp. 141-144.

errónea creencia de haber ocasionado la muerte), no se debe olvidar que el peligro inherente a la primera acción –que puede consistir en estrangular, acuchillar, disparar, etc.-, no se ha realizado en el resultado, pues el peligro inherente a tales acciones es el de la muerte a consecuencias de las heridas, desangramiento o en general el empeoramiento de las lesiones, etc.; por el contrario, el riesgo que se ha realizado en el resultado es el inherente a la segunda acción en la que no hay dolo, pues el sujeto ha obrado bajo un error de tipo de carácter vencible, ya que si hubiera realizado las comprobaciones necesarias hubiera podido determinar si efectivamente la víctima había muerto o no, y entonces hubiera intentado consumar su delito o cambiar de opinión, lo cual permite concluir que el primer delito frustrado está en concurso real con un homicidio imprudente. Señala además que existen otras dos posibilidades, la primera cuando el resultado se produce en forma fortuita, esto es, cuando bajo un supuesto de error de tipo objetivamente invencible, el autor desarrolla una segunda acción tendente a ocultar su delito, en este supuesto el autor solo respondería por homicidio doloso en grado de tentativa. Ejemplo: A creyendo haber matado a B lo hace examinar con un médico, quién certifica erróneamente la defunción, y tras dejar transcurrir el plazo reglamentario lo entierra clandestinamente provocando su muerte. La segunda posibilidad se daría cuando el sujeto activo al desarrollar la segunda acción se representa la posibilidad de que la víctima se encuentre con vida, sin embargo, procede de igual forma provocando la muerte de la víctima, en este supuesto el autor habría actuado con dolo eventual, y le es imputable la muerte, por tanto su conducta ha configurado un delito de homicidio consumado, que cabe entender está en relación de consunción con el anterior homicidio frustrado al que absorbe[615].

Si bien estas posturas nos parecen muy lógicas e ingeniosas, estando a que la dogmática debe proporcionar pautas racionales para dar la mejor y más segura solución al caso, las soluciones planteadas por

[615] LUZÓN PEÑA: *Ob. Cit.* pp. 435-436.

estas posturas no nos parecen satisfactorias ni legítimas; pues, toda la actuación realizada por el agente está precedida por un dolo de quitar la vida, el mismo que en ningún momento ha sido descartado, por ello creemos que la solución que considera que en todos estos casos el agente responderá por delito doloso consumado, es la más aceptable y razonable, sea porque actuó con un dolo general que abarca tanto el primer como el segundo acto o porque se trata solo de un desvío irrelevante del curso causal.

c) Consumación anticipada

Este supuesto presenta una estructura inversa al del *dolus generalis*, ya que de los riesgos que entraña el comportamiento del sujeto activo, uno de ellos es abarcado dolosamente, sin embargo, este no se realiza en el resultado pretendido, sino otro riesgo típico -objetivamente imputable- que materializa anticipadamente el resultado. Ejemplo: A quiere matar a B estrangulándolo, para lo cual lo coloca en un estado de inconsciencia, inyectándole un fuerte somnífero que le provoca un shock, ocasionándole la muerte; C con la intención de matar a D, lo sujeta intempestivamente del cuello, cayendo ambos al suelo, momento en los cuales D se fractura el cráneo, lo que causó la muerte, sin embargo, C ajeno a esta realidad no dejó de oprimir el cuello de D en ningún momento hasta que notó que el cuerpo estaba totalmente inerte.

En estos supuestos, al igual que en el *dolus generalis*, las soluciones doctrinales se pueden clasificar en dos grandes orientaciones. Una primera propugna la responsabilidad del autor por un homicidio doloso consumado, argumentando que se trata de un desvío inesencial, o que el resultado se ha producido por un acción que, por lo menos, constituye el comienzo de la ejecución del delito, por tanto la anticipación del resultado es irrelevante inclusive para el propio autor[616].

[616] BACIGALUPO: *Ob. Cit.* p. 238; el mismo en *Tipo y Error*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1988. p. 156, quien agrega que la pérdida de la posibilidad de desistir en contra del autor no es merecedora de protección.

La mayoría de autores si bien parten de que el sujeto activo no debe conocer el curso causal en todos sus detalles, consideran que basta que el resultado sea imputable objetivamente para que exista dolo. Aun cuando existen otras posiciones que consideran que para que se configure un delito doloso consumado es necesario que el riesgo que se ha materializado en el resultado, haya *sido abarcado por el dolo del autor*, por lo que si el riesgo que se materializa anticipadamente en el resultado no hubiese sido abarcado por el dolo se trataría de homicidio doloso en grado de tentativa en concurso ideal con un homicidio imprudente y no de un delito doloso consumado. Estas posturas al igual que en el caso anterior, aun cuando configuran una solución lógica, estando a los criterios de razonabilidad y de protección efectiva de los bienes jurídicos, no nos parecen adecuadas.

d) Error sobre el objeto (error in personam)

Estos supuestos pueden caracterizarse como aquellos en los que el sujeto se equivoca en la individualización del objeto de la acción, en su identidad o en otra cualidad que constituía para él su motivo del plan delictivo[617]. El sujeto activo sufre una confusión en la identidad de la persona, que constituye el motivo fundamental de su plan; por ejemplo, el sujeto que dispara contra una persona que sale de una cantina, confundiéndola con su agresor, o aquel sujeto que persiguiendo a su contrincante que viaja en coche, lo pierde de vista al entrar en un bosque, y al ver de nuevo el coche dispara contra su ocupante, pero resulta que la víctima no era su enemigo, quien ya había abandonado el coche, sino un mendigo que momentos antes había ingresado para dormir. O aquellos supuestos en los que A mata a B confundiéndolo con el perro de propiedad de C.

---

[617] El yerro se produce por una incorrecta identificación del objeto de la acción contra el que el sujeto activo dirige su conducta y efectivamente lesiona -el error se produce antes de la ejecución-, a diferencia de la *aberratio ictus* en el cual el yerro se produce en la ejecución de la acción. Silva Sánchez, Jesús María. *Aberratio ictus*...Ob. Cit. pp. 41-42.

La doctrina es unánime en considerar que el error es irrelevante, siempre que los objetos *sean equivalentes*[618], ya que el error no incide sobre una de las cualidades a las que el Derecho Penal otorga relevancia para la protección penal. En estos casos, si bien el autor incurre en un error en los motivos, no incurre en error de tipo, pues su dolo abarca el hecho de estar matando a un hombre con pleno control del proceso causal. Lo relevante para el Derecho Penal es la concurrencia perfecta de la relación de la causalidad, de la imputación objetiva y del dolo entendido como conducción, supradeterminación final del proceso causal externo producido[619]. Por consiguiente, el *error in objeto es irrelevante*[620] porque el sujeto individualiza al objeto de la acción y conduce el proceso lesivo contra él[621], *resultando*

---

[618] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p 141; BACIGALUPO, Enrique: *Ob. Cit.* p. 235 señala que en estos casos no hay desviación causal, por cuanto un error en la identidad del sujeto pasivo no es elemento del tipo; CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A: *Derecho Penal. Parte General.* T.I. Bosch, España, 2001. p. 159.

[619] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; y BALDÓ LAVILLA, Francisco (coord.): *Ob. Cit.* p. 141, refieren: "Que se haya producido un error en los motivos, un error en la identificación, no obsta a que aquí quepa advertir la concurrencia perfecta del tipo objetivo y subjetivo del homicidio (...). En una frase: error "en los motivos" no equivale a error de "tipo".

[620] En nuestro medio sostienen la irrelevancia del error *in personam*: HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal.* Ob. Cit. p. 481; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 247; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 46; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 87; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 43; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 70; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 94-95, sustenta su posición en el art. 84° del Código Penal de 1924. Distinta es la posición de VILLAVICENCIO TERREROS, quien indica que en este supuesto hay un concurso ideal entre un homicidio doloso imposible y un homicidio culposo, siendo aplicable el art. 48° del Código Penal.

[621] LUZÓN PEÑA: *Ob. Cit.* p. 455; En la doctrina nacional VILLA STEIN, Javier: *Ob. Cit.* p. 46 señala que para la existencia del dolo es indiferente el llamado *"error in personam"*; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 247 indica que el error en el objeto es irrelevante siempre que el objeto de la acción tenga igual tratamiento del que se quiso atacar, pues la prohibición de matar es

sin embargo, que el resultado no se corresponde con su plan, pues ha sufrido algún error en alguna cualidad que, sin ser relevante para la configuración jurídico penal de los tipos, sí incidía en la motivación para la comisión del delito.

En el caso de la confusión entre la persona y el perro, citado en el ejemplo, la situación es distinta, puesto que la confusión se da entre objetos de diversa valoración y por tanto, no son equivalentes (no se puede equiparar una vida humana con la de un perro); consecuentemente, el error, en este caso, sí tiene relevancia, puesto que incide sobre una cualidad a la que el Derecho sí otorga relevancia en cuanto a la protección penal. En tal caso, estaremos frente a un concurso ideal entre una tentativa de daños con un homicidio imprudente consumado.

e) Aberratio ictus

También denominado error en el golpe, se diferencia del error *in objeto* ya que no supone la confusión del objeto por otro, sino un error en la dirección del ataque al objeto individualizado por el sujeto activo, en su lugar, el ataque se concreta en otro objeto que goza de la misma protección; el yerro se produce por consiguiente en la ejecución de la acción. Ejemplo: A dispara contra B, pero el disparo a consecuencia de su mala puntería alcanza a C quien se encontraba junto a B; M pretende acuchillar a N, pero O se interpone recibiendo el impacto mortal, muriendo instantáneamente.

Al respecto, en la doctrina existe consenso para solucionar estos casos cuando los objetos gozan de protección diferenciada –se apunta contra A, pero el impacto se produce en la mascota de este-, concluyéndose que se debe apreciar un delito intentado en eventual concurso ideal con un delito imprudente.

---

impersonal, basta la voluntad criminal independientemente de si se logra identificar correctamente el objeto de la acción; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 43 precisa que el error in *personam* es irrelevante porque todas las vidas de todas las personas tienen el mismo valor.

La discusión se produce cuando los objetos gozan de protección equivalente. Al respecto, las posiciones doctrinales se pueden nuevamente sintetizar en dos: Un sector doctrinal minoritario propugna que el tratamiento del *aberratio ictus* debe ser el mismo que se da al *error in obiecto o in personam,* estimando que en estos casos el error es irrelevante[622], por cuanto el contenido mínimo del dolo no pertenece a ninguna individualización[623] o concreción, ya que su contenido lo da el tipo penal, el que está redactado abstractamente; por ejemplo en los tipos de homicidio se protege la vida *in abstracto,* "se quería matar a un hombre y a un hombre se ha matado", por tanto la desviación es irrelevante.

Sin embargo, es de tener en cuenta que el hecho de que los tipos penales estén redactados en forma abstracta obedece a que los tipos deben englobar una pluralidad de casos, de donde no pueden extraerse consecuencias materiales. Esta posición parte de una determinada concepción del bien jurídico, entendido como valor, por lo que es indiferente que uno u otro de estos objetos concretos de ese valor sean atacados, para considerar atacado el bien jurídico; si se dispara contra A y el impacto se produce en B se ha afectado el valor vida y por tanto hay un hecho consumado.

No obstante, tal como señala Silva Sánchez, el Derecho Penal protege realidades concretas, y el bien jurídico es una realidad empírica. En el caso concreto del homicidio no se protege el valor vida en abstracto, "sino concretas vidas, empíricas, existentes realmente en unas coordenadas espacio-tiempo, en cuanto son valiosas para el

---

[622] En nuestro medio sostienen esta posición: VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 46; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 87; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 43; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 70;

[623] INGERBORG PUPPE citada por ESER ALBIN/BURKHARDT BJÖRN: *Ob. Cit.* p. 199, señala que: "El contenido mínimo del dolo, al que no pertenece ninguna individualización (concreción), también determina la medida de congruencia entre la representación del autor y el resultado del cual dependería la imputación del dolo".

Derecho; por consiguiente, como ya se ha señalado al abordar el error en el curso causal, para establecer la imputación subjetiva a título de dolo es necesario que el riesgo representado por el sujeto activo se realice en el resultado. Sin embargo, una conducta puede contener riesgos distintos, unos abarcados por el dolo y otros no, por lo que la concreción de estos últimos en el resultado deberán ser imputados a título de culpa. De este modo en los casos de *aberratio ictus* el riesgo que se materializa en el resultado es distinto al que se representó el sujeto activo, por tanto no le es imputable dolosamente sino a título de culpa; en el ejemplo muchas veces citado del disparo que efectúa A contra B, pero que impacta en C, quien se interpone en el disparo o se encontraba junto a B, es posible apreciar dos riesgos distintos que amenazan dos objetos de protección -entendiendo al bien jurídico vida como concreta vida real-, el primero dirigido contra A que no se realiza y es abarcado dolosamente, y el segundo no abarcado dolosamente y que se materializa en C[624], lo que no sucede por ejemplo en el error *in objeto* (o error *in personam*), en la que el sujeto crea un riesgo para un bien jurídico cuya realidad empírica había sido aprendida perfectamente, siendo indiferente que en el resultado se hayan concretado las intenciones del sujeto activo.

Por estas consideraciones nuestra posición concuerda en el resultado con el otro sector mayoritario de la doctrina que soluciona estos casos advirtiendo un homicidio doloso en grado de tentativa en concurso ideal con un homicidio imprudente[625].

---

[624] SILVA SÁNCHEZ: *Aberratio ictus...*: *Ob. Cit.* p. 51; 64-74.

[625] En igual sentido, en la doctrina nacional BRAMONT ARIAS -GARCIA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 44, considera que en estos supuestos el error es relevante, debiendo castigarse al sujeto activo por tentativa acabada de homicidio doloso en concurso con un homicidio o unas lesiones -entendemos a título de culpa aunque el autor no lo precisa-; VILLAVICENCIO TERREROS aprecia en este supuesto un concurso ideal entre tentativa de homicidio doloso y homicidio culposo.

Un tema asociado a esta problemática es establecer las diferencias en los casos límite, para determinar cuándo estamos ante un supuesto de *aberratio ictus* o de *error in personam*, a este respecto podemos citar los siguientes ejemplos: 1) A instala una bomba en el coche de B, con un dispositivo que se activa al encender el vehículo; un día antes el coche es vendido a C, quién al encender el vehículo activa la bomba y muere a consecuencia de la explosión; 2) A instala una bomba con un dispositivo, de modo que el segundo vehículo que pase por ahí provoque la explosión, suponiendo que el conductor del segundo vehículo es B, pero antes llega C, quien muere a consecuencia de la explosión; 3) A que persiguiendo a su contrincante B que viaja en coche, lo pierde de vista al entrar en un bosque, y al ver de nuevo el coche dispara contra su ocupante, pero resulta que no era su enemigo, que ya había abandonado el coche, sino un mendigo que momentos antes había ingresado para dormir; 4) A manda a B una botella de coñac envenenado, sin embargo el que lo transporta se equivoca y la entrega al vecino C, quién muere a consecuencia del veneno.

Para JAKOBS en estos supuestos el sujeto activo ha individualizado a la víctima por circunstancias que son dependientes del curso causal[626], por tanto estamos dentro de un supuesto de *error in personam*. ESER/BURKHARDT señalan que el sujeto activo puede identificar a la víctima de diversos modos, ya sea a través de una percepción sensorial o bien de forma indirecta, "como puede ser por el lugar y el tiempo del efecto o por el tipo y la forma de este", por lo que considera que en estos casos también nos encontramos en un supuesto de error *in objeto* o error *in personam* irrelevante[627]. Silva Sánchez sostiene que

---

[626] GUNTHER JAKOBS: *Ob. Cit.* p. 366

[627] ESER ALBIN/BURKHARDT BJÖRN: *Ob. Cit.* p. 200, señalan que en el ejemplo de la botella de coñac envenenado, o en el de la bomba, la identificación se ha producido por el tipo y la forma del efecto, debe morir aquel que bebe el coñac o enciende el contacto. La representación de que va a morir la persona que ha realizado las acciones -beber, encender-, se ha realizado, siendo irrelevante que el autor suponga que se trate de otra persona.

en los ejemplos 1, 2, y 3 la individualización del bien jurídico, ante la imposibilidad de una percepción indirecta, se sustituye por una referencia espacio-temporal, concretándose una estructura similar a la del error *in objeto*; en el ejemplo 4 señala que cuando el sujeto activo -hombre de atrás-, ha realizado todos los actos que le corresponden en el proceso, abandonando la ejecución a un tercero o a la propia víctima ha contado con la eventualidad de alcanzar un objeto distinto al pretendido por lo que debe ser sancionado por un homicidio doloso consumado[628]; en este caso sería dolo eventual.

Finalmente, como bien precisa CASTILLO ALVA no estamos ante supuestos de *aberratio ictus*, cuando se dispara contra una muchedumbre sin importar a quien se mata, ya que en estos casos la identidad de la víctima es indiferente para el homicida[629].

1.3. ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

Más allá de las cuestiones propias del análisis de estas categorías en general, consideramos que resulta necesario referirnos al *error de prohibición* que puede presentarse en los supuestos en que el sujeto cree en la existencia de una causa de justificación –error de permisión-, así como en el error sobre los presupuestos objetivos de una

[628] Sin embargo, esto no excluye que en estos casos pueda apreciarse un supuesto de *aberratio ictus*, así en el ejemplo 2, cuando la bomba no estalla bajo el segundo vehículo, sino minutos más tarde bajo otro coche cualquiera, o cuando un error determine que la bomba no estalle al momento del encendido, sino cuando está estacionado, sin ocupantes, ocasionando la muerte de un transeúnte, o en el caso de la bebida envenenada cuando el autor ha adoptado todas las medidas necesarias para evitar que el riesgo se concrete en una dirección diferente, o cuando la desviación se produce por acontecimientos imprevisibles –por ejemplo el encargado de entregar el coñac prueba un sorbo, o el ladrón que ingresa al domicilio y bebe el veneno-. Silva Sánchez. *Aberratio ictus*... pp. 81-84; En estos últimos supuestos cuando la desviación se produce por un factor imprevisible no habrá desvalor de la acción respecto de ese resultado fortuito y el sujeto sólo debe responder del inicial delito frustrado.

[629] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 249.

causa de justificación –error de tipo permisivo-; por ejemplo, el caso en que A, quien cree que va a ser agredido por B, el mismo que se le acerca con un arma de fuego de fogueo o de juguete con la finalidad de jugarle una broma, hecho que A desconoce, por lo que procede a proferirle un golpe mortal con un objeto contundente. Estos casos deben ser analizados de acuerdo a los presupuesto de vencibilidad o evitabilidad del error, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del hecho así como del autor. Pues, el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, mientras que el error de prohibición evitable conlleva a la atenuación de la pena.

Asimismo, debemos precisar que el artículo 15° del Código Penal, contiene el llamado *error de comprensión culturalmente condicionado*, el cual es una forma de error de prohibición directo, que tiene como característica el hecho de que el sujeto activo no logra comprender –internalizar- el mandato normativo, por responder en sus acciones a patrones culturales distintos a los que motivan la norma. Dicha institución es un reconocimiento del pluralismo cultural existente en el país. Pueden en estos casos presentarse situaciones especiales, por ejemplo, un sujeto perteneciente a una comunidad amazónica, que mata a otra persona en la creencia de que es un brujo que le ha hecho daño a su familia; obviamente el sujeto obra influenciado por patrones culturales y sus costumbres; sin embargo, consideramos que en estos casos no podría calificarse como error de comprensión invencible, puesto que la vida es un valor protegido históricamente por las sociedades de todos los tiempos, por lo que resulta muy difícil que el agente no haya podido internalizar la prohibición del delito de homicidio. Más aún, el respeto y valoración de la vida no puede quedar al arbitrio de las conciencias individuales o a las costumbres de un pueblo. En tal sentido, no se puede admitir que el sujeto causó la muerte del brujo en condiciones de exención de pena, ni siquiera en condición tal que lo haga merecedor de una atenuación significativa de la pena.

Debe precisarse que pueden presentarse en la materialización de la conducta homicida determinadas causas de justificación como

la legítima defensa, o de exclusión de culpabilidad como el estado de necesidad exculpante, siempre que se cumplan con los especiales requisitos de las mismas; en cuyo caso, se aplicarán los criterios generales propios de la teoría del delito, desarrollados por el Derecho Penal General; cuya síntesis se ha desarrollado en la primera parte del presente volumen.

1.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Este tipo penal admite la tentativa, al ser un delito de resultado, requiriéndose para la tentativa que el sujeto dé comienzo a la ejecución del delito a través de actos encaminados a su ejecución.

Uno de los problemas que acarrea la tentativa es la delimitación entre tentativa de homicidio y delito de lesiones consumado, hecho que deberá ser analizado por el Juzgador al momento de resolver, atendiendo al dolo del autor, el que a su vez deberá apreciarse conforme a los datos y circunstancias objetivas que rodeen al hecho, como amenazas o palabras proferidas antes o al momento ejecutarse el hecho (amenazas de muerte o cuando el agente profiere palabras como ¡hasta que por fin conocerás el infierno!); la dirección o lugar de las lesiones y magnitud de los golpes o lesiones (se asesta la puñalada en el pecho –corazón-, se ocasiona una herida profunda en el cuello, se golpea la cabeza con un elemento contundente y pesado, etc.); la finalidad buscada con el ataque, como apoderarse de una herencia o de determinados bienes de la víctima que permanecen a disposición del agente, etc.

2. DELITO DE PARRICIDIO

Art. 107°: *El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.*

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36.[630]

2.1. NOCIONES GENERALES

Son antecedentes del presente tipo penal el art. 151° del Código Penal de 1924, el que establecía que comete parricidio quien a sabiendas mata a su ascendiente, descendiente o cónyuge; también los art. 231°

---

[630] Este artículo fue modificado por el artículo 1° de la Ley N° 30068, Publicada el 18 de julio del 2013, la misma que modificó el primer párrafo y añadió el segundo. Seguidamente fue modificado por el artículo 1° de la Ley N° 30323, publicada el 07 mayo 2015, la misma que agrega el tercer párrafo.

y 233° del Código de 1863, donde se distinguían entre un parricidio propio e impropio, el primero de ellos (art. 231°) para el caso del que "a sabiendas matase a su padre o a su madre", cuya condena era la pena de muerte; mientras que el segundo (art. 233°) para el caso del que "a sabiendas, matare a cualquiera de sus ascendientes, que no sean padre o madre; a sus descendientes en línea recta; a su hermano; a su padre, madre o hijo adoptivo; o a su cónyuge" cuya pena era la de penitenciaría en cuarto grado[631]. En relación a la norma predecesora, se puede destacar que el Código Penal de 1991 comprende como sujetos pasivos de este delito al descendiente o ascendiente adoptivo, y al concubino. Las modificaciones cambian el contenido cónyuge o concubino por el de una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia; con lo cual comprenden también al excónyuge y al exconviviente; a la vez que agregan los supuestos agravados; y la última norma establece la pena de inhabilitación para los casos en que el agente tuviese hijos con la víctima.

Gramaticalmente el término parricidio hace referencia a la muerte causada a los padres o ascendientes en línea recta; sin embargo, en la doctrina y en las legislaciones modernas, el delito de parricidio tiene una extensión muy disímil, pues mientras algunas lo limitan a la muerte del padre o de un ascendiente, otras incluyen en él, la muerte del hijo y de otros parientes más o menos próximos, hasta llegar a los hijos adoptivos. Es por esta razón que no se ha podido plantear una definición que precise el alcance de esta figura delictiva, optándose por clasificarla en propia e impropia, la primera para hacer referencia al delito cuando la víctima es el padre, la madre u otro ascendiente o descendiente del agente, y la segunda para los demás casos[632]. En nuestra legislación, el tipo penal de parricidio no distingue entre un *parricidio propio o impropio*, sin embargo esto no obsta a que se con-

[631] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 91.

[632] MAGGIORE: *Ob. Cit.* p. 293.

sidere la mayor o menor proximidad del grado de parentesco entre el homicida y la víctima, a efectos de la individualización judicial de la pena.

En el derecho comparado esta figura, mayoritariamente, es consagrada como una agravante del homicidio. Así, en el Código Penal de Argentina (Art. 80° inc. 1, restringiendo esta figura únicamente al ascendiente, descendiente y cónyuge); Colombia (Art. 104° inc. 1, extendiéndolo al hermano, compañero o compañera permanente y al pariente hasta el segundo grado de afinidad); Costa Rica (Art. 112° inc. 1, comprendiendo al hermano consanguíneo, al concubino siempre y cuando hayan procreado hijos en común, y hayan llevado vida marital por lo menos dos años anteriores a la perpetración del hecho); El Salvador (Art. 129° inc. 1); Francia (Art. 221°-4, restringido a la muerte del ascendiente legítimo o natural o contra el padre o madre adoptivo); Guatemala (Art. 131°); Italia (Art. 576° inc. 2 y 577° inc. 1); Paraguay (Art. 105°, 2° inc. 1); Portugal (Art. 132°, 2° inc. a); Uruguay (Art. 311° inc. 1), y Venezuela (Art. 408°, 3° inc. a). Por el contrario, contemplan este delito como una figura autónoma del homicidio, aparte de nuestro Código Penal, el de Bolivia (Art. 253°, restringido a la muerte del padre o la madre, o su abuelo u otro ascendiente en línea recta; sin embargo, además considera a la muerte del descendiente o cónyuge, o conviviente como una circunstancia configurativa del asesinato (Art. 252° inc. 1); de Chile (Art. 390°); de Cuba (Art. 264°); de Honduras (Art. 118°); de México (Art. 323°) y de Nicaragua (Arts. 126° y 127°). Asimismo, en países como España, Alemania, Suiza y Brasil esta figura delictiva no está contemplada.

2.2. ¿AUTONOMÍA DEL PARRICIDIO?

Un tema sobre el que no existe consenso es el relativo a la autonomía del delito de parricidio, ya que algunas legislaciones lo consideran como delito autónomo, mientras que otras consideran al hecho de matar al ascendiente, descendiente u otro pariente consanguíneo, afín o legal, como una circunstancia agravante del delito de homicidio simple.

En efecto la tendencia actual que se va imponiendo a nivel doctrinal es a eliminar esta figura penal y encuadrar la relación parental como una circunstancia agravante. Una particular regulación al respecto se aprecia en la legislación española, donde se considera a los vínculos parentales entre la víctima y su agresor, como un factor que, según las circunstancias, puede sustentar una atenuación o una agravación de la pena[633].

Por nuestra parte consideramos que las particularidades de estos supuestos configuran un delito independiente o autónomo, puesto que se trata de un delito que presenta cierta especialidad de injusto. Aun cuando no descalificamos los criterios que asimilan a este delito al delito de homicidio agravado[634].

---

[633] En España se ha suprimido el delito de parricidio y se ha establecido la relación de parentesco como circunstancia que puede agravar o atenuar la responsabilidad, conforme lo prevé el art. 23° de su Código Penal, donde se señala que: *"Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor".*

[634] En nuestro medio sustentan la tesis de la dependencia normativa del delito de parricidio: HURTADO POZO: *Ob. Cit.* pp. 24-25; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 54; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* pp. 91-92, quien desde aspectos sistemáticos y estructuración del tipo sostiene que el delito de parricidio constituye un delito cualificado, de carácter adjetivo, ya que, excluido el vínculo parental, la conducta del agente se subsume en el tipo básico; VILLAVICENCIO TERREROS: *Ob. Cit.* pp. 32-33, sostiene que el parricidio es un delito especial impropio en la medida que la lesión del deber especial únicamente determina la agravación de la punibilidad, por lo que si esta desaparece permanecerá vigente el delito de homicidio; PEÑA CABRERA, Alonso: *Ob. Cit.* p. 106 refiere que el parricidio es una modalidad circunstanciada del homicidio, pues el contenido del disvalor del injusto, en lo que comprende el disvalor de la acción -los medios comisivos, la misma voluntad criminal- y el resultado son los mismos. Por el contrario, sostienen el carácter autónomo del delito de parricidio: CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 278 y ss., señalando que el parentesco en el parricidio no es una categoría fundada o artificial del delito, sino fundante del mismo, en tal sentido el parentesco junto a

2.3. FUNDAMENTOS DE LA AGRAVACIÓN

Al respecto, se han propuesto los siguientes argumentos como fundamentos de la configuración agravada de este delito respecto del homicidio simple:

i) Una mayor intensidad del injusto, se dice que el homicida infringe el deber emanante del parentesco; criterio que se critica señalándose que el Derecho penal no puede valorar la vida de las personas de modo diferente, que da lo mismo que se dé muerte a un pariente o a un tercero; que una interpretación en contrario, implicaría la violación del derecho a la igualdad.

ii) Un mayor grado de culpabilidad[635] asumida objetivamente o una presunción *iure et de iure* de mayor culpabilidad, según la cual bastaría comprobar la relación parental para presumir la mayor culpabilidad del agente[636]. Esta posición ha recibido innumerable críticas, ya que los vínculos parentales no siempre engendran una comunidad de afectos y sentimientos que todos

---

la muerte forman una unidad indisoluble, dando pie a la construcción de una figura autónoma; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 111-113, afirma que el vínculo consanguíneo y el jurídico operan como elementos constitutivos de la infracción ensamblados mediante la expresión "a sabiendas"; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* pp. 77-78, observa en el especial conocimiento del vínculo parental del sujeto activo respecto del sujeto pasivo, el elemento fundamental de este delito, circunstancia que lo hace autónomo respecto al delito de homicidio.

[635] Sostienen esta tesis en el medio nacional SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p 78, quien afirma que: "el parricidio tiene mayor culpabilidad al no respetar ni siquiera la vida de sus parientes naturales o legales, con quienes hace vida en común; evidenciándose de ese modo, que el agente está más propenso y solícito a atacar en cualquier momento a personas que le son extrañas, demostrando peligrosidad para el conglomerado social".

[636] TORIO LOPEZ, Estudios de la Reforma de los delitos contra la vida, en Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal, Bilbao, 1983. Citado por Gracia Martín, Luis: *Ob. Cit.* p 152.

> debieran respetar[637], o que impongan un deber especial de respeto de la vida; es más, diversos estudios confirman que en muchos casos, en la familia se generan tensiones profundas entre sus componentes, derivadas de situaciones como la brutalidad física y sexual del marido sobre la mujer y los hijos, los malos tratos, los celos, cuestiones hereditarias, etc.[638]

Por nuestra parte, consideramos que la principal razón de la agravación del delito de parricidio radica en una mayor intensidad del injusto (un mayor desvalor de la acción), pues tiene su fundamento en instituciones positivas socialmente deseables (relación de padres e hijos, matrimonio, concubinato y de confianza especial), de las cuales surgen una serie deberes especiales que se dirigen a un obligado especial, no para que solamente "no dañe" a los demás, sino para que fomente, preserve, garantice y mantenga seguros los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su esfera jurídica, deberes que se ven defraudados con la realización de la acción delictiva[639]. No es que

---

[637] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 47, indica que el "hecho de que la mayor parte de los parricidios encuentren su explicación en los estados pasionales hace aún más lamentable que el Juez no tenga la posibilidad de valorar la culpabilidad en sentido atenuatorio, lo que se evidencia en el conyugicidio, el más habitual, obediente a situaciones en las que el autor se ha limitado a liberarse de su anterior condición de víctima. Sería más razonable someter el parricidio a un régimen similar al del art. 11, permitiendo tanto la agravación como la atenuación, según los casos".

[638] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 273, al respecto indica que "... a nadie se le puede sancionar con mayor o menor penalidad, teniendo en cuenta si ha querido, quiere o debió amar más a su víctima, por cuanto esa misma norma de determinación también se encuentra en el homicidio simple (...) la gravedad del parricidio reside sólo en el vínculo del parentesco, sea legal o natural, y no en un presunto afecto que existe entre parientes".

[639] GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando: *El homicidio. T. 1.* Temis, Bogotá, 1997. p. 318, señala que : "Como el fundamento del parricidio no radica en la objetiva presencia del vínculo, sino en la existencia real y social de una comunidad de deberes ético sociales, comunidad de afectos y sentimientos y solidaridad incluida la relación que genera celos, conflicto aflictivo, etc., que se deriva de la convivencia familiar, cuya ruptura genera mayor grado

el Derecho penal valore de modo diferente la vida de las personas, lo que se hace en este caso, es desvalorar con mayor intensidad el homicidio de un pariente, ya que en este hecho también se infringen deberes especiales.

Asimismo, añadimos que otra de las razones de la agravación del parricidio respecto al homicidio, es que al generarse los deberes especiales de protección y solidaridad entre los miembros de las unidades familiares en cuyo ámbito se comete el delito, se establece una situación de acercamiento entre el agente y la víctima, lo que genera un estado de confianza entre ambos, que hace que la víctima quede en una situación de especial vulnerabilidad respecto de su agresor; pues, cualquier mecanismo de autoprotección o de defensa de la víctima se relaja respecto a dicho agresor. Y es esta la situación que es aprovechada por este último para concretar el delito, lo que evidencia cierta dosis de alevosía en la comisión de los hechos.

Más aún, en los últimos tiempos el hecho de la simple existencia de un nexo de familiaridad o necesidad de acercamiento (especialmente cuando se trate de convivientes, concubinos o hijos menores) es aprovechado por el agente para cometer el delito, lo cual obviamente revela una mayor escala de injusto en la conducta del agente del delito.

En tal sentido, si bien en anteriores ediciones de este trabajo hemos sostenido que no resulta factible extender la punibilidad del parricidio a supuestos donde no se puede sostener el efecto agravante de parentesco, como en aquellos casos en los que se advierte un rompimiento de los lazos parentales y efectivos entre el sujeto activo y pasivo, o en aquellos casos en los que este tipo de vínculos nunca han existido[640];

---

de culpabilidad, es indispensable, para que pueda hablarse de parricidio, la real existencia de las relaciones de solidaridad y afectos entre los parientes envueltos en el hecho.

[640] En efecto, habíamos sostenido que el Juez debe analizar, la real existencia de una relación social del nexo parental, además de la prueba del vínculo civil y del conocimiento de este por parte de su autor, ya que si esta realidad

estando a la razón añadida sobre la vulnerabilidad de la víctima y el accionar aleve del agente, consideramos que la agravante está presente en todos los casos en que existe, se mantiene o existió esta relación parental o de convivencia; habiendo sido esta la razón por la que se ha modificada la norma penal para ampliar el contenido del parricidio en nuestro medio, tal como veremos más adelante.

2.4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al igual que el homicidio simple, el bien jurídico protegido es la vida humana independiente, solo que específicamente la vida de un sujeto especialmente vinculado al agente del delito.

2.5. TIPO OBJETIVO

La conducta típica está descrita por el verbo "matar", esto es, quitar la vida de cualquier modo a una persona; es la misma que en el delito de homicidio simple, la única diferencia con este tipo es que debe tratarse de un ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, del cónyuge, concubina o concubino.

2.5.1. SUJETOS

El tipo penal al exigir una calificación especial del sujeto pasivo determina también que el sujeto activo responda a dicha calificación.

---

social no existe, la aplicación de esta agravante carecería de justificación. Habiendo precisado que no concurre la agravante en el caso de la mujer que da muerte a su cónyuge, quien presionado por sus padres contrajo matrimonio con dicha mujer, únicamente con la finalidad de acrecentar la fortuna familiar, abandonando a su mujer al poco tiempo, pues en este caso, entre ambos, no ha existido ningún tipo de relación social y afectiva que fundamente una mayor reprochabilidad de la conducta; igualmente, que en aquellos casos en que lo hijos han sido víctimas de maltratos incesantes y crueles durante toda su vida por parte de sus padres, lo que ha provocado el rompimiento de toda relación afectiva y solidaria. Obviamente, en la presente edición, estando a la nueva concepción del parricidio en nuestro medio, variamos nuestra posición inicial.

a) Ascendientes y descendientes (naturales)

Los sujetos activo y pasivo, es decir los protagonistas en este delito están determinados en función del parentesco consanguíneo que en *línea recta* existe entre ambos; es decir, comprende a padres, hijos, abuelos, nietos, bisabuelos, bisnietos, etc., no interesando que los descendientes hayan sido procreados dentro del matrimonio o fuera de este, ni que hayan sido o no reconocidos; sin embargo, se excluyen del tipo penal a los parientes consanguíneos colaterales como los hermanos, tíos, sobrinos, así como a los parientes por afinidad (cuñados, suegros, etc.).

Este elemento del tipo penal constituye un elemento descriptivo ya que se refiere a una situación de hecho natural, por lo cual no constituiría una circunstancia prejudicial la inexistencia de una resolución del fuero civil que declare, por ejemplo, la paternidad del agresor, pues el Juez Penal es autónomo para determinar, por los medios científicos que crea adecuados, la relación de parentesco consanguíneo, sin sujeción a las limitaciones que se encuentran en la legislación civil[641]. Es decir, esta cuestión es completamente independiente a lo declarado por el Juez Civil; así por ejemplo, si se declara de manera automática la paternidad del agresor al no haberse opuesto dentro del término legal al requerimiento de quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad -conforme se dispone en el art. 1° de la Ley

[641] GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 154-155; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 56, al respecto señala que: "El que reconoce al nacido como hijo suyo puede haberlo hecho por las más nobles causas (...) En el campo civil este acto por motivos de organización social es irrevocable; pero en el campo penal, en nuestro parecer, ello no es así y la calificación del delito será exclusiva función de la prueba filiativa y troncal correspondiente"; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 115, respecto a los hijos alimentistas señala que: "Corresponde a la administración de justicia penal, en nuestro concepto, hacer una investigación exhaustiva cuando el asunto así lo requiera a fin de esclarecer la realidad (el hecho) del vínculo consanguíneo, aun cuando el derecho familiar permita que se presuma formalmente la existencia del parentesco (caso de paternidad no contestada), o que se le tenga como inexistente (caso del hijo alimentista)

N° 28457-, esta declaración no puede vincular al Juez Penal, quien, como hemos referido, podrá utilizar los medios científicos que estime conveniente para determinar de modo real el vínculo consanguíneo existente entre el homicida y su víctima.

Por consiguiente, si se llega a establecer que la víctima no era hijo del homicida, pese a que este actuó en la creencia de haber dado muerte a su hijo por haber sido engañado, estaremos frente a un parricidio imposible, lo cual obviamente no descarta la comisión del homicidio simple, sea consumado o en grado de tentativa, o ante un delito de asesinato.

b) Ascendiente o descendiente adoptivo

Se trata de un elemento normativo del tipo; pues requiere de un juicio de valor referido a la norma que nos indique cuándo estamos ante tal situación, y a diferencia del supuesto anterior, el Juez Penal no es autónomo ni independiente respecto a la existencia o validez del vínculo adoptivo, estando supeditado a lo que pueda resolverse en la vía civil o lo que ya se haya resuelto por alguna otra autoridad. En efecto, en la vía penal no se puede discutir la validez de la adopción, esta existe y sigue vigente mientras no se declare su invalidez en la vía civil; sin embargo, la determinación de la validez o invalidez de la adopción no constituye una cuestión prejudicial, ya que no se trata de establecer el carácter delictuoso del hecho que se imputa, aunque debe reconocerse sus efectos de cara a establecer la correcta tipificación del hecho que se imputa.

Atendiendo a esto último, la nulidad del vínculo adoptivo tiene efectos retroactivos descartando el parricidio, puesto que, si se ha declarado la nulidad de la adopción, es porque se ha comprobado la existencia de una causal que ha impedido que la adopción sea realmente tal y que surta los efectos legales propios de dicha la institución. Así, si se declara la nulidad de la adopción antes de que se emita sentencia, o en sede recursal, los hechos deberán ser reconducidos a la figura del homicidio simple; sin embargo, si ya existe sentencia firme por parricidio, la única opción que tendría la defensa sería plantear la revisión de la sentencia en aplicación extensiva del inc. 5 del art. 361° del Código de Procedimientos Penales.

Para el supuesto de la anulabilidad de la adopción, autores nacionales han distinguido tres supuestos, teniendo en cuenta la oportunidad en el que se interpone la respectiva demanda, así: 1) Si la demanda se interpone antes de la comisión u omisión del ilícito, y es amparada, sus efectos se retrotraen, descartando el parricidio; si en cambio se interpone 2) después de cometido el hecho ilícito los efectos de la sentencia son *ex - nunc*, esto es, a partir de la sentencia, por consiguiente se configura el tipo de parricidio por cuanto el agente actuó "a sabiendas" de la existencia del vínculo parental; y obviamente 3) si no se interpone la demanda a pesar de tener conocimiento de alguna causal de anulabilidad, el vínculo parental subsiste, y por tanto, estaremos frente al delito de parricidio[642].

Por nuestra parte consideramos que esta posición es errónea, ya que la declaración de nulidad de un acto anulable, conforme a nuestro ordenamiento civil, elimina sus efectos, no desde la interposición de la demanda, ni desde que la resolución queda consentida, sino desde la celebración del acto jurídico; es decir, los efectos del acto anulable declarado judicialmente nulo se retrotraen al momento de su celebración, es como si nunca hubiera existido; tal como lo señala el artículo 222° del Código Civil (efecto retroactivo de la sentencia); en tal sentido, si la nulidad se declara posteriormente a la expedición de la sentencia que condena por parricidio, esta deberá ser revisada, por cuanto el tipo de parricidio exige el vínculo parental generado por la adopción, si este vínculo desaparece porque se declaró nula la adopción no hay parricidio por más que el agente haya actuado "a sabiendas", pues estaremos ante un delito imposible.

Por último, cabe precisar que aquel que da muerte a su hijo consanguíneo, o viceversa, después de haberse producido la adopción, no incurre en parricidio, sino en homicidio, ya que de conformidad

[642] VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 63; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 122-123, debiendo precisarse que las anotaciones que hace este último autor al respecto, es atinente al matrimonio y no a la adopción.

con el art. 377° del Código Civil y 115° del Código de los Niños y Adolescentes, el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea. En esta misma línea, no hay mayor inconveniente en calificar de parricidio, la muerte que ocasiona el hijo adoptivo de su ascendiente adoptivo o de los ascendientes de este, o viceversa.

c) Cónyuge

Se trata también de un elemento normativo del tipo, siendo aplicable de modo análogo lo señalado para el caso de la adopción. Cabe precisar que conforme a nuestra legislación civil solo la declaración de nulidad del matrimonio y el divorcio excluyen la relación parental, mientras que la separación de cuerpos ya sea de hecho o judicial no excluye dicha relación pues dejan subsistente el vínculo matrimonial.

La subsistencia o preexistencia del matrimonio a efectos de la configuración del parricidio era fundamental conforme a la legislación anterior, pues, si el matrimonio hubiese decaído, este delito ya no se configuraba. Con la legislación actual (a partir de la modificación introducida por la Ley N° 30068 y ratificada por la Ley N° 30323) la subsistencia del matrimonio ya resulta irrelevante, puesto que la norma estipula que también el delito se comete cuando el agente mata a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal (o de convivencia); lo que quiere decir que aun cuando se haya producido el divorcio o la nulidad del matrimonio, ello no es óbice para que se cometa el delito de parricidio.

En la anterior edición de este trabajo, habíamos entrado en la discusión de los supuestos en que se produce la separación de cuerpos, el divorcio o la nulidad del matrimonio, actualmente con la modificación esto ya no tiene relevancia para efectos de la configuración del delito de parricidio[643].

[643] En efecto, habíamos sostenido: "El parricidio en este supuesto se da desde el inicio del matrimonio hasta el término del mismo. Al respecto se debe precisar que el matrimonio civil comienza con la inscripción de la unión

En efecto, habíamos sostenido que el parricidio se daba desde el inicio del matrimonio hasta el término del mismo; añadiendo que el matrimonio civil comienza con la inscripción de la unión matrimonial en el Registro Civil, y termina con la resolución mediante la cual se declara el divorcio o la nulidad del mismo, luego de la cual ya no era posible la configuración del delito de parricidio.

Asimismo, habíamos precisado que es necesario diferenciar los casos de divorcio de los de la nulidad del matrimonio, puesto que en el caso del divorcio hay un matrimonio válido, y la declaración del divorcio solo tendrá efectos luego de que es declarado judicialmente por un sentencia firme y debidamente inscrita en los registros correspondientes; esto es, se configurará el parricidio si todavía no se había declarado el divorcio aun cuando la causal por la cual se seguía el divorcio esté debidamente acreditada o sea evidente. En cambio en el caso de la nulidad del matrimonio si se declarara la nulidad del matrimonio, esta operaría retroactivamente por lo que aun cuando el hecho parricida se hubiera perpetrado antes de la declaración de nulidad, al declararse esta, y al surtir efectos retroactivos, negará el

---

matrimonial en el Registro Civil, y termina con la resolución mediante la cual se declara el divorcio o la nulidad del mismo".
Asimismo, habíamos precisado que es necesario diferenciar los casos de divorcio de los de la nulidad del matrimonio, puesto que en el caso del divorcio hay un matrimonio válido, y la declaración del divorcio solo tendrá efectos luego de que es declarado judicialmente por un sentencia firme y debidamente inscrita en los registros correspondientes; esto es, se configurará el parricidio si todavía no se ha declarado el divorcio aun cuando la causal por la cual se seguía el divorcio esté debidamente acreditada o sea evidente. En cambio en el caso de la nulidad del matrimonio si se declarara la nulidad del matrimonio, esta operaría retroactivamente por lo que aun cuando el hecho parricida se hubiera perpetrado antes de la declaración de nulidad, al declararse esta, y al surtir efectos retroactivos, negará el parricidio; criterio que debe aplicarse aunque exista una sentencia firme por delito de parricidio, debiendo adecuarse el tipo penal, a través de la correspondiente demanda de revisión. En el mismo sentido, habíamos precisado que durante la separación de cuerpos, al subsistir aún el matrimonio, no había problema para la configuración del delito de parricidio.

parricidio; criterio que debe aplicarse aunque exista una sentencia firme por delito de parricidio, debiendo adecuarse el tipo penal, a través de la correspondiente demanda de revisión. En el mismo sentido, habíamos precisado que durante la separación de cuerpos, al subsistir aún el matrimonio, no había problema para la configuración del delito de parricidio.

Es decir, habíamos precisado que en el caso de la nulidad del matrimonio, como quiera que los efectos de esta opera retroactivamente, borrando la propia existencia del matrimonio, no era posible que se configure el delito de parricidio. A la fecha, estando a las modificaciones introducidas, aun en los casos de nulidad del matrimonio, no hay impedimento para la configuración de este delito, puesto que aun cuando la nulidad del matrimonio priva de todo efecto a este, ello no impide que haya existido una relación de convivencia que igualmente con determina la configuración del parricidio; salvo que, en este caso, el matrimonio no hubiera producido materialmente la relación convivencial, en cuyo caso no habrán surgido los deberes especiales de protección y solidaridad propios de la convivencia o relación conyugal, así como tampoco se habrá generado una situación de acercamiento entre el agente y la víctima idónea para establecer una relación de confianza, capaz de poner en una situación de vulnerabilidad a la víctima del delito.

Finalmente, es necesario precisar que en el caso de los cónyuges que han contraído matrimonio en el extranjero, lo único que debe tenerse en cuenta es que la forma del matrimonio, a los efectos de establecer la calidad de cónyuge, de acuerdo al artículo 2076° del Código Civil, se rige por la ley del lugar de su celebración. De esta manera, si en el país donde se contrajo matrimonio, el religioso tiene plenos efectos jurídicos, no hay inconveniente en calificar de parricidio la causación de la muerte de uno los cónyuges por parte del otro[644].

[644] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 298.

d) Concubino o conviviente

Nuestro Código Penal, a diferencia del Código Penal de Colombia -donde se agrava el homicidio del "compañero o compañera permanente"-, no abarca cualquier unión de hecho, sino de aquella que por su naturaleza y sus fines, pueda sustentar al menos ciertos deberes positivos entre un hombre y una mujer, como es el caso del concubinato, que goza de reconocimiento constitucional (Art. 5° de la Constitución Política).

Al igual que en los supuestos anteriores se trata de un elemento normativo[645], por lo cual debemos recurrir a la norma civil (art. 326° del Código Civil), donde se establecen los requisitos necesarios para la existencia del concubinato; esto es, debe existir una unión voluntaria entre varón y mujer, cuya duración sea de por lo menos dos años. Por consiguiente, se descarta del ámbito del parricidio aquellas uniones de hecho iniciadas con violencia o intimidación[646], o en las que no ha existido una manifestación de voluntad válida por alguno de los concubinos. Asimismo, se exige que no exista impedimento matrimonial; esto es, que no estemos ante ninguna de las causales establecidas en el artículo 241° y 243° del Código Civil. Igualmente, se exige que con la unión de hecho se pretenda alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes al matrimonio[647]. Por tal razón, no es parricidio

---

[645] También puede sostenerse que se trata de un elemento natural o descriptivo y no uno propiamente normativo, y que el fundamento de la agravación, es en general el de protección que impone la convivencia, buscándose evitar comportamientos alevosos facilitados por la cercanía y confianza generada por la relación convivencial, la misma que es defraudada por el agente del delito. Sin embargo, estando a la exigencia del principio de legalidad y taxatividad, resulta más acertado considerar al concubino como un elemento normativo.

[646] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 299.

[647] "Si bien el colegiado, al expedir la sentencia materia de grado, condena por el delito de parricidio, resulta de autos que se infiere y establece que la relación sentimental que mantenía el encausado con la agraviada solo tenía una duración aproximada de tres meses y no de dos años, como exigen

la muerte de la amante o de la "querida", ni de aquella o aquel con quien únicamente se mantiene regularmente relaciones sexuales[648]; lo cual obviamente, no impide que se configure el delito de feminicidio conforme al artículo 108°-B del Código Penal.

Asimismo, se debe puntualizar que, si bien la continuidad de la relación convivencial puede aceptar ciertos períodos de intermitencia, lo que interesa es que esta haya durado por lo menos dos años continuos, y que la muerte de uno de los concubinos se haya producido, precisamente, dentro de la actualidad de esta relación convivencial.

Finalmente, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 30068 y la Ley N° 30323, no interesa si la situación de convivencia se mantiene a la fecha de los hechos o si esta ya ha concluido, lo único que interesa es que esta haya existido y que ello haya propiciado el acercamiento del agresor a la víctima, siendo de aplicación los criterios esbozados para el caso del cónyuge.

e) Persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia

Las modificaciones establecidas por las normas antes anotadas han introducido esta denominación en lugar de la denominación anterior *"cónyuge o concubino"*. En realidad los sujetos comprendidos en esta frase son los mismos, esto es, se trata del cónyuge o del concubino, lo único que se añade es que no interesa si la relación conyugal o convivencial ya se ha extinguido (por divorcio, nulidad del matri-

---

los arts. 5 de la Constitución y 26 del Código Civil, por lo que no existe la relación de parentesco necesaria para que se pueda configurar el delito referido" (Resolución recaída en el Exp. La Merced – Chanchamayo Junín 4683-99, de fecha 10 de enero del 2000 en CARO CORIA, Dino Carlos: *Código Penal. Actuales Tendencias Jurisprudenciales de la Práctica Penal.* Gaceta Jurídica, Lima, 2002. *Ob. Cit.* p. 269).

[648] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 300.

monio o por separación) o se mantiene vigente. Pues, aun cuando el matrimonio o la convivencia ya se hayan extinguido, de todos modos se configura el parricidio.

Obviamente, es necesario que los hechos se hayan realizado en el marco o contexto material o circunstancial generado por la relación (existente o fenecida) matrimonial o convivencial, de lo contrario no estarán presentes los fundamentos de la agravación y la aplicación del tipo penal resultaría arbitraria. En efecto, no estaremos ante el parricidio, si por ejemplo, los hechos se producen en ocasión en que el agente del delito entra a robar en una tienda y al sentirse reconocido dispara a matar a todos los asistentes y entre ellos se encontraba su conviviente o exconviviente.

f) Criterios probatorios

Si bien se trata de una cuestión procesal, es importante señalar los criterios que debemos tomar en cuenta a fin de establecer la existencia del vínculo entre ascendientes y descendientes, entre adoptante y adoptado, y entre cónyuges y concubinos.

A este respecto nuestros operadores jurisdiccionales han asumido posiciones opuestas, así por ejemplo, se ha sostenido que: "... *para establecer el delito de parricidio no basta que el autor del delito sepa que la víctima es su ascendiente, descendiente o cónyuge, sino que debe probarse el vínculo familiar con la respectiva partida de los Registros del Estado Civil o con los instrumentos públicos donde conste la filiación, por consiguiente la confesión del reo, testimoniales o cualquier otro elemento resultan insuficientes*"[649]; mientras que en otras se señala que "... *procede modificar la sentencia impugnada respecto de la tipificación del delito, debiendo considerarse el hecho como parricidio por*

[649] Resolución recaída en el Exp. La Merced – Chanchamayo Junín 4683-99, de fecha 10 de enero del 2000 en CARO CORIA, Dino Carlos. *Código Penal. Actuales Tendencias Jurisprudenciales de la Práctica Penal.* (Gaceta Jurídica: Lima, 2002). p. 269; También HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 41.

el hecho de que en ningún momento se haya puesto en duda el vínculo consanguíneo entre el culpable y la víctima, a pesar de que no exista la certificación de dicho vínculo"[650].

Al respecto, por nuestra parte, consideramos que la simple confesión del homicida o su falta de oposición, no son suficientes para acreditar el vínculo parental, siendo necesario eldocumento acreditativo correspondiente, aun cuando no puede descartarse pruebas científicas, como el ADN, en casos que fuese pertinente; si a pesar de ello se mantiene la duda sobre el parentesco se aplicará el principio *in dubio pro reo* y aplicarse únicamente la norma correspondiente al homicidio simple.

El vínculo consanguíneo entre ascendiente y descendiente, en principio se acreditaría con la partida de nacimiento o la resolución judicial de filiación; en caso de duda sobre el documento o ante la inexistencia de estas, como se ha indicado, debe actuarse o solicitar los testimonios y pericias pertinentes (vg., prueba de ADN), para acreditar dicho vínculo natural.

En el caso del vínculo matrimonial, este se verifica con la partida de matrimonio o con una sentencia judicial (vg., Art. 271° del Código Civil: "Si la prueba del matrimonio resulta de un proceso penal, la inscripción de la sentencia en el registro de estado civil tiene la misma fuerza probatoria que la partida"); ante la inexistencia de dichos instrumentales, el vínculo matrimonial debe ser probado con cualquiera de los medios probatorios permitidos por nuestra ley procesal, siendo admisible la utilización de los sucedáneos probatorios, conforme a las normas del Código Civil (arts. 270°, 272° y 273°).

En lo que respecta al parentesco por adopción la prueba se verifica mediante la sentencia correspondiente, la respectiva inscripción en el Registro Civil o la partida de nacimiento del adoptado; y ante la

[650] Resolución de fecha 01 de junio de 1999 en CARO CORIA: *Ob. Cit.* p. 269.

inexistencia de dichas instrumentales, al igual que en el matrimonio, nos parece admisible la utilización de los sucedáneos probatorios (así por ejemplo la constancia expedida por el Registro Nacional de Adopciones –Art. 120° del Código de Niño y Adolescente- puede conducir al Juzgador a la certeza de la existencia de la adopción).

Finalmente, la prueba del concubinato, en lo atinente a sus requisitos, puede verificarse con cualquier medio probatorio que permite nuestra Ley Procesal.

2.5.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Consiste en matar, pudiendo dicha conducta ser comisiva u omisiva; en este último caso se consideran los supuestos de comisión por omisión.

2.5.3. SUPUESTOS AGRAVADOS

Las últimas modificaciones introducidas por las normas anotadas han establecido la configuración de tipos de parricidio agravados cuando se presentan las circunstancias agravantes previstas para el asesinato (Artículo 108° del Código); esto es, cuando las acciones configurativas del delito de parricidio se realizan mediando ferocidad, codicia, lucro o por placer; o cuando se producen para facilitar u ocultar otro delito; asimismo, cuando se realizan mediando gran crueldad o alevosía; y finalmente, cuando para concretar el parricidio el agente se vale del uso de fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas. Obviamente estos casos son especialmente graves y por ello se ha establecido una pena agravada de 25 años de pena privativa de libertad.

Esta modificación resultaba pertinente, puesto que antes de la modificación era dura la discusión respecto a la configuración de este tipo de hechos, y en general eran considerados únicamente como asesinato, y solo en algunos casos se consideraba como circunstancia agravante del asesinato, el hecho que la víctima sea ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino del agente; con lo cual realmente

existía una especie de impunidad o desproporcionalidad de la pena, ya que en la mayoría de los casos los elementos configurativos del parricidio no eran tomados en cuenta, pues, se resolvía el caso como un simple homicidio simple que se agravaba solo por la circunstancia configurativa del asesinato.

2.5.4. CASO ESPECIAL DE INHABILITACIÓN

También con las modificaciones anotadas se ha establecido que si el agente tuviera hijos con la víctima, además se le impondrá la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36° del Código Penal, esto es, la incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, respecto de sus hijos; potestades que deberán quedar a cargo de los familiares de la víctima, sean estos padres, abuelos o hermanos de esta; igualmente podrán quedar al amparo de los hijos mayores de la víctima si es que lo hubiera. Excepcionalmente, podrían quedar bajo la guarda de los ascendientes del agente del parricidio, si es que estos estuvieran fuera del ámbito de influencia del agresor. Ello resulta razonable si se tiene en cuenta que la influencia del agente sobre sus familiares crearía un ambiente poco propicio para el libre y normal desarrollo material y moral de los menores agraviados.

2.6. TIPICIDAD SUBJETIVA

La presente figura penal es imputable a título de dolo. La utilización del término "a sabiendas", implica que se exige un tipo especial de dolo, esto es el dolo directo, tal como lo ha señalado la doctrina nacional y extranjera; precisándose que este término "a sabiendas" abarca únicamente al conocimiento de la existencia del parentesco o de que se trata de un sujeto pasivo previsto por la norma penal; esto es, si el agente solo se representa una probabilidad de que se trata del sujeto pasivo en cuestión, ello no será suficiente para que se configure el delito de parricidio. Lo cual, obviamente, no impide que pueda configurarse el dolo eventual referido al conocimiento de otros elementos objetivos (descriptivos o normativos) del delito.

2.6.1. ERROR

Se presentan varios supuestos de error, tales como:

Error in Personam.- Error en la persona a quien se tiene la intención de matar; Ejem:

- Silvio pretende matar a María que es su hermana, pero por confusión mata a su madre. En este caso nos encontramos ante un delito de homicidio simple, por cuanto en primer término la condición de hermano no es subsumible dentro del delito de parricidio, y la intención del agente no estuvo dirigida a atentar contra la vida de su madre.
- Mario pretende matar a su padre, pero por error mata a su abuelo. En este caso el autor deberá responder por el delito de parricidio, porque el error respecto al ascendiente (padre o abuelo) resulta irrelevante porque en ambos casos estamos ante la conducta parricida.
- Ricardo pretende matar a su abuelo, pero por error mata a un extraño. En este caso el autor deberá responder por homicidio simple; pues, estaremos ante un caso de absoluta inidoneidad del objeto del delito.

Aberratio Ictus.- En la cual se yerra en la dirección del ataque. Ejemplos:

- Silvio dispara contra Fabián, pero por un defecto en la ejecución del disparo atenta contra la vida de su padre. El error existente determina la existencia de un concurso ideal entre una tentativa de homicidio simple y un homicidio culposo.
- Mario pretende matar a su padre, pero la acción recae sobre un tercero. El autor deberá responder en este caso por tentativa de parricidio en concurso ideal con homicidio culposo.
- Ricardo pretende matar a su abuelo, pero por error mata a su padre. En este caso el autor deberá responder por el de tentativa de parricidio en concurso ideal con un homicidio culposo.

2.7. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Al ser el parricidio un tipo penal de resultado material, se admite la tentativa, conforme se ha podido verificar de los ejemplos antes expuestos.

2.8. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Al ser el parricidio un delito que exige una calificación especial del agente –razón por la cual se considera que se trata de un delito especial impropio-, debido al vínculo de parentesco, sea natural o jurídico, que tiene el agente con el sujeto pasivo, las formas de autoría y participación son problemáticas.

La doctrina distingue entre *intraneus* –ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino– y *extraneus* –tercero que participa en el delito de parricidio–; y estando a que la calidad de pariente del autor es uno de los caracteres del injusto, esta cualidad es transmisible al partícipe, la incomunicabilidad solo funciona para imputar la autoría en un delito especial, sea propio o impropio[651]; en tal sentido el *extraneus* responderá como partícipe de un delito de parricidio; la tesis opuesta, esto es que el *extraneus* responda únicamente por el delito de homicidio implicaría el rompimiento del principio de accesoriedad, pues se estaría dividiendo el hecho principal, creándose artificialmente dos tipos de injusto. De esta manera, si A colabora o instiga al hijo para que mate a su propia madre, A responderá como instigador o partícipe del delito de parricidio cometido por A. A esta conclusión arribamos en aplicación de la teoría de la *unidad del título de la imputación* en la participación, dejando de lado la teoría de la *ruptura del título de imputación.*

---

[651] Al respecto deben dejarse de lado los criterios establecidos por la Corte Suprema respecto a la atipicidad de la participación del *extraneus,* tal como lo hemos señalado en la parte general de este trabajo; sobre todo, si tenemos en cuenta las importantes posiciones doctrinarias que se han levantada en contra de los mismos y que los propios autores de estos criterios, a la fecha han dado marcha atrás.

Sin embargo, si A colabora o instiga al homicidio de su propia madre (de A) responderá, no como un mero colaborador, sino como autor del delito de parricidio. Puesto que en este caso, no estamos ante un delito de simple dominio, sino ante un delito de infracción de deber, cuyo reproche penal se fundamenta en la infracción de deberes especiales que nacen de instituciones positivas como la relación de padres e hijos, matrimonio, concubinato, y de confianza especial, en las cuales el deber se dirige a un obligado especial, y no se trata del deber general de "no dañar" a los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes jurídicos que se encuentran dentro de la esfera jurídica del sujeto especialmente vinculado por las instituciones anotadas. Bajo esta premisa, el obligado especial –padre, cónyuge o concubino- responde siempre como autor y no como partícipe; por consiguiente, todos los actos que realice el obligado especial que deriven en una lesión de un bien que él está llamado a proteger, le generan una responsabilidad a título de autor. Así, por ejemplo, la madre que proporciona un arma de fuego a un tercero para que este mate al hijo de aquella, responde como autora del delito de parricidio, ya que está incumpliendo su deber especial de proteger los bienes jurídicos de su hijo frente al ataque de terceros, no resultando relevante cuál haya sido o quién haya tenido el dominio del hecho[652].

---

[652] SANCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier: *Atribuciones Normativistas en el Derecho Penal.* Grijley, Lima, 2004. pp. 39-40, de modo ilustrativo al respecto señala que: "... cuando se infringe un deber especial, es indiferente la forma mediante la que se infrinja, por acción, por omisión, mediante cooperación, complicidad o inducción, etc., o se cumple con el deber o no se cumple, *tertium non datar.* Si se incumple induciendo a otros a dañar el bien jurídico, o colaborando con ellos, o simplemente no impidiendo que otros dañen ese determinado bien, en todo caso, se incumple (...). La madre tiene un deber positivo de cuidado respecto de su hijo en virtud de la institución de la patria potestad. Por ello responde como autora de un homicidio si le deja morir de hambre (omisión). Pues bien, si esto es obvio y aceptado unánimemente en la doctrina, no se puede serlo menos cuando no solo se omite, sino que además se colabora (es decir, también se omite el cuidado); por ejemplo facilitando un arma homicida al asesino de su hijo (de la madre), ella también deberá responder como autora: aquí

2.9. CONCURSO

En este punto los problemas más relevantes se presentan en relación al posible concurso con un delito de infanticidio, de homicidio a petición y de asesinato.

Respecto al delito de infanticidio la norma configurativa de este delito constituye ley especial respecto al delito de parricidio por lo que desplaza a la norma correspondiente al delito de parricidio.

Más discutible es su relación con el delito de homicidio a petición; sin embargo, consideramos que en estos casos debe descartarse el delito de parricidio, porque en el homicidio a petición la actuación piadosa que determina la muerte de la víctima, tiene fundamento en los lazos afectivos existentes entre la víctima y el homicida, los cuales son más fuertes cuando emanan de un estrecho vínculo de parentesco o de matrimonio, por consiguiente, si la ley toma en cuenta este vínculo para atenuar excepcionalmente el homicidio, no puede a la vez, tomarlo como una agravante -efecto oclusivo del tipo penal benigno-.

En lo referente al concurso con el delito de asesinato que se discutía arduamente antes de las últimas modificaciones, este tema ha quedado fuera de discusión, puesto que a la fecha el problema se ha resuelto normativamente, al haberse considerado a las agravantes que configuran el asesinato respecto del homicidio simple, igualmente como agravantes del parricidio. En tal sentido, si estamos frente un supuesto configurativo de asesinato, pero a la vez el sujeto pasivo es un ascendiente o descendiente, o el cónyuge o excónyuge, o el conviviente o exconviviente, estaremos simplemente ante el delito de parricidio y no de asesinato, descartándose todo tipo de concurso.

---

omite el deber de cuidado como en el primer caso (deja morir al hijo), y además ayuda a destruir el bien jurídico (facilita el arma), por lo que su responsabilidad como autora es, aun si cabe, más clara".

3. HOMICIDIO CALIFICADO (ASESINATO)

Art. 108°: *"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años, el que mata a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:*

1. *Por ferocidad, codicia, lucro o por placer;*
2. *Para facilitar u ocultar otro delito;*
3. *Con gran crueldad o alevosía;*
4. *Por fuego, explosión o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas".*[653]

3.1. ANTECEDENTES Y CAMBIOS LEGISLATIVOS

Es antecedente del presente tipo penal el artículo 152° del Código Penal de 1924, el mismo que sufrió varias modificaciones en virtud a los Decretos Leyes N° 10976, 18968 y 19910, hasta que llegamos al Código Penal de 1991, que igualmente tuvo varias modificaciones hasta llegar a la última introducida por la Ley N° 30253, publicada el 24 octubre 2014. Estas normas establecieron para este delito desde la pena de muerte, la pena de internamiento hasta que finalmente se ha introducido la pena privativa de libertad.

---

[653] Artículo modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 30253, publicada el 24 octubre 2014.

A diferencia de lo previsto en el art. 152° del C.P de 1924, el Código Penal de 1991 cambia el término perfidia por el de alevosía; asimismo, en cuanto a los elementos constitutivos del asesinato, con una mejor técnica legislativa, los separa en cuatro incisos, incluyendo en el último, la muerte ocasionada por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas, elementos que en el texto anterior se hallaban regulados en el inciso tercero junto a la perfidia, la crueldad y el veneno.

Mediante el Art. 1 de la Ley N° 28878 del 17 de agosto de 2006, se introdujo como modalidad de asesinato, la muerte de un miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones. Supuesto que finalmente ha sido modificado por la Ley N° 30253, la misma que considera este supuesto como un delito independiente y ha eliminado el "uso de veneno" como una de las modalidades de asesinato, que estaba previsto expresamente en la normatividad anterior.

3.2 AUTONOMÍA DEL ASESINATO

Es bastante debatido el tema relativo a la autonomía del delito de asesinato, existiendo, sobre todo en nuestro medio, dos posturas al respecto, una que niega su autonomía y otra que la afirma. Por nuestra parte consideramos, que el asesinato constituye un tipo derivado (cualificado) del tipo de homicidio[654], que por lo demás es la posición que ha asumido en forma unánime nuestros operadores jurisdiccionales cuando han tenido la oportunidad de pronunciarse[655]; a partir

[654] En nuestro medio sustentan la autonomía del asesinato respecto del homicidio CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 346-350; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 88; BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 51. Niegan su autonomía: ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 130; VILLAVICENCIO TERREROS: *Ob. Cit.* p. 41 ss.; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 100; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* pp. 47-48.

[655] Así por ejemplo se dice: "que para un correcto análisis de la pena prevista

de ello, obviamente, se puede asumir que no tendría una autonomía propia, sin embargo, se puede apreciar que tiene características que le dan cierta identidad que lo diferencia del delito de homicidio simple, lo que justifica su configuración y tratamiento distinto.

3.3. FUNDAMENTO DE LA AGRAVACIÓN

En cuanto a las razones que fundamentan su gravedad, la conclusión varía de acuerdo a las circunstancias que califican el asesinato, ya que algunas de ellas revelan un mayor contenido del injusto, mientras que otras, una mayor culpabilidad del agente.

3.4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la vida humana independiente[656].

---

por el artículo 108° del Código Penal, debemos considerar que el supuesto fáctico previsto por este artículo es un tipo penal agravado, configurado a partir del supuesto básico del homicidio simple, contenido en el artículo 106° del Código Penal, al mismo que se le han añadido una o varias circunstancias agravantes que implican un mayor grado de reproche penal y consecuentemente una mayor pena". Extracto glosado de la sentencia expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal Para Procesos con Reos en Cárcel, recaída en el Exp. N° 410-02, de fecha 12 de febrero del 2003, confirmada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el R. N. N° 1249-03 con fecha 12 de julio del 2003, en la que además se señala "que a efectos de sustentar la pena impuesta en el presente caso es necesario realizar una interpretación literal y teleológica del artículo 108° del Código Sustantivo, del cual se desprende que el asesinato es una especie agravada del delito de Homicidio por la circunstancias que encierra la muerte de la víctima, por ello el legislador fijó quince años como pena mínima".

[656] Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 540-2005 – Apurímac, de fecha 25 de mayo del 2005: "Que, asimismo, conviene precisar, al contrario de lo que se expresa en la recurrida, que la naturaleza del bien jurídico protegido en el delito de asesinato no se relaciona con la condición de feto concebido, en tanto que éste carece de entidad propia de persona, aun cuando tenga características vitales, no siendo por tanto pasible de perjuicio en el ámbito del referido ilícito penal".

3.5. ELEMENTOS DEL TIPO

3.5.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

El presente tipo penal no exige ninguna calificación especial del autor o de la víctima, por lo que puede ser sujeto activo y pasivo de este delito, cualquier persona (*delito común*).

El tipo no requiere ninguna vinculación especial del agente con el sujeto pasivo, a diferencia del delito de parricidio. Sin embargo, existe una forma especial de asesinato introducido por la Ley N° 28878, que considera una condición especial referida al sujeto pasivo: su pertenencia a la Policía Nacional del Perú, a las Fuerzas Armadas, o ser Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. Supuesto que con anterioridad estaba comprendido en el artículo del asesinato u homicidio calificado y que actualmente con la Ley N° 30253 se considera una modalidad de asesinato especial.

3.5.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

La conducta típica consiste en matar a otra persona, concurriendo cualquiera de las circunstancias descritas en el tipo penal *sub examine*, siendo válidas en este punto, las conclusiones a las que se arribó al analizar el delito de homicidio.

La posibilidad de que este delito pueda ser cometido mediante comisión por omisión es dogmáticamente debatible, como se verá al tratar cada una de las modalidades de asesinato.

3.5.3. TIPO SUBJETIVO

En este punto, resulta relevante determinar si el asesinato puede ser cometido con dolo eventual, ya que la doctrina de modo mayoritario entiende que este delito solo puede ser cometido con dolo directo[657],

[657] BUSTOS: *Ob. Cit.* p. 24; CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 734; COBO-ROSAL BLASCO: *Ob. Cit.* p. 756; GONZÁLES RUS: *Ob. Cit.* p. 52; GRACIA: *Ob. Cit.* p. 135; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 52; QUERALT: *Ob. Cit.* p. 18; RODRÍGUEZ RAMOS: *Ob. Cit.* p. 50.

solo algunos autores han defendido la posibilidad del dolo eventual en una estructura de dolo directo respecto a la circunstancia y dolo eventual respeto a la muerte[658].

MAPELLI CAFFARENA considera que el asesinato con dolo eventual es perfectamente posible en el caso que, pese a la concurrencia de las circunstancias, el sujeto actúa sin la seguridad de producir el resultado. Sin embargo, contra esta posición CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSSAC, señalan que la relación medio a fin que exigen todas las circunstancias, impiden su apreciación si el sujeto no actúa con una dirección final de producir la muerte. Así, por ejemplo, en la alevosía se exige que el sujeto utilice aquellos medios que le eviten los riesgos provenientes de la acción defensiva del sujeto pasivo y le aseguren la comisión del hecho delictivo, por lo que, solo una conducta dirigida a la producción de la muerte, podrá ser calificada de alevosa.

Nosotros consideramos que la ejecución del asesinato con dolo eventual es perfectamente posible en todas sus modalidades; pues, si bien cualquier circunstancia agravatoria exige una íntima conexión con la lesión del bien jurídico, esto no implica que deba existir necesariamente una relación finalística. En tal sentido, lo único que se debe exigir es que la circunstancia agravatoria resulte ser la causa de la creación del riesgo jurídico-penalmente relevante. Así, en los casos de alevosía y gran crueldad, no existe mayor inconveniente para admitir el dolo eventual, por ejemplo, el caso de una agresión inopinada y sorpresiva por parte de una mujer despechada, que con el ánimo de producir el mismo dolor que siente por el engaño que ha sufrido, arroja ácido muriático a la cara de la víctima, la que fallece como consecuencia de las quemaduras producidas y por la asfixia e intoxicación de los gases tóxicos emanados por el ácido.

---

[658] MAPELLI CAFFARENA: *Ob. Cit.* p. 463; BACIGALUPO: *Ob. Cit.* p. 48.

3.5.4. CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS QUE CALIFICAN EL ASESINATO

Por la motivación: por lucro, por ferocidad, por placer. *Por la conexión con otro ilícito penal*: para facilitar un delito u ocultar otro delito ya cometido. *Por el modo de ejecución*: la crueldad, alevosía (en este se considera el "veneno" que con anterioridad estaba considerado como medio empleado). *Por el medio empleado*: por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida y la salud de otras personas.

a) Asesinato por lucro

a).1. Fundamento de la agravación

El fundamento de agravación de esta circunstancia cualificante reside en un mayor contenido de culpabilidad del proceso de motivación, que determina al sujeto a causar la muerte de alguien en atención al beneficio lucrativo que pretende alcanzar[659]; con lo que evidencia un desprecio por la vida humana, a tal punto que la pone por debajo de su avidez pecuniaria, revelando una personalidad especialmente peligrosa.

HURTADO POZO de modo ilustrativo señala que: "...la culpabilidad y el carácter ilícito del acto se acentúan por la disposición del agente para matar a una persona por un móvil bajo: obtener una ganancia o provecho económico. El autor manifiesta así un deseo desmesurado de enriquecerse, en el sentido de aprovecharse y no de adquirir una gran fortuna, este deseo le conduce a tener mayor estima a sus intereses económicos que la vida de su prójimo. De esta manera, pone de manifiesto un especial grado de culpabilidad que revela su personalidad peculiar"[660].

---

[659] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 212. Entre notros, VILLAVICENCIO TERREROS: *Ob. Cit.* p. 50; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 375 y 380.

[660] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 56.

a).2. Análisis de la agravante

Según el Diccionario de la Real Academia *"lucro"* significa ganancia o provecho que se saca de una cosa, y lucrar es conseguir lo que uno deseaba, utilizar o sacar provecho de un negocio o encargo; de este modo, matar por lucro implica actuar con la finalidad de obtener una ganancia o provecho. Sin embargo, si se entiende de esta manera al término en cuestión, bastaría con que el agente actúe con la finalidad de obtener cualquier tipo de provecho personal –sexual, honorífico, etc.-, para que esta agravante se configure, lo cual implica una interpretación extensiva en contra del imputado, a la vez que se calificaría el homicidio con cualquier clase de finalidad; con ello se negaría el fundamento que hemos anotado –valoración de la vida por debajo de intereses económicos-. Más aún, debemos tener en cuenta que todo delito de homicidio es realizado con la finalidad de alcanzar algún provecho, por lo que el mayor reproche penal no se justificaría ante esta agravante.

Por esta razón, cualquier móvil no resulta suficiente para cualificar el homicidio, sino aquel que revista connotaciones especiales[661].

---

[661] GRACIA MARTIN: *Ob. Cit.* p. 112, considera que: "Admitir la posibilidad de incluir en la agravante nuevos motivos a los de carácter económico llevaría a determinar en cada caso la especial reprochabilidad de los mismos, lo que crearía una gran inseguridad jurídica. Debería llevar a determinar en cada caso si la promesa de un cargo político, la promesa de matrimonio, la promesa de un favor sexual, etc. constituyen o no móviles viles, y por ello, especialmente reprochables. Por tanto, me parece preferible la opinión dominante de considerar que el precio, la recompensa o la promesa deben tener un contenido económico. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que muchos motivos aparentemente no económicos pueden representar en la realidad un vehículo para la obtención de un lucro, con lo que estando este presente procederá la agravación...". En igual sentido: BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 65, señala que "...La interpretación del precio, recompensa o promesa en un sentido genérico, como cualquier ventaja o provecho, convertiría todos los casos de muerte en asesinatos, ya que, salvo las motivaciones fútiles, en todo homicidio el autor trata de obtener alguna ventaja".

En tal sentido, debemos dejar en claro que *el móvil lucrativo debe ser entendido únicamente como deseo de obtener un provecho económico.*

Con la legislación anterior se consideraba que comete asesinato *"por lucro"*, tanto aquel que actuaba en virtud de *un precio, promesa o recompensa económica a pedido de un tercero,* así como *aquel que actuaba unilateralmente a fin de alcanzar un provecho económico.* Sin embargo, con el establecimiento del delito de *"sicariato"* de modo independiente en la legislación actual, el primer supuesto configurará delito de sicariato y solo el segundo será considerado en esta agravante: móvil *"de lucro"*. Esto es, solo se considera en esta agravante el caso en que el homicida actúa unilateralmente, sin un previo acuerdo ni indicación de otro (precio o recompensa). El agente actúa por sí mismo impulsado por su propio apetito lucrativo.

Por ejemplo, aquel que mata a otro para heredarle u obtener una posesión, para cobrar un seguro, evitar pagar una deuda o librarse de una carga económica, para eliminar a un competidor, economizar gastos de un orfanato, deshacerse de una obligación alimentaria, etc.[662]

---

[662] En este sentido también SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* pp. 91-92; VILLAVICENCIO TERREROS: *Ob. Cit.* p. 52; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* pp. 53-54. CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 379, considera que: "... el móvil del lucro consiste en el matar buscando obtener una ventaja patrimonial o económica ya sea para incrementar el activo o en búsqueda de reducir el pasivo" (muerte al acreedor)". GÓMEZ LOPÉZ, José Orlando. *El Homicidio. Tomo 1.* Temis, Bogotá, 1997. p. 467, pone de ejemplo los crímenes cometidos por Marcel Petiot, entre los años 1942 y 1944, quien haciéndose pasar por un miembro de la resistencia francesa, en la Segunda Guerra Mundial, ofrecía ayuda a sus víctimas para que huyesen del país, sugiriéndoles que lleven sus pertenencias más valiosas, pero cuando los recibía les inyectaba sustancias tóxicas con el pretexto de vacunarlos contra enfermedades infecciosas, así les daba muerte para despojarlos. Aunque consideramos que estos supuestos, dentro de la sistemática de nuestro Código Penal, deben ser subsumidos en el inc. 2 del art. 108°, esto es en el asesinato para facilitar otro delito, conforme se analizará más adelante. Paradigmáticos también son los casos de las asesinas en serie, catalogados bajo el rótulo de *"viudas negras"*, cuyo *modus operandi* consistía en seleccionar a hombres acaudalados, ganándose su confianza y estableciendo una relación sentimental hasta

Asimismo, el lucro perseguido por el homicida puede ser para sí o para un tercero, tal como lo admite la doctrina de modo unánime[663].

En el caso de concurrencia de otros móviles, para calificar el homicidio, el móvil lucrativo debe ser el preponderante para desencadenar la resolución delictiva del sujeto activo; por ello, no se presentará esta agravante cuando el agente antes del ofrecimiento, ya estaba decidido a realizar el hecho delictivo[664] o este decide cometer la acción por otros móviles; pues, debe existir una relación o correspondencia directa entre el móvil de lucro y la muerte ocasionada.

Tampoco se presentará el asesinato por esta agravante cuando el lucro solo refuerza la decisión de matar que ya fue impulsada por otros motivos (ajuste de cuentas, venganza u odio, etc.). O cuando se ofrece la ventaja económica para cubrir los gastos que demanda la ejecución del hecho o con el fin de facilitar la fuga del homicida; estos supuestos configurarían, en todo caso, una mera complicidad en un delito de homicidio simple o supuestos de encubrimiento.

Finalmente, no interesa que el agente obtenga realmente el beneficio económico (lucro) esperado[665] o que su acción homicida necesariamente le asegure tal beneficio posterior; por cuanto, la agravación está en función de la mayor culpabilidad del agente al obrar con esta

---

contraer matrimonio, para posteriormente provocarles la muerte a fin de poder heredar sus bienes.

[663] Así por ejemplo el que mata al esposo de su amante para que ésta reciba la herencia o el seguro; o la esposa que mata al hermanastro de su hijo a fin de que su hijo sea el único heredero.

[664] Así, en la doctrina GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 112; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 65; BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* p. 25.

[665] Sin embargo, como bien acota CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 380, no basta una mera esperanza de alcanzar un provecho patrimonial, sino que es necesario que este móvil tenga cierta base objetiva ligada al mundo material o alrededor de las circunstancias donde el autor se mueva, de allí que no actúe con el móvil del lucro aquel que mata en la creencia que así obtendrá el premio mayor de la lotería.

motivación, y no en función de las ventajas que en concreto obtuvo o pueda obtener. Sin embargo, la expectativa económica debe tener un sustento objetivo y real (no debe ser fantasioso o inverosímil), por tal razón, no incurriría en asesinato por lucro, aquel que mata pensando que el enemigo de la víctima le dará una recompensa o que así obtendrá el premio en un evento en el que participa[666]. No obstante en este último caso (obtención del premio) puede configurarse la agravante si la víctima también participa en el evento o concurso y es la mayor competidora para ganar el premio, por lo que se la elimina con la finalidad de ganar el premio.

El Juez, para descartar o afirmar la concurrencia del móvil lucrativo, debe realizar un análisis general a fin de establecer cuáles han sido los factores que realmente han determinado el comportamiento del agente, para lo cual debe tener en cuenta no solo el último factor, sino todo el proceso motivacional[667].

a).3. Tentativa y consumación

La modalidad del homicidio por precio, remuneración o promesa admite la tentativa siempre y cuando se satisfaga el principio de ejecución a que se refiere el art. 16° del Código Penal, es decir cuando se "da comienzo a la ejecución penal". Esto es, cuando se inicia la acción delictiva en contra de la víctima siempre que el agente esté guiado por la intencionalidad de obtener un beneficio económico.

---

[666] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 380.

[667] GOMÉZ LÓPEZ: *Ob. Cit.* pp. 468-469; señala que, en el caso del joven que acosado por la penuria decide matar para procurarse de dinero, se puede apreciar la existencia de un doble proceso motivacional concatenado. El primero, la situación de angustia y desespero que trae temor; y el segundo, el móvil del lucro, pero éste último, empujado por el primero, que es el que finalmente desencadena la acción. PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* pp. 214-215, en este mismo sentido, expresa que no basta que el ánimo de obtener el beneficio cuantificable económicamente juegue algún papel en la motivación del sujeto, ya que puede ser insuficiente cuando el agente se encuentre en una situación de grave carencia o penuria.

a).4. Autoría y participación

Como ya se ha indicado, es autor del delito de homicidio calificado o asesinato el agente que realiza la muerte de la víctima por lucro en general, siempre que el agente actúa por iniciativa propia (no se considera los supuestos realizados por encargo).

a).5. Acción por omisión u omisión impropia

La posibilidad de cometer este delito en comisión por omisión es factible, pues el tipo de injusto coincide con el delito de homicidio[668]. Se puede citar al respecto, el caso del médico que no cumple con el tratamiento respectivo y deja de atender a su paciente con lo cual se produce la muerte, con la finalidad de obtener un beneficio económico; o del hijo que deja de suministrar la medicina a su padre enfermo a fin de que este muera y así poder cobrar el seguro o recibir la herencia.

b) Asesinato por codicia

Se dice que el sujeto activo actúa con *codicia*, cuando obra con apetito desordenado de obtener riquezas (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), lo que implica un comportamiento generalizado y habitual de parte del individuo de obtener beneficios económicos en todos los actos que realiza y a toda costa, en el presente caso, inclusive atacando a la vida humana; a diferencia del ánimo de lucro que está referido únicamente a determinada acción. O como explica VILLAVICENCIO TERREROS: "Uno de los motivos más bajos e innobles que pueda albergar un hombre para acabar con la vida de otro, es la codicia, o el deseo de lucro; aquella no radica solamente en el deseo de obtener dinero o bienes con el hecho, sino en el deseo de sacar provecho desmedido"[669].

---

[668] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 216.

[669] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal. Parte Especial.* Editorial Grijley. Vol I. Lima. 2014, p. 240.

En realidad, la diferencia de la agravante "codicia" con la del "lucro" es tenue y en muchos casos se ha considerado a las dos como equivalentes. En efecto. VILLAVICENCIO TERREROS, entiende que la agravante de "lucro" se configura cuando el agente actúa con "codicia"[670]. No obstante, puede considerarse que con la inclusión expresa de la agravante "codicia", se ha ampliado expresamente la agravación a los supuestos en que el agente actúa con ánimo desmedido de obtener beneficios de cualquier índole, pero eso sí, tiene que tratarse de un ánimo desmedido e irracional de la búsqueda del beneficio, puesto que en general, cualquier acción homicida (configurativa de un homicidio simple) también busca un beneficio (salvo casos de acciones homicidas imprevistas o circunstanciales), por lo que la codicia en la agravante tiene que ser más intensa o grave que revele una situación de mayor peligrosidad de un sujeto que actúa con condiciones más o menos normales.

En general, a esta agravante resultan de aplicación todos los criterios desarrollados para el caso de la agravante "lucro", por lo que a estos nos remitimos.

c) Asesinato por ferocidad

c).1. Fundamento

El fundamento de esta agravación reside en un mayor contenido de culpabilidad determinado por la inexistencia de una motivación comprensible o de una tan insignificante que equivale a la propia inexistencia.

c).2. Definición y análisis de la agravante

Se entiende por ferocidad a la ausencia total de motivos para la realización de la muerte de la víctima o la existencia de móviles

[670] VILLAVICENCIO TERREROS: *Delitos de homicidio*. Editorial Gios. Lima. 1991, p. 5.

fútiles, deleznables o insignificantes, que obviamente, equivalen a la inexistencia de móvil comprensible alguno.

Según el diccionario de la Real Academia la ferocidad es sinónimo de fiereza y crueldad, empero, esta última acepción no debe ser confundida con la agravante contenida en el inciso 3 del art. 108° de nuestro Código Penal que se refiere a la forma o manera en que se ejecuta el homicidio (aumentando innecesariamente el dolor de la víctima). La ferocidad debe ser comprendida o entendida como falta de inhumanidad en el proceso motivacional del homicida[671]. Un homicidio es feroz cuando la reacción del homicida -en función de los móviles que la determinaron (deleznables, bajos, nimios)- aparezca en relación con el resultado muerte como insensata y cruel; es decir, con falta de sentido o razón[672], incomprensibles para una persona normal, contrario a los sentimientos más significativos solidaridad social, revelando en el autor *un comportamiento inhumano*; en este tipo de homicidio el sujeto actúa de manera instintiva como un animal salvaje[673].

---

[671] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 52, citando a Zürcher, indica que en los proyectos suizos se hablaba de matar por instinto sanguinario (*par instinct sanguinaire*), colocando a la circunstancia agravante del móvil y, en lugar preferente, el móvil inhumano, con lo que hace referencia al instinto sanguinario, designado en los Proyectos posteriores con el término ferocidad (en francés, *ferocitá* significa: *caractére sanguinaire, barbarie, inhumanité).*

[672] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 364, señala que "La motivación de la conducta del asesino por ferocidad aparece cargada de cierta dosis de irracionalidad y barbarie, de abyección y atrocidad propia de un salvaje y no de un hombre civilizado".

[673] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 52, indica que esta circunstancia se presenta cuando la acción homicida carece de un móvil consciente y racional, proponiendo como ejemplo el caso de quien mata al hijo de su conviviente por mortificarle el llanto; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 103 "... Se trata, pues, de una muerte causada por motivos deleznables y bajos, que revisten escasa importancia respecto a su resultado (...)"; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* pp. 88-89, explica que se da esta cualificación cuando el sujeto actúa con absoluto desprecio y desdén por la vida, lo que se puede dar: a) cuando

En la doctrina se suelen dar muchos ejemplos al respecto, así los casos de quien mata a una criatura por disgustarle su llanto[674], el que mata ante una simple provocación, por no contestar el saludo[675], por vanidad criminal, por el simple hecho de probar un arma, por ganar jerarquía en un recinto penitenciario, o quien al ver un desfile de niños que interrumpe el tránsito vehicular decide atropellarlos, etc.

Siguiendo esta línea de interpretación nuestra jurisprudencia, de manera mayoritaria, afirma la concurrencia de esta agravante en aquellos casos en los que se causa la muerte de otro motivado en hechos o circunstancias fútiles, insignificantes o cuando no existe un motivo aparente, así por ejemplo se señala que:

> *"En esta circunstancia [ferocidad] cualificante no se advierte, en el sujeto activo, odio, pasión, fin de lucro, venganza, interés personal,*

---

se actúa sin móvil aparentemente explicable y b) cuando se actúa con ferocidad brutal en la determinación del agente, es decir inhumanidad en el móvil.

[674] Ejecutoria Suprema R.N N° 2804-2003-Cono Norte de fecha 12ENE04 en Actualidad Jurídica Tomo 146, Enero 2006, Ob. Cit. p. 98: "El acusado agredió con su correa a la menor agraviada de un año y once meses de edad, por haberse negado a ingerir sus alimentos, y ante el llanto de la citada menor, la condujo al patio de su vivienda donde la golpeó a la altura del abdomen y luego la tiro al suelo donde había piedra chancada, lo que posteriormente le causó la muerte. Que teniendo en cuenta la forma, modo y circunstancias en que se han desarrollado los hechos, se concluye que se ha configurado el delito de homicidio calificado en la modalidad de ferocidad, conducta prevista en el inciso primero del artículo ciento ocho del Código Penal...".

[675] Ejecutoria Suprema en el Exp. 3456-94-Lima de fecha 10ABR95: "El acusado antes nombrado disparó con su arma de fuego contra la agraviada produciendo su muerte, por el solo hecho de no responderle el saludo que le hiciera, demostrando así el poco valor y sentimiento por la vida humana; que, siendo esto así, la conducta del encausado se encuentra en lo previsto por el artículo 108 del Código Penal". En Diálogo con la Jurisprudencia N° 71, Agosto 2004, Año 10. p. 273.

sino únicamente aversión a sus semejantes; no hay interés de matar a cualquiera o determinada persona, sino que se mata sin razón alguna, sin ningún motivo ni móvil aparentemente explicable[676], *debiéndose diferenciar entre el impulso de perversidad brutal y el homicidio por placer, mientras el primero consiste en que el homicida actúa en forma repentina casi siempre sin motivo –la falta de móvil es lo que caracteriza la brutalidad del homicidio–, el segundo consiste en que el homicida obrará con refinamiento, lenta y pausadamente, buscando una agradable sensación, un placer y gozo antinatural que se obtiene destruyendo una vida humana"*[677].

"[La ferocidad] en esta clase de delitos se presenta una desproporción del motivo que le da origen con la gravedad de la reacción homicida, a cuyo efecto es posible identificarla en homicidios perpetrados por regocijo perverso, lujuria de sangre, vanidad criminal, espíritu de prepotencia, soberbia, etcétera. No se trata de la simple ejecución torpe cruel o brutal; pues es de valorar el móvil con que actúa el agente, su instinto sanguinario, a partir de lo cual debe ser desproporcionado, deleznable y bajo, que revelan en el autor una actitud inhumana, contraria a los primarios sentimientos de solidaridad social. A esto último se denomina perversidad brutal de la determinación"[678]

"La conducta imputada a los acusados se encuentra tipificada en el inciso 1 del art. 108 del Código Penal, puesto que dieron muerte a las dos víctimas sin mayor motivo o únicamente por el hecho de que una de las agraviadas le hizo caer la batería del teléfono

---

[676] BRAMONT – ARIAS TORRES. GARCÍA CANTIZANO María del Carmen. *Derecho Penal – Parte Especial*, Lima, Editorial San Marcos, 1998, p. 53.

[677] R.N. N° 4104-2010-Lima. Sala Penal Permanente. 20/07/12. En: GÁLVEZ VILLEGAS: *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia.* Tomo II, Ideas Solución Editorial, Lima, 2015, p. 1040.

[678] Sentencia Casatoria N° 163 2010-Lambayeque. 03/11/2011. GÁLVEZ VILLEGAS: *Nuevo Orden Jurídico...*, Tomo II, 2015, p. 232.

celular que portaba uno de los agentes, lo que constituye un móvil nimio o insignificante; por tanto, el doble homicidio que perpetraron estos se califica en razón a la ferocidad con la que actuaron"[679].

"Que así los hechos configuran el supuesto típico previsto y penado por el art. 108 del Código Penal, al reunir los elementos objetivos y subjetivos exigidos por dicha norma penal. En efecto, el acusado trató de quitarle la vida a la agraviada (...), a quien inclusive la dio por muerta, sin mediar móvil alguno, y de haber existido se habría tratado de un móvil fútil o insignificante lo que configura la agravante de la ferocidad (...)"[680].

"La circunstancia de ferocidad en el homicidio tiene como elemento significativo que el motivo o la causa de la muerte es de una naturaleza deleznable -ausencia de objetivo definido- o despreciable -ferocidad brutal en la determinación-. El motivo en cuestión no es atendible o significativo"[681].

La ley solo exige en este supuesto que el homicida actúe con ferocidad. Si el homicida actuó impulsado por el odio acérrimo que tenía contra su víctima -o contra la humanidad en general- resulta totalmente indiferente a los efectos de constatar esta agravante[682], ya que no en todos estos casos existe un proceso motivacional inhumano[683].

---

[679] Ejecutoria Suprema Exp. N° 1554-2000, de fecha 17JUL07 en Diálogo con la Jurisprudencia N° 71, Agosto 2004, Año 10. p. 274.

[680] En la sentencia de fecha 12FEB03, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal Para Procesos con Reos en Cárcel en el Exp. N° 410-02.

[681] Fj. 698 de la sentencia recaída en el Exp. N° A.V. 19-2001 (Caso Barrios Altos – La Cantuta).

[682] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 367.

[683] Así equivocadamente se suele señalar que: "...esta modalidad homicida se encuentra en el móvil de la acción, esto es, en su inhumanidad –que no sea consciente y racional, que sea desproporcionado, deleznable o bajo, o que se actúe impulsado por un odio acérrimo-, lo que revela en su autor una personalidad particular con un grado de culpabilidad mayor que la del simple homicida...". (Ejecutoria Suprema del 9SET04, R.N. N° 1488-2004 PIURA en Actualidad Jurídica, Tomo 151, Junio 2006, p. 130).

Inversamente, la existencia de conflictos o sentimientos de odio entre el homicida y la víctima tampoco descarta a priori la concurrencia de esta agravante[684]. En ambos casos lo que finalmente importa es establecer cuál fue la circunstancia concreta que motivó la reacción homicida, a fin de poder establecer, luego de realizar la respectiva valoración, si esta reacción aparece como irracional e inhumana[685].

Un tema que es debatible en la doctrina es el relativo a aquellos supuestos en los que el sujeto activo, a fin de vengarse de un enemigo, despliega su acción criminal contra una persona que le es querida o de quien recibe beneficios materiales, con el fin de provocarle aflicción moral y/o económica (*supuestos conocidos como "homicidios por venganza transversal"*[686]). Al respecto, consideramos que en estos casos

---

[684] En tal sentido, no resulta suficiente con señalar -como se hace en Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1425-99–, a fin de descartar esta agravante, que entre el homicida y la víctima existían desavenencias previas, dejando de precisar o identificar cual fue la circunstancia concreta que activó la reacción homicida.

[685] En el caso de Barrios Altos y La Cantuta, nuestra Corte Suprema señaló que: "*La consideración o la coartada antiterrorista, más allá de ser repudiable en atención a lo exigido a los funcionarios públicos respecto de su comportamiento ante quien se entiende son delincuentes terroristas, no expresa un móvil desproporcionado, deleznable o bajo. Se mató en función a un plan previamente elaborado, y la ejecución del crimen siguió, por lo menos externamente, pautas propias del desarrollo de operaciones militares, aunque al margen y en contradicción con la propia normatividad castrense. La concepción que se asumió se basó, sin duda, en el desprecio a la vida humana y en una abierta rebeldía a las reglas básicas de una sociedad civilizada, a la esencia misma del honor militar y de los lineamientos que rigen el enfrentamiento y trato al enemigo vencido o desarmado. Esto último, pese a su dramática y escandalosa ilegalidad, no puede reputarse como actuación precedida de un móvil feroz*". Fj. 701 de la sentencia recaída en el Exp. N° A.V. 19-2001 (Caso Barrios Altos – La Cantuta).

[686] En estos supuestos nos dice CARRARA que existe un motivo contra una persona, pero se descarga deliberadamente el golpe en contra de otra, de quien no existe otra razón que provocar un mal anímica o materialmente al tercero, por eso se ha llamado a esta modalidad *inoxio pronoxio*–la muerte del inocente en vez la del culpable-; de allí que la depravación moral del

la respuesta se debe matizar en función del móvil desencadenante. De este modo, si el sujeto ha actuado en virtud de un proceso motivacional que revela un comportamiento inhumano es fácilmente subsumible en la agravante *in comento*, por ejemplo, cuando el homicida da muerte a la esposa e hija al considerar que el cónyuge sobreviviente era responsable de su expulsión del colegio; en cambio, ya no parece tan clara la concurrencia de esta agravante en los casos en los cuales el sujeto actúa en función de un proceso motivacional hasta cierto punto comprensible, vg., cuando en un arranque de ira se da muerte a la hermana de quién ultrajo sexualmente a un pariente cercano.

A los efectos de apreciar esta agravante, el Juzgador debe tener presente que una persona no vive en condiciones materiales, sociales y culturales uniformes dentro de una misma sociedad en un momento determinado, lo cual, además, origina una distinta concepción de valores[687]. En tal sentido, además de sopesar el significado del móvil y las circunstancias del hecho, se deben tener en cuenta las costumbres particulares del núcleo social al cual pertenece el individuo, así como los valores más generalizados de nuestra sociedad, ya que un hecho que, por ejemplo, puede ser valioso para un campesino de un determinado pueblo, no tiene por qué tener el mismo significado para otra persona de distinta preparación, de otra religión o de distintas creencias[688].

---

autor de la muerte sea mayúscula y merezca todo el repudio de la sociedad. *Ob. Cit.* p. 261.

[687] CASTILLO ALVA. Ob. Cit. p. 364, acota correctamente que no es posible comprender la ferocidad sin una exacta referencia a un determinado contexto histórico y a los elementos de espacio y tiempo.

[688] De modo ilustrativo se puede señalar a guisa de ejemplo la reacción de los pueblos musulmanes a raíz de la publicación de caricaturas de Mahoma en distintos periódicos europeos, lo que para los ciudadanos de los pueblos de la civilización occidental, donde se da un valor fundamental a la tolerancia, ha sido desproporcionado. Para algunos una muerte que pudiera haberse ocasionado en esas circunstancias podría configurar un supuesto de ferocidad mientras que para otros no. Son estas circunstancias, además del problema de la delimitación conceptual del término "ferocidad" -que puede dar

Finalmente se debe precisar que no se puede confundir a esta agravante con la ejecución cruel o brutal de la acción, pues esta constituye una agravante específica del delito de asesinato. De otro lado, no existe mayor inconveniente en admitir supuestos de comisión por omisión, vg., el caso del médico que recibiendo a un paciente en grave estado de salud deja de atenderlo porque el padre del paciente le negó un préstamo solicitado con anterioridad, o por ejemplo, no atiende al paciente moribundo y en posibilidad de salvarlo, simplemente porque estaba jugando una partida de naipes.

d) Asesinato por placer

d).1. Fundamento

El fundamento de agravación reside también en un mayor contenido de culpabilidad del proceso de motivación que determina al sujeto a provocar la muerte de alguien. En tal sentido, por tratarse de un elemento altamente personal, de conformidad con el Art. 26° del Código Penal, no se comunica a los intervinientes (partícipes o coautores), de esta manera el instigador al igual que el coautor -que obra motivado por un fin distinto al del placer-, responderán por un homicidio simple.

d).2. Definición

Atendiendo al significado gramatical de la palabra "placer" -sensación de contento o satisfacción que produce cierto hecho o circunstancia-, el agente ocasiona la muerte de otra, porque este hecho le permite experimentar una sensación antinatural de satisfacción o de contento de ánimo[689]. A diferencia del homicidio "por ferocidad",

---

origen a interpretaciones arbitrarias por parte del Juzgador, ocasionando una aplicación desigual de la ley-, lo que ha motivado que se propugne la derogación de esta agravante. Así HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 53.

[689] VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 81, refiere que en este supuesto el autor comete el homicidio para alcanzar un grado de satisfacción del cuerpo o la mente;

en que la agravación se da porque el homicida se conduce con inhumanidad en función de los móviles que determinaron su proceder, en el homicidio "por placer" la agravación se da por el fin perseguido por el homicida, el placer, la búsqueda de esta sensación evidencia un proceso mental que determina la actividad del homicida y le hace adoptar determinadas previsiones que se concilian con el sadismo, razón por la cual se dice que el homicida por placer generalmente mata con refinamiento, idea totalmente opuesta a lo "brusco" propio del homicida que mata "por ferocidad"[690].

No obstante en nuestro medio la jurisprudencia tiende a realizar un uso indiferenciado de esta agravante con el de la ferocidad, así por ejemplo se señala que: *"Para afirmar la existencia de la ferocidad se requiere que la muerte se haya causado por un instinto de perversidad brutal o por el solo placer de matar, esto es, que el comportamiento delictivo sea realizado por el agente sin ningún motivo ni móvil aparentemente explicable"*[691]. Esta posición jurisprudencial resulta hasta cierto punto comprensible, ya que establecer una clara delimitación entre estas dos agravantes es una tarea bastante complicada; más aún, si asumimos que no habría mayor inconveniente en aceptar que quien mata "por placer" revela un comportamiento inhumano y cruel.

En la doctrina penal Argentina, Ricardo Núñez entiende que *matar por gusto* a un ser humano, *constituye un impulso de perversidad brutal.* En cambio, para SOLER esta expresión ha sido dejada

---

CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 401, señala que en el asesinato por placer el homicida siente una satisfacción y gozo especial en la producción de la muerte de otro; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 92, señala que en este caso "el agente experimenta una sensación agradable, un contento de ánimo o un regocijo perverso al poner fin a la vida de su víctima".

[690] FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal.* T.IV. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963. p. 116.

[691] Ejecutoria Suprema, Exp. 778-2003 (11AGOS03) y Ejecutoria Suprema del 27MAY99, Exp. N° 1425-99; ver Diálogo con la Jurisprudencia N° 71, Agosto 2004, Año 10. pp. 273-274.

de lado por una previsión de contenido mucho más real, precisando que el que mata por placer no necesariamente obra por un impulso, solo es necesario que la acción sea inspirada por un placer antinatural en la destrucción de una vida humana, dentro del cual puede quedar comprendida la perversidad brutal. Cita como ejemplo el caso de la enfermera que día a día va sustituyendo la dosis terapéutica por un líquido ineficaz, sin causar dolores ni molestias al paciente, por el placer de verlo morir de modo lento, en la cual no se evidencia un actuar impulsivo, ni un ensañamiento; está matando, porque causar esa muerte le produce una sensación agradable.

En este supuesto, la finalidad del homicida es sentir placer con la muerte de otro, sin embargo, la circunstancia de que no haya obtenido dicha sensación no elimina la agravante[692]. El deseo de sentir placer debe ser el motivo excluyente y preponderante del homicida, debe ser el hilo conductor de la obra nefaria[693], de modo que si existió otro motivo y en el momento de concretar el hecho el agente siente placer, la agravante no se configura, por ejemplo, la sensación de placer que puede experimentar el homicida cuando mata a su enemigo por venganza.

Este tipo de asesinatos son propios de los asesinos en serie comúnmente clasificados como "*hedonistas*", quienes asesinan por el simple placer que experimentan o buscan experimentar al momento de matar (la excitación está en el hecho de matar). Famoso es el caso de David BERKOWITZ, asesino en serie, quien premunido de un arma de fuego calibre 44, conseguía cierta emoción al disparar a parejas jóvenes, seleccionadas al azar, cuando se encontraban en un auto.

Asesinan por placer aquellos que matan sin odio, sin pasión, sin provecho, por la sola sed de sangre, ya que este hecho les produce

---

[692] CREUS, Carlos: *Ob. Cit.* p. 28.

[693] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 64.

una excitación antinatural de placer[694]. Recordado es el caso que sucediera hace poco en Estados Unidos en la que dos hombres desde una furgoneta disparaban a cualquier transeúnte.

Este tipo de delitos son cometidos por personas que sufren un "trastorno de la personalidad" (psicópatas), y no "una enfermedad mental", ya que son generalmente conscientes de sus actos en todo momento.

d).3. Ejecución de esta agravante en comisión por omisión

La comisión de este delito por comisión por omisión es factible, por ejemplo, el caso de la enfermera que deja de inyectar la insulina a su paciente con diabetes, movida por una sensación antinatural de placer por verlo morir.

e) Asesinato para facilitar otro delito

e).1. Fundamento

El fundamento cualificante de esta agravación, radica en la mayor reprochabilidad del homicida al utilizar el homicidio como un medio para lograr un propósito ulterior, lo que denota una instrumentalización del bien jurídico vida; punto de vista que ha sido asumido por nuestra Judicatura, conforme se puede apreciar del siguiente extracto: "*Que, conforme a las pruebas existentes en autos, la conducta delictiva del acusado de haber dado muerte al agraviado con un proyectil de arma de fuego en circunstancias en que perpetraba el asalto contra un grifo de combustible, estuvo motivada por la intención de facilitar el apoderamiento patrimonial, habiendo mostrado un elevado desprecio por la vida de los demás, al no haber vacilado en dar muerte al empleado de la grifería con tal de hacer más fácil el robo, por lo que el designio*

[694] FRANCESCO CARRARA nos recuerda el caso Ciolli en la que unos sujetos juramentaron derramar sangre a diario, y para ejecutar dicho juramento mataban y herían durante la noche al primero que se encontraba por la calle. *Ob. Cit.* p. 258.

criminal del mencionado acusado comporta un mayor reproche de culpabilidad, que le hace pasible de una sanción severa de asesinato"[695].

e).2. Análisis de la agravante

En este supuesto se puede apreciar un caso de *conexidad teleológica*, ya que el homicida causa la muerte de una persona (delito-medio) a fin de facilitar otro hecho delictuoso (delito-fin), que puede ser de naturaleza idéntica al precedente (un homicidio) o de distinta naturaleza (robo o hurto)[696]. La magnitud del delito fin es indiferente para la subsunción de esta modalidad homicida en la figura del asesinato[697]; tampoco es exigencia del tipo que la víctima sea titular del bien jurídico protegido por el delito fin[698].

---

[695] Ejecutoria Suprema Exp. N° 205-98, Ucayali de fecha 23MAR98 en Diálogo con la Jurisprudencia N° 71, Agosto 2004, Año 10. p. 277. Aun cuando, como veremos más adelante, en este caso, se trataría más de un robo con subsecuente muerte que propiamente de un homicidio calificado por esta agravante.
En este caso sin embargo, consideramos que más que un delito de asesinato para facilitar otro delito, se trataría de un robo agravado con subsecuente muerte, tal como lo hemos desarrollado al tratar el último de los supuestos agravados del delito de robo, previsto en el último párrafo del artículo 189° del CP.

[696] Ejecutoria Suprema Exp. N° 375-99, Piura de fecha 30MAR99 en Diálogo con la Jurisprudencia N° 71, Agosto 2004, Año 10. p. 278. "Que, teniendo en cuenta la forma, modo y circunstancias en que se han desarrollado los hechos, se ha configurado el delito de homicidio calificado en la modalidad de facilitar la comisión de otro delito, conducta prevista en el inc. 2 del artículo 108 del Código Penal, ilícito que se caracteriza por la muerte de una persona como medio para hacer viable otro hecho delictuoso. Los encausados no han tenido reparo en sacrificar una vida humana con la finalidad de satisfacer su apetito económico; que, asimismo, ha quedado acreditado que la finalidad de los acusados en todo momento ha sido la de apoderarse del dinero de la víctima, coligiéndose pues que el delito fin era el robo".

[697] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 145.

[698] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 409-410.

La acción de facilitar, significa hacer viable o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin, por consiguiente el homicidio debe permitir mayor facilidad a la comisión del delito que es el fin proyectado por el agente, implica procurar mejores condiciones o posibilidades para su ejecución o efectividad; por ejemplo, dar muerte a la persona que está al cuidado de la caja fuerte, o de la persona que tiene las llaves o planos del lugar donde se pretende cometer el delito fin; en este caso sin embargo, como ya lo indicamos antes, los hechos se subsumen más adecuadamente en el delito de robo con subsecuente muerte (ver delito de robo agravado última parte del artículo 189° del CP).

La Corte Suprema mediante Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116. 13/11/2009[699] refiere que se presenta esta causal de agravación del homicidio, cuando el agente mata con el fin de conseguir un propósito ulterior; existe una relación de medio a fin; el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin (siempre doloso).

Aun cuando conforme al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema se sostiene que si el delito fin es un delito de robo, se configura esta agravante si el homicidio precede al delito de robo, debiendo existir una separación en el espacio y el tiempo entre ambos[700]; por nuestra parte consideramos que en este caso también nos encontramos ante el delito de robo agravado conforme al último párrafo del artículo 189° del CP, y no ante la agravante del homicidio en comento, al igual que en el caso en que se ocasiona la muerte conjunta y simultáneamente con las acciones ejecutivas propias del delito de robo (en este caso

---

[699] ACUERDO PLENARIO N° 3-2009/CJ-116. 13/11/2009. Fundamentos vinculantes: 6 a 13. (Doctrina legal).

[700] Este criterio ha sido plasmado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, donde se ha señalado que: "... *si la muerte se produce antes de que comience la ejecución del robo o con posterioridad a su consumación, se tratará de homicidio calificado, pero si la causa de la muerte se da dentro de la etapa de ejecución se tratará del robo con subsecuente muerte*" (Fj. 8).

también nos remitimos al análisis de la última parte del artículo 189° del CP). No obstante, si se trata de facilitar la comisión de cualquier otro delito (distinto al de robo agravado), esta agravante se concretará aun cuando la muerte se produzca simultáneamente con la comisión del delito que se busca facilitar.

En este tipo de asesinato el elemento subjetivo caracterizado por el propósito concreto de matar para facilitar otro delito juega un papel determinante en la configuración de esta agravante, así:

i) El delito-fin debe estar presente en la conciencia del autor en el momento del hecho, ya que es la causa o motivo del homicidio; si no se encontrase presente este elemento final o teleológico en el pensamiento del autor al momento de ejecutar el homicidio esta agravante no se configura; lo cual no significa que se deba constatar necesariamente la premeditación o preordenación del agente (que el homicidio haya sido planeado antes de cometer el hecho final), sino que basta con constatar la simple decisión de emplear el homicidio para facilitar el delito-fin, la cual puede surgir en el momento mismo del hecho.

ii) No interesa para los efectos de esta agravante que el homicidio realmente hubiera facilitado la comisión del delito-fin, basta con que el homicida haya actuado con esa expectativa. En tal sentido, no interesa, por ejemplo, que el agraviado no haya tenido en su poder las llaves o planos con los que se hubiera facilitado el robo. Puesto que no es la materialización del delito fin, sino el fin en sí mismo lo que configura esta agravante, por consiguiente, no es necesario que en relación al delito-fin se hayan realizado actos preparatorios, actos ejecutivos, o se logre la consumación por parte del mismo homicida o por un tercero[701], o que luego de haberse cometido el homicidio, el

[701] Resolución Superior recaída en el Exp. N° 245-97, de fecha 09OCT97 – Lima en Diálogo con la Jurisprudencia N° 71, Agosto 2001, Año 10.

agente, por diversas circunstancias, se desista o arrepienta del delito-fin[702].

iii) En cuanto al aspecto procesal, este elemento teleológico o final del homicida, debe ser acreditado en el proceso penal, para lo cual resulta pertinente recurrir a la prueba indiciaria, realizándose el análisis del lugar donde se cometió el homicidio, la relación de la víctima con el delito fin, la función que desempeñaba la víctima, la peligrosidad de las armas utilizadas, la violencia empleada, la realización posterior de actos ejecutivos en relación al delito fin, la conexión temporal entre el delito medio y el delito fin, etc.[703]. Naturalmente, luego de verificar y analizar estos indicios, deberá recurrirse a la inferencia correspondiente, basada principalmente en la aplicación del principio de razón suficiente, a través del cual estableceremos si hubo razón para cometer el homicidio sin vincularlo al delito-fin o si la perpetración del delito medio solo se explica por la expectativa de concretar el delito fin.

El delito-fin, puede ser de cualquier naturaleza -comisivo u omisivo-, pero debe ser necesariamente doloso, se excluye la posibilidad de que sea culposo porque uno no puede proyectarse a cometer un delito culposo; por otro lado, la redacción legal de esta norma excluye la configuración de esta agravante cuando la finalidad del homicida es cometer una falta o una contravención, puesto que se refiere específicamente a delito.

Un tema que puede llevarnos a discusión es el relativo a los supuestos en los cuales el delito-fin es imposible o no se encuentre tipificado

---

p. 277: "Para la configuración del asesinato bajo la modalidad de matar para facilitar otro delito, no es necesario que se consume el delito fin, vale decir, el robo agravado; basta la intención de realizar el mismo, para lo cual se vence el obstáculo que representa la vida de la persona que defiende su patrimonio".

[702] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 409.

[703] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 416.

(delito putativo), sin embargo el homicida actúa con una representación equivocada de la realidad; así por ejemplo, el caso del extranjero que no conoce la ley y mata para facilitar un supuesto delito que en nuestro país no se encuentra tipificado, o cuando se mata para secuestrar a una persona que ya había fallecido, o también el padre que mata a la persona que está al cuidado de su hijo menor de edad supuestamente para secuestrar a dicho menor. En estos casos, consideramos que la mayor culpabilidad en este homicidio agravado debe responder a una vinculación real con un hecho punible, por lo que si tal hecho –delito-fin- no existe ni puede existir –delito imposible-, no se configurará dicha agravante; pues, no se puede atribuir al agente de un delito una mayor culpabilidad basándonos en hechos a los que el propio Derecho penal los considera irrelevantes o inexistentes. Sin embargo, existen posiciones que llevando a extremos la apreciación subjetiva del agente consideran que no interesa que los planes del autor no respondan a la realidad, y que basta con que el agente crea que va a cometer un delito y que mate para ello[704]; criterio que, obviamente, no compartimos.

En el caso de que se ocasionara la muerte para facilitar un delito contra el patrimonio, si bien esta agravante podría ser subsumida en el homicidio calificado *"por lucro"*, (tiene por finalidad obtener un provecho lucrativo como consecuencia del delito posterior); sin embargo, en este caso el beneficio pretendido proviene del delito-fin y no del delito-medio (homicidio). No obstante en este caso, seguimos

---

[704] En este mismo sentido, en lo referente al delito que se hubiera tornado imposible, FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 108, considera lógica esta solución, pues la ley ha tomado aquí en cuenta el elemento subjetivo del homicidio; MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal. V.II.* Temis, Bogotá, 1976. p. 22, señala que: "(...) la ley exige que el delito fin existe aunque solo sea en la representación y voluntad del agente, aun careciendo de vida como entidad material y jurídica".
Igual criterio puede aplicarse (negar la existencia de esta agravante) para aquellos casos en los que el homicida actúa con la finalidad de facilitar la comisión de un delito por parte de un tercero creyendo erróneamente que este tenía tal determinación, cuando en realidad dicha determinación no existía. CREUS: *Ob. Cit.* p. 34.

remitiéndonos al análisis del realizado del delito de robo con subsecuente muerte.

e).3. La posibilidad del dolo eventual

Es posible la comisión de este delito con dolo eventual, puesto que puede presentarse el caso en que el agente propiamente no quiere causar la muerte de la persona que estaba al cuidado de determinados bienes con la finalidad de apropiarse de ellos; solo se propone golpearla a fin de evitar cualquier tipo de resistencia. Sin embargo, la víctima muere por el riesgo creado por los golpes propinados por su atacante, quien era plenamente consciente de la alta probabilidad de que su ataque pudiera causar la muerte de su víctima. En este caso no hay duda de que nos encontramos ante un supuesto de dolo eventual. Aun cuando cierto sector doctrinal estima que el empleo del término *"para"* excluye tal posibilidad[705]; sin embargo, este criterio debe descartarse, ya que el dolo eventual debe considerarse en relación al acto de causar la muerte, que es la primera acción, mas no como la probabilidad de realizar el delito que se pretende facilitar con la muerte ocasionada (segunda acción).

e).4. Ejecución de esta agravante en comisión por omisión

La realización de este delito en comisión por omisión es factible, conforme se puede apreciar del siguiente ejemplo: la enfermera que deja de proporcionar los medicamentos prescritos al guardián de una mansión, conociendo que ello le ocasionaría o podría ocasionarle la muerte (conocimiento del grave riesgo que significaba este hecho para la vida) con la finalidad de facilitar el hurto que había planeado con su amante.

e).5. Concurso real de delitos

En este tipo de asesinato no interesa que se haya iniciado o intentado el delito-fin; pues, la cualificación no se presenta porque el

[705] Niegan la posibilidad del dolo eventual CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 411; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 94.

homicida consume o realice actos ejecutivos del delito fin, sino por la especial motivación del homicida. En el caso que se hubieran realizado actos ejecutivos (tentativa) o se hubiera logrado la consumación del delito fin, estaríamos frente a un concurso real de delitos; en cuyo caso la pena a imponerse al agente, será la sumatoria de las penas que le corresponda por cada delito, tal como lo establece el artículo 50° del Código Penal.

f) Asesinato para ocultar otro delito

f).1. Fundamento

Al igual que en el homicidio para facilitar otro delito, el fundamento de esta agravante reside en la mayor reprochabilidad del homicida al utilizar el homicidio como un medio para evitar el develamiento de un hecho punible, y así asegurar su impunidad.

f).2. Análisis de la agravante

En este supuesto se puede apreciar también un caso de ***conexidad teleológica***, ya que en esta hipótesis el delito de homicidio se comete como consecuencia de haber cometido otro delito, o a fin ocultar otro delito que se está cometiendo o que se cometerá. Pues, la finalidad específica es la de ocultar un delito, que puede ser de igual[706] o de distinta naturaleza (vg. robo o violación sexual)[707].

---

[706] Ejecutoria Suprema Exp. N° 49-99, Lambayeque de fecha 26MAR99 en Diálogo con la Jurisprudencia *Ob. Cit*, p. 279: "Cuando los acusados se percataron que un agraviado había muerto decidieron quitarle la vida al otro, a fin de evitar que este los delatara, disparándole en la cabeza con un arma de fuego, no teniendo reparo alguno en quitarle la vida con la finalidad de ocultar la muerte del otro agraviado; siendo así, se ha configurado el delito de homicidio para ocultar otro delito".

[707] Ejecutoria Suprema Exp. N° 6407-97, Cusco de fecha 31MAR98 en Diálogo con la Jurisprudencia *Ob. Cit*, p. 279: "Se advierte de autos que el acusado dio muerte a la menor después de haberla violado sexualmente, para ocultar este atentado sexual, en vista de haber sido reconocido por la agraviada

Se busca ocultar un delito cuando se trata de esconderlo, de modo que las autoridades y la sociedad no lleguen a tener conocimiento del mismo. Esto es, después de consumado o intentado un delito de homicidio, de robo, o de violación se da muerte a la víctima o al único testigo que presenció estos hechos, a los coautores o a los cómplices[708].

---

quien era su vecina (...). Que, es de observar que la violación sexual fue perpetrada en un primer momento, y en otro posterior el delito de homicidio pero vinculado este último directamente al primer delito por el móvil de ocultar la violación sexual precedente, con la intención de procurar la impunidad, sin vacilar el agente en sacrificar la vida de su víctima con tal de desaparecer todo medio probatorio que pudiera contribuir a develar la autoría del primer ilícito".

Este criterio ha sido plasmado en Acuerdo Plenario vinculante de la Corte Suprema en los siguientes términos: "Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto –para facilitar otro delito-, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto –para ocultar otro delito-, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose -el delito a ocultar puede ser doloso o culposo- es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal Parte Especial I Homicidio*, 2da. Edición, Ediciones Juris, Lima, 1995, pp. 59-69]. En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente, en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito. JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Derecho Penal Parte Especial I*, Editorial Grijley, Lima, 2008, pp. 410-411. ACUERDO PLENARIO N° 3-2009/CJ-116. 13/11/2009. Fundamentos N° 8. (Doctrina legal).

[708] Así VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 83, para quién la hipótesis comprende el ocultamiento propiamente dicho del evento criminal, que por estar oculto

El homicidio por esta circunstancia agravante, normalmente se presenta después de cometido el delito que se quiere ocultar, a diferencia de la circunstancia anterior en la que la muerte se perpetra normalmente con anterioridad al delito que se pretende cometer, o simultáneamente a su comisión. Sin embargo, también puede presentarse esta agravante en el caso en que se realiza la muerte para ocultar un delito que se pretende cometer en el futuro, cuyo plan ya se tiene debidamente delineado. Igualmente, también puede producirse la muerte en el momento en que se está cometiendo el delito; por ejemplo, el agente es descubierto por determinada persona en el preciso momento en que está cometiendo un delito y antes de consumar el mismo, da muerte a la persona que lo descubre, precisamente para que no lo delate (denuncie o testimonie al respecto). Esto último ocurrirá con cualquier clase de delitos, incluso puede tratarse de un delito de robo, pero en este caso, la muerte no se perpetra para hacer posible la consumación del delito, sino únicamente para ocultarlo[709].

---

no se conoce su ocurrencia, como el ocultamiento parcial del delito, es decir, el de su autor, aunque la ocurrencia ya se conozca, para evitar la persecución penal; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 52, refiere que esta agravante se presenta cuando el homicida ocasiona la muerte de otra a fin de evitar que este lo delate, o para evitar que sea descubierto, como por ejemplo dar muerte al policía que investiga el delito; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 194, entiende que la fórmula de "matar para ocultar otro delito" debe interpretarse de manera amplia, abarcando no sólo los casos donde se trata de ocultar la acción criminal, sino también cuando se obstruye la posibilidad de que el delito sea perseguido y castigado vg., dando muerte a los testigos. De igual forma ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 149; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 107; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 55; SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 121.

[709] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 59: "Incurre en esta agravante quien victima a un testigo, confidente o cómplice, así como quien –sorprendido en el acto y para evitar su captura- dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito (...) Para nuestro legislador no es indispensable, por la manera como ha concebido la agravante, que ambas infracciones se sucedan cronológicamente: primero: ejecución de un delito y, luego, la realización del homicidio para impedir su descubrimiento o esclarecimiento".

Para que esta circunstancias calificadora del homicidio concurra, al igual que en el asesinato para "facilitar otro delito" solo se exige que exista una *conexidad subjetiva,* caracterizada por el propósito concreto de matar para ocultar otro delito; esta circunstancia juega un papel trascendental en la configuración de esta agravante, así:

i) Si no se encuentra presente en el pensamiento del autor al momento de ejecutar el homicidio, esta agravante no se configura.

ii) No es la materialización del delito que se pretende ocultar, sino el fin en sí mismo lo que configura esta agravante; por consiguiente no es necesario que respecto del delito que se pretende ocultar (cuando se trata de un delito futuro) se hayan realizado actos preparatorios, ejecutivos, o se logre su consumación[710].

VILLA STEIN, precisa que el homicidio puede cometerse durante, después e inclusive antes de cometer el delito que se pretende ocultar vg., cuando se mata al guardián cómplice que se sabe que después de cometido el robo lo va a chantajear para no delatarlo, por lo que se le da muerte al inicio de la acción delictiva; o cuando se da muerte al único policía del pueblo para que no investigue el delito que se proyecta cometer.

[710] En este mismo sentido FONTÁN PALESTRA: *Ob. Cit.* p. 108; CREUS: *Ob. Cit.* p. 34; SOLER: *Ob. Cit.* p. 43; GÓMEZ EUSEBIO: *Tratado de Derecho Penal.* Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940. p. 81; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 60; SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 121. En contra ROY FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 149-50; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 55; CASTILLO ALVA: *El Homicidio... Ob. Cit.* pp. 191-192, para quién el homicidio para ocultar otro delito, a diferencia de la circunstancia del facilitar otro delito exige el concurso de un elemento objetivo, que se desprende de la fórmula empleada por nuestro legislador "matar para ocultar otro delito", que encierra una referencia a un acto preexistente; sin embargo este análisis olvida que nuestro legislador utiliza también la preposición "para" que indica un motivo –en este caso ocultar otro delito- que se proyecta al futuro. SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 98, y VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 45, señalan que al menos el delito que se pretende ocultar debe haber alcanzado el grado de tentativa.

iii) No interesa que el homicidio haya ocultado realmente la comisión del delito. Basta con que el homicida haya actuado con esa expectativa; y,

iv) En cuanto al aspecto procesal, este elemento teleológico o final del homicidio deberá acreditarse.

Para la configuración de esta agravante no se requiere que el homicida realice o haya realizado el delito que se pretende ocultar, ya que bien puede ser o haber sido realizado por un tercero, que puede ser o no cómplice del homicida; pues, lo que interesa es que esta haya actuado con esa finalidad, vg., el padre que causa la muerte del único testigo que presencio el hurto cometido por su hijo.

En general lo que se afirmó al analizar el supuesto del homicidio para facilitar otro delito, es aplicable al análisis de esta agravante, con la diferencia de que en este caso el delito que se pretende ocultar puede *ser lesiones culposas*, homicidio culposo, peculado etc.-.

f).3. Concurso real de delitos

Por último en caso de realizar o haber realizado el delito que se pretende ocultar con el homicidio, estaremos ante un concurso real de delitos. Este criterio ha sido plasmado en la Ejecutoria Suprema de fecha 11ABR06 recaída en el R. N. N° 4840-2005 – Tacna, que estipula: "*...se tiene que el imputado no solo violó a su menor hija, de tres años de edad, sino también la victimó, (...), a la vez que la arrojó a un matorral -de lo que se desprende el propósito homicida de ocultar la violación y evitar el hallazgo del cuerpo de la víctima; que, en tal virtud, son de aplicación los artículos ciento setenta y tres inciso uno y ciento ocho inciso dos del Código Penal en concurso real*".

g) Asesinato con gran crueldad

g).1. Fundamento

Consideramos que esta circunstancia calificativa, tiene un doble fundamento que reside *en un mayor contenido del injusto del hecho,*

ya que el delito es cometido de una forma tal que se hace padecer a la víctima sufrimientos innecesarios, que atentan contra la dignidad de la persona, lo que denota una mayor gravedad del hecho; y en una *mayor culpabilidad* basada en el ánimo del homicida de aumentar y prolongar el sufrimiento de la víctima de manera innecesaria lo que revela el ánimo cruel del agresor[711].

g).2. Definición

Generalmente en nuestro medio y en la doctrina extranjera, se suele identificaren su significado a esta agravante, con las palabras "sevicia" y "ensañamiento", que son utilizadas en el derecho comparado también para cualificar el homicidio[712]. Nuestro legislador utiliza la fórmula *"gran crueldad"*, la que atendiendo a la acepción que brinda el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, podemos entenderla con el mismo contenido de la "sevicia", que es entendida como "*crueldad excesiva*". Este término puede abarcar al "ensañamiento"; sin embargo, atendiendo a su significado gramatical, este requiere, además de la crueldad excesiva del agente, que este actúe "deliberadamente"; de este modo, todo ensañamiento constituye sevicia, pero no toda sevicia entraña ensañamiento.

Desde esta perspectiva podemos concluir *que esta circunstancia de calificación concurre, cuando el agente aumenta y prolonga el dolor*

---

[711] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 76; En la doctrina nacional sostienen que se trata de un elemento subjetivo de tendencia interna intensificada, en el cual radica el fundamento de su agravación: VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 298; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 84; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 99; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 110 observa que el fundamento de agravación reside únicamente en la mayor reprochabilidad que merece quien además de querer matar, lo hace de determinada manera buscando martirizar a la víctima; BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 56 señala que el fundamento de esta agravante se encuentra en la idea de querer matar de una manera determinada.

[712] Por todos CASTILLO ALVA: *El Homicidio...*, p. 195; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 76; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 153.

y sufrimiento de la víctima, atormentándola, y torturándola de manera innecesaria. Así, se presenta esta agravante cuando el homicida a resuelto matar a su víctima, no de una manera sencilla, sino infligiéndole padecimientos excesivamente crueles e inhumanos, como por ejemplo, cercenarla primero las orejas, castrarlo, sacarle los ojos, mutilarle las manos, golpearlo salvajemente, de modo que se va desarrollando un proceso doloroso que no es necesario para consumar el homicidio, o cuando el proceso de producción de la muerte supone un exceso notable del padecimiento, como cuando se emplean medios particularmente dolorosos por la intensidad o la duración del sufrimiento, por ejemplo cuando se ata a la víctima a un árbol para que sea devorada por las fieras o muera a consecuencia del hambre y sed, o como cuando se la incinera viva.

Nuestra Judicatura se ha pronunciado al respecto señalando que: "*... matar a la víctima con gran crueldad significa causarle, mediante la intensidad o duración de la acción, dolores físicos o psíquicos extraordinarios, que no son los propios de la acción homicida -incluso torturando o maltratando innecesariamente a la víctima y saboreando su sufrimiento (...)*"[713].

g).3. Elementos

g).3.1. Causación de un dolor y sufrimiento

Los dolores que se causa a la víctima pueden ser físicos o psíquicos. Los primeros recaen sobre el cuerpo de la víctima de manera directa, v. gr., torturas, quemaduras con cigarrillos, sumersión reiterada en el agua, introducción de alfileres bajo las uñas, etc. Los segundos, si bien no devienen de maltratos en el cuerpo del sujeto pasivo, determinan un sufrimiento de orden psicológico, vg., maltrato a los seres queridos, simulación constante de eliminación física, etc.

---

[713] Ejecutoria Suprema expedida por la Sala Penal Permanente en el R.N. N° 1488-2004 PIURA, de fecha 9SET04 en Actualidad Jurídica. Tomo 151. Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2006. p. 130.

No es necesario que el dolor psíquico este acompañado de un dolor físico, incluso, el agente puede bloquear el dolor somático y generar un cuadro de dolor psicológico, vg., cuando se aplica anestesia local a la víctima con la finalidad de que pueda apreciar la ablación de sus órganos internos[714].

La configuración de esta agravante exige la producción de un aumento del dolor o sufrimiento innecesario de la víctima, para lo cual se requiere:

i) Que los actos que definen esta agravante se desplieguen cuando la víctima esté con vida, quedando excluidos los actos de ensañamiento contra el cadáver, como el descuartizamiento, las acciones sádicas *"post mortem"*, ya que en este caso no hay dolor que aumentar. En este sentido, si se establece que el primer acto lesivo inferido a la víctima determinó su deceso instantáneamente, los demás actos lesivos, aun cuando hayan sido realizados con la intención de provocar un sufrimiento innecesario a la víctima, no configuran esta agravante.

   No existe mayor inconveniente en que los actos de gran crueldad se realicen antes de realizar los actos ejecutivos del homicidio, vg., cuando se le exige u obliga a la víctima a cavar su tumba o a presenciar la muerte de sus seres queridos antes de ser asesinada.

ii) La víctima debe estar consciente en el momento que el agente despliega su acción homicida de manera cruel, ya que solo en ese estado puede experimentar el dolor o sufrimiento; sin embargo, no se requiere de una situación absoluta de lucidez, pues también la víctima semiinconsciente puede sufrir innecesariamente[715]

[714] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 436.

[715] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 444.

En este mismo sentido nuestra Judicatura ha señalado que: "*No habiéndose comprobado que el seccionamiento de los miembros inferiores de la víctima haya sido* pre o post mortem, *habiendo indicado el acusado que cortó las extremidades de la agraviada una vez que esta se encontraba muerta con la finalidad de poder enterrarla en la fosa que había cavado, la agravante de gran crueldad no se encuentra constituida, ya que ella supone el matar de modo que el sujeto pasivo sienta que muere, esto es, la carencia de sentimientos humanitarios y de complacencia ante el mal ajeno*"[716].

En otra jurisprudencia más reciente, nuestra Judicatura expresa: "*Que, en cuanto a la gran crueldad, para la admisión de esta circunstancia calificativa se requiere en el delincuente la intención deliberada y el perverso apropósito de hacer más vivo y sensible el sufrimiento de la víctima, manifestación objetiva de una especial peligrosidad, tal es el caso del que reitera los golpes, o, dados los primeros, vuelve a golpear para asegurar el resultado. En reglas generales existe un ensañamiento del autor con su víctima, el cual tiene lugar cuando el sujeto aumenta deliberadamente el sufrimiento de esta sin que tal situación sea necesaria para producir la muerte, por tanto, significa un aumento inhumano del dolor de la víctima convirtiéndose en la forma más cruel que pueda imaginarse para dar muerte a una persona; que, de este modo, concreta y objetivamente es indispensable que la agonía y el sufrimiento cruel sean para el sujeto pasivo un sufrimiento o padecimiento extraordinario.*"[717]

g).3.2. La innecesariedad del dolor y sufrimiento

Un tema que es muy debatido a nivel doctrinario y jurisprudencial es el relativo a establecer cuándo el dolor o sufrimiento causado a la víctima, es *innecesario* en relación al acto homicida, debiendo enten-

---

[716] Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 2407-93. Cajamarca, de fecha 04ENE93 en Diálogo con la Jurisprudencia. *Ob. Cit.* p. 281.

[717] R.N. N°. 1192-2012-LIMA. 18/06/2010. Sala Penal Transitoria, en: GÁLVEZ VILLEGAS: y Nuevo Orden Jurídico..., Tomo II, 2015, p. 1044.

derse que el aumento del sufrimiento o dolor a que se hace referencia en esta agravante, es diferente al que es propio al producido con la causación de la muerte. Al respecto, una *tesis subjetiva* recurre al plan del homicida, por lo que considera que no concurre esta agravante cuando los actos desplegados por el homicida, antes de ocasionar definitivamente la muerte, eran necesarios para lograr su propósito. Así, en el caso del homicida que ejecuta torturas contra su víctima a fin de que este le indique el lugar donde se encuentra el dinero, si a consecuencia de estos actos se produce la muerte de la víctima, se concluye que no se configura esta agravante, ya que las lesiones eran necesarias para que el autor alcance su finalidad.

De otro lado, la *tesis objetiva,* a la que nos adscribimos, asume que para apreciar esta agravante se debe prescindir del plan el autor, pues lo que interesa es que se haya podido matar sin necesidad de acudir a procedimientos tan brutales[718]; por lo que no existe mayor inconveniente para apreciar esta circunstancia cualificativa cuando el homicida quema vivo a su víctima, pues objetivamente esta forma de matar era innecesaria, por más que fuera necesaria para que el homicida satisfaga su monstruoso rencor; o los actos crueles que despliega el homicida al momento de violar a su víctima, pueden ser necesarios para despertar su aberrante lujuria, pero son innecesarias para ocasionar la muerte realizada por el agente[719].

Es esta la posición que ha asumido nuestra Judicatura en algunas de sus resoluciones, conforme se puede advertir de las siguientes glosas:

> "*...para lo cual previamente torturaron con fuertes golpes de puños, puntapiés, culatazos de fusil e incluso fueron sometidos a la*

---

[718] MIR PUIG: *Ob. Cit.* p. 621; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 201 también asume esta posición al señalar que no es necesario contemplar la utilidad de emplear la crueldad en relación a lo pretendido por el autor, ya que objetivamente puede no justificarse su aplicación.

[719] TERUEL CARRALERO, Domingo. *Ensañamiento* en *Nueva Enciclopedia Jurídica.* Editorial Francisco Seix S.A, Barcelona, 1956. p. 593.

"técnica de sumersión" con la finalidad de que estos confesaran ser miembros de algún grupo subversivo (...) que teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que los acusados han acrecentado deliberada e inhumanamente el sufrimiento de los agraviados, causándoles un dolor que era innecesario para la perpetración de su muerte..."[720].

"Del análisis de las diligencias se colige que el homicidio calificado con el agravante de gran crueldad se encuentra debidamente acreditado, siendo la causa de la muerte traumatismo encéfalo craneano grave, asfixia y policontusión; medios probatorios que permiten establecer que los sujetos activos produjeron la muerte de los agraviados acrecentándoles deliberadamente su sufrimiento personal, al causarles, con las lesiones producidas durante el interrogatorio preliminar a su muerte e incineración, un dolor físico innecesario"[721] .

g).3.3. Elemento Subjetivo: El dolo

Para la consumación del asesinato, mediante la circunstancia materia de estudio, subjetivamente se requiere que el homicida sea consciente de que el dolor y sufrimiento que infiere es innecesario. Unánimemente en la doctrina se coincide en señalar que no basta que el número de heridas sea elevado, ni verificar una descarga completa del arma de fuego que utiliza el homicida; sino que es menester realizar un examen de la representación que ha tenido el homicida, respecto de los males innecesarios que provoca en la víctima.

El daño físico o psíquico que cuantitativa o cualitativamente sufre la víctima solamente tiene un valor indiciario o meramente referencial, es menester determinar que el homicida ha actuado con representación de que los males ocasionados a la víctima son innecesarios, para lo cual es pertinente realizar un análisis de las circunstancias que envuelven el crimen y los móviles que han impulsado al homicida, es decir,

---

[720] En SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 98.

[721] Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 6218-97. Cusco de fecha 03ABR98, en Diálogo con la Jurisprudencia. *Ob. Cit.* p. 280.

si actuó por venganza, odio o ira; sin embargo, nuestra Judicatura generalmente ha deducido sin mayor fundamentación este elemento subjetivo de la naturaleza y número de las lesiones[722].

Se discute con mucho fervor la posibilidad del *dolo eventual* en el asesinato cometido con gran crueldad; sin embargo, una posición que nos parece acertada es la que, partiendo de la identificación de esta agravante con la del ensañamiento, niega la posibilidad del dolo eventual señalando que se requiere para que se configure esta agravante, que el agente haya actuado de manera deliberada, lo que excluye el dolo eventual[723].

g).3.4. Ejecución de esta agravante en comisión por omisión

Es posible el asesinato con gran crueldad en comisión por omisión, así por ejemplo el caso del que para ocasionar la muerte de alguien, le niega toda posibilidad de alimentos y de agua, buscando que sufra intensamente hasta que finalmente desfallezca y muera[724].

h) Asesinato con alevosía

h).1. Fundamento

En la doctrina no existe un consenso sobre el fundamento de esta agravante. Un sector doctrinal, ahora minoritario, encuentra el

---

[722] Ejecutoria del 22ENE99, R.N. N° 4406-98 Lima en Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal.* Tomo I. Ideosa, Lima, 2002. p. 417-419 " (...) *que, dada la cantidad y naturaleza de las lesiones inferidas en el cuerpo de la víctima, de ellos se colige que los acusados han actuado con dolo homicida y por el otro con el propósito de hacer sufrir más a la víctima; que, siendo esto así, en el presente caso se ha configurado la circunstancia cualificante del homicidio con crueldad, (...), y no la del homicidio por ferocidad, (...), pues la configuración de esta última circunstancia el sujeto activo realiza su conducta delictiva sin ningún motivo ni móvil aparentemente explicable*".

[723] Así FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 96.

[724] BACIGALUPO: *Ob. Cit.* p. 49.

fundamento de esta agravante en *un mayor contenido de la culpabilidad*[725]; sin embargo, en consonancia con la opinión mayoritaria observamos en esta agravante *un mayor contenido del injusto* de la acción homicida, derivado de una mayor peligrosidad objetiva de la acción, al emplearse medios, formas y modos objetivamente idóneos para asegurar la ejecución de la acción de matar[726], y de la tendencia subjetiva del agente hacia dicho aseguramiento sin riesgos para su autor[727]. En tal sentido, como elemento del injusto es factible su extensión y aplicación a los partícipes[728].

Otro sector considera que esta circunstancia cualificativa tiene un *carácter mixto*, es decir, una mayor dosis del injusto del hecho y una mayor culpabilidad, que se deriva de la acentuada peligrosidad de la acción, pero también revela una mayor culpabilidad, ya que el homicida dispone de las condiciones más favorables para asegurarse la materialización del resultado. En este sentido, PEÑARANDA RAMOS[729], sostiene que en el asesinato con alevosía existe una *meditación* o *reflexión suplementaria* precedido de una planificación o preorde-

---

[725] Por todos CAMARGO HERNÁNDEZ, César. *La Alevosía*. Bosch, Barcelona, 1953. p. 41.

[726] MIR PUIG: *Ob. Cit.* p. 618; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 63; CEREZO MIR: *Ob. Cit.* pp. 377-378; MORALES PRATS: *Ob. Cit.* p. 42; DEL ROSAL BLASCO: *Ob. Cit.* p. 692; ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 70; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 207-208.

[727] GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 108 y 110, precisa que no es necesario que los medios utilizados por el homicida sean idóneos, para que se configure esta agravante, por lo que no siempre se dará una mayor peligrosidad de la acción.

[728] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 459.

[729] En este sentido PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 193, señala que: "La meditación o reflexión suplementarias concurrentes en todo homicidio precedido de una planificación o preordenación significativa de los medios o las formas de ejecución, distancian sustancialmente esta figura de la del homicidio común, caracterizado por una ejecución más espontánea, impetuosa o impulsiva".

nación significativa de los medios o las formas de ejecución, que la distancian sustancialmente de un homicidio común, caracterizado por una ejecución más espontánea, impetuosa o impulsiva. Sin embargo, consideramos que esta tesis no es del todo correcta, ya que la alevosía no exige ningún tipo de premeditación o preparación, pudiendo surgir en el mismo momento en que se ejecuta el hecho[730], vg., el caso del homicida que aprovecha que su enemigo le da la espalda.

h).2. Definición

Nuestro Código no contiene una definición de la alevosía, lo que ha permitido que la jurisprudencia y la doctrina, en innumerables oportunidades, la hayan utilizado en situaciones distintas; sin embargo, cabe reconocer que esta agravante tiene un origen hispánico[731], y es a partir de esta afirmación que consideramos que debe elaborarse su definición.

En España, luego de sucesivas modificaciones se elaboró legislativamente el concepto de la alevosía, así en un primer momento según el Código Penal Español de 1848 había alevosía "cuando se obraba a traición y sobre seguro". Lo central en el asesinato alevoso es que el sujeto activo despliega su acción empleando medios, formas o modos que tienden *al aseguramiento de la ejecución de la acción de matar con evitación de los riesgos provenientes de la reacción defensiva de la víctima*[732]*o de terceros*, que deban o puedan oponerse a la acción de

---

[730] En igual sentido, MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 54.

[731] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 63; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 37; FONTÁN PALESTRA: *Ob. Cit.* p. 91.

[732] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 372; CASABONA: *Ob. Cit.* p. 70; GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 107; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 53; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 64; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 111; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* pp. 86-87; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 37; LEVENE: *Ob. Cit.* p. 229; DONNA: *Ob. Cit.* p. 41; FONTÁN PALESTRA: *Ob. Cit.* p. 92: "La alevosía resulta de la idea de seguridad y falta de riesgo, como consecuencia de la oportunidad y de los medios elegidos".

matar y no que simplemente puedan reaccionar después de su ocurrencia[733]. Este contexto puede llevar, en algunas ocasiones, a que el agente actúe traicionera o cobardemente, pero estas nociones son ajenas a su fundamento. En este sentido, matar a alguien llevándolo con engaños a un lugar solitario, atacarlo por la espalda, por sorpresa, o ganándose su confianza, puede mostrar una actitud traicionera y cobarde del homicida, pero ahí no radica su fundamento de la alevosía, sino en la utilización de esos medios para asegurar la ejecución del delito, evitando los riesgos de la posible defensa de la víctima o de terceros[734].

Tampoco es indispensable para los efectos de la presente agravante, que el sujeto activo aproveche una especial relación de confianza que pudiera tener con su víctima para causarle su muerte, ya sea derivada de una relación afectiva o sentimental u obtenida por el asesino mediante engaños. Sobre este punto en España BACIGALUPO asume una posición opuesta y señala que: "La gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es *producto de la confianza que la víctima depositó en el autor*. De esta manera en la alevosía concurre el abuso de superioridad junto al abuso de confianza. El que obra con alevosía no solamente aprovecha la indefensión de la víctima sino que *quebranta la confianza especial* que la víctima le proporcionó, poniéndose prácticamente en sus manos"[735]. Esta tesis sin embargo, no resulta aplicable en nuestro medio, en principio porque

---

[733] CREUS: *Ob. Cit.* p. 20; PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 207, señala que la expresión "defensa por parte del ofendido" que es utilizada por el texto español debe ser interpretado en el sentido de "defensa efectuada en su favor o interés, aunque sea por terceros".

[734] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 377, precisa que no es necesario que se dé la traición para que concurra la alevosía, asimismo indica que un comportamiento alevoso no es generalmente un comportamiento cobarde, recordándonos los casos de ataques alevosos contra la vida de los monarcas cuando se encontraban rodeados de su escolta; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 216.

[735] *Ob. Cit.* p. 38.

nuestro legislador ha preferido la utilización del término "alevosía" al de "perfidia" -término que fue utilizado en el Código Penal de 1924-, con la finalidad de simplificar la interpretación de esta agravante[736]; y finalmente porque asumir esta concepción de alevosía implicaría dejar fuera del ámbito de aplicación de esta agravante casos típicos de un actuar alevoso en los que no existe una especial relación de confianza entre autor y víctima, como por ejemplo el de aquel homicida que al enterarse de la identidad de la pareja actual de su ex-cónyuge, le hace un seguimiento de su recorrido diario y su itinerario, para después desde la azotea de un edificio, en horas de la noche mientras su víctima realizaba sus ejercicios acostumbrados, dispararle con un arma con mira telescópica causándole la muerte[737].

h).3. Elementos

En la configuración de esta agravante podemos distinguir tres elementos[738]:

---

[736] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 66: "Al dar preferencia al término más amplio, el legislador ha simplificado la interpretación de esta circunstancia agravante comentada; pues quien actúa pérfidamente, en el sentido estricto, lo hace también con alevosía".

[737] Ejecutoria Suprema recaída en el R.N Exp. 40-2005 Arequipa de fecha 31MAY05: "... que conforme se advierte de la revisión y análisis de los actuados, se encuentra acreditada la comisión del delito imputado (...); delito que encuentra previsto y penado en el artículo 108 inciso 3 del Código Penal, tipificado como homicidio calificado (asesinato), perpetrado con alevosía, ya que se ha probado que en su ejecución se trató de asegurar el resultado, buscando el momento oportuno para que la víctima, estuviera sola e indefensa en su domicilio, por lo que hasta se efectuó previamente una vigilancia constante de sus actividades. Quinto.- Que el encausado K.J.S.B reconoce haber planificado el delito, para lo cual habría realizado funciones de vigilancia de las actividades de la occisa, días antes de la comisión del delito, con la finalidad de encontrar el momento propicio para su realización".

[738] En la sentencia de fecha 7 de Abril del 2009, recaída en el Exp. N° A.V. 19-2001 (Caso Barros Altos – Cantuta), se señaló que esta circunstancia requiere para su constitución de cuatro requisitos: "... a) *Normativo*, sólo

h).3.1. Elemento objetivo: Modus operandi

El primer elemento se encuentra representado por la utilización o empleo de medios, modos o formas -por parte del sujeto activo-, que tiendan a un objetivo concreto: asegurar el hecho sin riesgo. Bajo este contexto, el *modus operandi* en la alevosía tiene por finalidad evitar el peligro que supone la defensa del sujeto pasivo colocándolo a aprovechándose de su estado de indefensión; y, asegurar la ejecución del delito, para lo cual no es necesario que el sujeto haya elegido determinados medios o formas de ejecución, basta el aprovechamiento de las circunstancias que ya le vienen dadas[739], por lo que no existe mayor inconveniente que el autor utilice los medios alevosos que le proporciona un tercero[740].

La opinión más generalizada señala que no hay problema para considerar a estos supuestos dentro de esta agravante siempre y cuando exista un *aprovechamiento consciente o deliberado*, es decir, según esta tesis, no basta que concurra objetivamente una situación favorable para asegurar, sin riesgo, la ejecución del hecho -vg., que el

---

aplicable a los delitos cometidos contra las personas; b) *Objetivo*, radicado en el "*modus operando*" y se refiere al empleo de medios, modos o formas en la ejecución, tendentes a asegurarles, eliminando cualquier posible defensa de la víctima; c) *Subjetivo*, el agente ha de haber buscado intencionalmente, o al menor haberse aprovechado conscientemente, de perseguir eliminar toda resistencia del ofendido; y d) *Teleológico*, ha de comprobarse si en la realidad, en el caso concreto , se produjo efectivamente una situación de total indefensión ...Lo relevante es, en *primer lugar*, el empleo de medios o modos que tiendan a asegurar la ejecución del homicidio; *segundo*, la seguridad en su ejecución y la ausencia de riesgo para el autor; y, *finalmente*, la conciencia del agente de la situación de indefensión de la víctima y por la elección de los medios y formas de asegurar el homicidio" (fj. 699).

[739] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 372.

[740] GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 107, señala que sólo se requiere que el agente utilice los medios, modos o formas de ejecución que están a su disposición, con el fin de asegurar la ejecución e impedir una reacción defensiva de la víctima.

sujeto pasivo simplemente se encuentre durmiendo o distraído-[741], es necesario establecer el propósito del homicida de utilizar específicamente esa situación favorable para asegurar la ejecución del hecho[742]. Al respecto CORDOVA RODA señala, correctamente a nuestro criterio, tres supuestos, en los cuales se excluye la agravación, pese al conocimiento de una ocasión favorable: a) aquellos casos en los que el sujeto está decidido a cometer el delito y, al realizarlo se encuentra con una situación determinante de la indefensión de la víctima; b) aquellos otros en los que el agente lleva a cabo la conducta criminal en un estado psíquico excluyente de la voluntad de aprovechamiento –vg., en estados pasionales-; y c) los supuestos de ataques a personas constitucionalmente indefensas, si el agente no ha querido aprovecharse de la calidad de la víctima al realizar el delito[743].

---

[741] CREUS: *Ob. Cit.* p. 21: "No es suficiente ni la mera inadvertencia de la víctima, ni su imposibilidad de defensa, ni la ausencia de riesgo, si ello no fue lo que motivó la acción del autor; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 214: "la agravante sólo podrá apreciarse si el estado de indefensión de la víctima, preexistente a la ejecución del hecho, fue decisivo para la comisión del delito, esto es, si el autor eligió voluntariamente matar al sujeto pasivo basándose en ese estado de indefensión".

[742] Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 999-2004 Tacna de fecha 6JUL04: "(...) pero se debe apreciar al interpretar la alevosía en otra de sus modalidades, donde la doctrina mayoritaria considera que es una circunstancia de naturaleza mixta en que concurren tanto elementos objetivos, manifestados en este caso en el obrar sin riesgo y en el estado de indefensión de la víctima, por un lado, y en la voluntad y conciencia de aprovechar las situaciones objetivas que se presentan, por el otro; de acuerdo a esta posición, la alevosía no puede ser vista como una circunstancia objetiva o como una agravante subjetiva dado que ningún criterio aislado logra explicar satisfactoriamente su esencia, por lo que se debe hacer una consideración integral del hecho como se da en el presente caso, toda vez que los procesado actuaron no sólo con conocimiento y voluntad, sino también con premeditación (...), tomando en consideración que ellos sabían que el agente pasivo estaba en estado de ebriedad, (...)". En CASTILLO ALVA. *Jurisprudencia 1*: *Ob. Cit.* p. 107

[743] *Ob. Cit.* p. 548 y ss.

En este punto, se discute si este elemento debe ser enfocado subjetiva u objetivamente. Desde la primera perspectiva (subjetiva) bastará que el agente considere adecuados los medios, modos o formas que utiliza para asegurar la ejecución y eliminar las posibilidades defensivas de la víctima o de terceros; mientras que, desde el punto de vista objetivo, lo que se debe verificar o determinar es, si en el desarrollo de los hechos, los medios, modos o formas empleados por el homicida, aparecen *ex ante* como idóneos para asegurar la ejecución y evitar riesgos.

Por nuestra parte consideramos que se debe partir de un análisis subjetivo-objetivo. En este sentido, la elección de los modos, formas o medios de acuerdo a la planeación del sujeto activo, deben estar orientados a asegurar su propósito; sin embargo, estos, desde una perspectiva *ex ante*, deben aparecer como objetivamente idóneos. La idoneidad, a decir de PEÑARANDA RAMOS, debe evaluarse mediante un juicio *ex ante* efectuado desde el punto de vista de un espectador objetivo en atención a la totalidad de las circunstancias del hecho que sean cognoscibles en el momento en que se realiza la acción y en los particulares y especiales conocimientos que entonces tuviese el agente[744]. Desde esta perspectiva, la alevosía concurre independientemente de que se logre o no asegurar la ejecución de la acción homicida[745], ya que estamos ante una circunstancia de *tendencia*[746].

h).3.2. Elemento subjetivo

El segundo elemento está representado precisamente por la finalidad u objetivo perseguido por el homicida: el aseguramiento en

---

[744] *Ob. Cit.* p. 195.

[745] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 374, al respecto nos indica que no es preciso que el sujeto consiga realmente asegurar la ejecución e impedir los riesgos que pudieran provenir de la defensa del agredido para que concurra la alevosía, pero es preciso que *ex ante* aparezca como probable la consecución de dichos fines.

[746] GRACIA MARTIN: *Ob. Cit.* p. 108.

la ejecución de la acción de matar y la ausencia del riesgo. Ambas finalidades deben concurrir, de no ser así, no podrá apreciarse esta agravante[747]; por este motivo no se configura esta agravante cuando la finalidad del homicida no ha sido la de evitar riesgos para su persona, sino por ejemplo de acabar con el dolor de un enfermo terminal a fin de proporcionarle una muerte menos dolorosa[748]. En un sentido más general, se debe señala que no es suficiente la mera inadvertencia de la víctima, ni su imposibilidad de defensa, ni la ausencia del riesgo, si ello no fue lo que motivó la acción del autor[749].

En este sentido, si el sujeto acomete a otro creyendo que el sujeto agredido se encuentra armado y dispuesto para la defensa, sin estarlo realmente, no habrá alevosía; asimismo, si el agente ataca armado a otro creyendo que se encuentra dormido o indefenso, cuando en realidad estaba fingiendo dicho estado, encontrándose preparado para repeler la agresión, tampoco habrá alevosía. Igualmente, no existe alevosía en los casos en los que el agente ataca a la víctima creyendo que ella se estaba defendiendo o cuando habiendo premeditado un actuar alevoso, al llevar a cabo el hecho de manera que le implique afrontar un riesgo de la defensa de la víctima o de terceros, vg., quien habiendo decidido dar muerte a un niño, se da con la sorpresa de que este era cuidado por una persona, pero igualmente realiza la acción homicida[750].

h).4. Clases

La doctrina atendiendo a los modos, situaciones o instrumentos utilizados por el homicida, distingue tres grupos de asesinato alevoso:

h).4.1. El asesinato *proditorio* que es precedido por una emboscada, acecho, o apostamiento o asechanza a la víctima, que implica

---

[747] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 373.

[748] GONZALES RUS: *Ob. Cit.* p. 67.

[749] CREUS: *Ob. Cit.* p. 21.

[750] CREUS: *Ob. Cit.* p. 21.

un proceso deliberativo y la elaboración de un plan delictivo, con ocultamiento del agente en lugar propicio o paso de la víctima[751].

h).4.2. El asesinato por *sorpresa*, caracterizado por el ataque súbito o inesperado, con total falta de prevención por parte del agraviado dado el modo repentino e inopinado de la acción, vg., el caso del homicida que atropella a su contendor, ejecutando una maniobra imprevisible y súbita que le impide a su víctima cualquier reacción elusiva.

Generalmente en estos casos el homicida oculta su intención agresora, como cuando se disfraza para poder acercarse a su víctima o finge autoridad, o aprovecha de una especial relación de confianza –amistad, parentesco, etc.- entre este y su víctima, ya sea obtenida mediante engaños o no, o cuando se disimula la enemistad o se atrae a la víctima con halagos y demostraciones que la induzcan a entregarse confiadamente en manos de su victimario[752].

Para la configuración de esta modalidad es indiferente que haya existido una situación de *riña previa*, ya que esta no justifica el empleo de medios arteros que generen una situación de superioridad, como por ejemplo, cuando se emplean armas que se llevan ocultas, o

---

[751] Ejecutoria Suprema 4623-97-Ayacucho de fecha 18NOV97: "Los acusados procedieron a aguardar a la víctima en el lugar que usualmente transitaba, luego de sus labores, para atacarla por la espalda con un cuchillo e inferirle lesiones de magnitud, todas ellas conducentes a cegar la vida de la agraviada, de lo que se colige que los agentes en todo momento ha empleado formas tendientes a conseguir el éxito de su acción delictiva y sin riesgo para su persona" en Diálogo con la Jurisprudencia. *Ob. Cit.* p. 283.

[752] "... que se puede apreciar que el acusado había preparado debidamente el enfrentamiento con el agraviado, habiéndose inclusive proveído de los elementos contundentes que podría utilizar ante la eventual reacción de la víctima, a quien haciéndola confiar a través de un acto de amabilidad le ofreció trasladarlo hasta su domicilio en el vehículo que conducía habiendo a modo de refuerzo solicitado a su coacusado que lo acompañara, ubicándose éste estratégicamente en la parte posterior del vehículo, detrás del agraviado y reaccionando en el momento oportuno conforme al plan macabro fríamente ejecutado", en CASTILLO ALVA: *Jurisprudencia Penal 2. Ob. Cit.* p. 27.

como cuando la agresión letal se produce aprovechando la situación de inmovilidad de la víctima –vg., el homicida que aprovecha que el agraviado se encuentra sujetado por sus cómplices, impidiéndole cualquier tipo de movimiento, para asestarle varios navajazos-;

Un caso paradigmático de nuestra jurisprudencia nacional, de esta clase de asesinato, fue el que ejecutó el destacamento Colina en Barrios Altos y en la Universidad la Cantuta, conforme se puede apreciar de los hechos probados que se transcriben a continuación:

> *"En el presente caso, conforme a la ejecución del hecho y a los móviles determinantes de las muertes ocurridas en el solar de Barrios Altos y en la avenida Ramiro Prialé, se tiene que no solo se preparó anticipadamente la comisión del delito –lo que presupone la existencia de un plan preconcebido, por lo menos en sus lineamientos de ejecución-, a cuyo efecto se constituyó un Destacamento Especial de Inteligencia, cuya misión específica era, entre otras, matar a quienes estimaban que estaban vinculadas al aparato político o militar de la organización terrorista "Sendero Luminoso". Los ejecutores materiales actuaron con absoluta frialdad y determinación, en lo que entendían era una operación de eliminación de terroristas, a cuyo efecto incursionaron con sigilo y decisión al Solar del Jirón Huanta – Barrios Altos y a la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle", La Cantuta, donde, aparentando una operación de registro y búsqueda de terroristas en instalaciones de los estudiantes y profesores, sorprendieron a las víctimas, que no esperaron una operación semejante, las sometieron y les dieron muerte utilizando su armamento de guerra (...). En el primer caso, irrumpieron en el solar del Jirón Huanta ochocientos cuarenta, aprovecharon que los agraviados se encontraban departiendo en una "pollada", separaron a determinados asistentes y dispararon contra ellos sin miramiento alguno, lo que incluso determinó el asesinato de un niño. En el segundo caso, bajo la apariencia de una operación de identificación de posibles subversivos, ingresaron a la Universidad La Cantuta –que incluso se encontraba bajo con-*

trol militar-, redujeron a quienes consideraron senderistas -sobre la base de una identificación previa decidida con anterioridad-, los llevaron a un descampado en la avenida Ramiro Prialé y, sin más, los ejecutaron utilizando el armamento de guerra que portaban, y luego los quemaron y enterraron para ocultar el crimen perpetrado.(...). En estas condiciones es indiscutible que el crimen fue alevoso. Así se planificó y así se realizó, a la vez que para su ejecución se contó con la formación castrense de los autores materiales. Se sorprendió a las víctimas para inmovilizarlas, se cuidó que se encontraron desarmadas, se las sometió y, luego, se las atacó con armamento de guerra, evitando cualquier maniobra defensiva de su parte y asegurando su muerte. Hubo, pues, indefensión de las víctimas y se aseguró el resultado letal, sin riesgo para los ejecutores; todo ello, por lo demás, se buscó de propósito (...). El aprovechamiento de especiales circunstancias de tiempo y lugar, el ataque inesperado para las víctimas -rápido y por sorpresa, en el Caso Barrios Altos-, el procedimiento empleado por los ejecutores materiales que dejó a los agraviados sin capacidad de respuesta y destinado a facilitar la ejecución, el estado de desvalimiento de las víctimas -que se encontraban desarmados, sujetas al poder de sus atacantes- que supuso su total indefensión, no hace sino ratificar la alevosía de la conducta de sus atacantes"[753].

h).4.3. El asesinato con *aprovechamiento del desvalimiento o indefensión del ofendido no provocada por el sujeto activo.* Sobre este punto existen dos posiciones, la primera de ellas parte de la premisa de que basta que el sujeto activo aproveche o encuentre a la víctima en una situación de indefensión para que se configure esta agravante; de este modo, se llega a afirmar que son alevosos todos los homicidios causados a personas constitucionalmente indefensas, como niños, recién nacidos o de corta edad, ancianos e inválidos. Una segunda posición, entiende que en estos casos el aseguramiento de la ejecución y la

[753] Fj. 700 y 701 de la sentencia de fecha 7 de Abril del 2009, recaída en el Exp. N° A.V. 19-2001 (Caso Barros Altos - Cantuta).

ausencia del riesgo personal deben proceder de los medios, modos o formas de ejecución dispuestos por el homicida, lo que no sucede en casos donde la ejecución se encuentra de antemano asegurada por una característica –indefensión- inherente a la víctima[754]. Sin embargo, esta afirmación no puede llevarnos a concluir que en todos estos supuestos de víctimas constitucionalmente incapaces de defenderse, no quepa hablar de alevosía, pues aún en estos casos existe la posibilidad de defensa de la víctima, y por tanto que el homicida trate de evitar esos riesgos[755]; así por ejemplo el anciano o el inválido pueden disponer de algún medio de defensa a su alcance –el intercomunicador con el que podría dar aviso a su seguridad-, y si este es previamente eliminado por el homicida –como cuando desconecta el cable el intercomunicador-, no hay ningún impedimento para apreciar la alevosía.

En igual sentido en el caso de los menores de edad estos pueden defenderse pidiendo ayuda y poner en peligro al agresor; e inclusive en los casos de niños de muy corta edad o en los casos de plena inconsciencia también es factible la configuración de esta agravante, cuando por ejemplo se aleja con engaños a las personas que estaban encargadas de su protección[756].

En tal sentido, en estos casos consideramos que se puede apreciar la circunstancia de la alevosía cuando el *autor disminuye aún más la natural incapacidad de defensa de la víctima*[757] *o la que pueda provenir de terceros*, vg., cuando se lleva mediante engaños a un niño a un lugar despoblado para darle muerte.

---

[754] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 64; CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 374; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 52.

[755] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 374 (pie de página N°7).

[756] Mantiene una tesis opuesta MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 53 quién indica que en estos supuestos no es posible una reacción defensiva por parte del ofendido, por consiguiente en estos casos no puede configurarse la alevosía al faltar uno de sus presupuestos.

[757] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 477.

En aquellos casos denominados como *"indefensión circunstancial"*, vg., de las personas que se hallan acostadas, dormidas, embriagadas y en general en cualquier circunstancias que impidan realizar una defensa mínimamente eficaz, también es menester realizar algunas reflexiones. Así, si el sujeto se encuentra sin proponérselo ante estas situaciones, y únicamente se limita a aprovecharlas, consideramos que no es factible apreciar un supuesto de alevosía, lo que no sucede en el caso del homicida que espera que se produzcan tales circunstancias favorables y se *aprovecha conscientemente de ellas,* o cuando se emplea medios específicamente destinados a provocar dichas circunstancias, como por ejemplo cuando se suministra un somnífero a la víctima, supuestos en los cuales es perfectamente posible apreciar esta agravante[758].

h).5. Casos de desaparición de la alevosía inicial y de alevosía sobrevenida

Un tema que se debate a nivel doctrinal es el relativo a aquellos casos conocidos bajo el rótulo de *"ocasionamiento de muertes que empiezan como asesinato y acaban como homicidio"*, en el que se discute si para la configuración de la alevosía basta que este elemento se encuentre presente en el momento inicial de la ejecución delictiva, o se requiere también su presencia en los demás actos consumativos del homicidio. Así por ejemplo, en el caso del agente que dispara alevosamente dos tiros que no alcanzan a la víctima, y sin embargo, cuando realiza un tercer disparo logra matar a la víctima, cuando ya no se presentan los presupuestos de esta agravante. La doctrina entiende de manera mayoritaria que en estos supuestos cabe apreciar un concurso

---

[758] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 208; CASABONA: *Ob. Cit.* p. 70: "No es necesario que el sujeto haya elegido o buscado los medios alevosos, pues es suficiente con que los utilice conscientemente con la finalidad propia y específica de esta agravante, incluso aunque los haya aportado un tercero"; FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 93, señala que "no es siempre alevosa la muerte del recién nacido, del anciano inerme, del paralítico, y en fin, de todos aquellos que no puedan ser matados de otro modo; ello dependerá de que la situación haya motivado o no la decisión del homicida".

ideal entre tentativa de asesinato y homicidio consumado[759], en la medida que la alevosía solo estuvo presente en el inicio de la acción y no en la consumación del hecho.

Por el contrario en el supuesto inverso, es decir de *aquellas muertes que se ocasionan mediante acciones que comienzan como homicidio y terminan como asesinato,* no cabe apreciar un concurso ideal, pues el posible homicidio inicial intentado sería absorbido por el delito de asesinato, pues se trata de un concurso de leyes (principio de consunción)[760]; vg., cuando el sujeto ha iniciado una conducta homicida sin alevosía, en una lucha cuerpo a cuerpo contra su víctima, logra reducirla y, teniéndola completamente a su merced, lo acuchilla.

h).6. Conocimiento de la víctima del número de agresores y su nivel de peligrosidad

En este caso, el victimario no aprovecha ninguna situación de indefensión, puesto que al tener conocimiento la víctima de la potencialidad y gran número de los agresores puede proveerse de los medios defensivos frente a la agresión homicida, por lo que la alevosía no se encuentra presente[761].

---

[759] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Estudios de Derecho Penal.* Tecnos, Madrid, 1990. p. 272; GRACIA MARTIN: *Ob. Cit.* p. 139; BAJO FERNANDEZ: *Ob. Cit.* p. 70. Sin embargo consideramos que esta solución debe matizarse y apreciar un concurso real en los casos en que hubiera transcurrido un lapso de tiempo significativo entre uno –la tentativa de asesinato- y el otro hecho –homicidio-. Así MORALES PRATS: *Ob. Cit.* p. 51.

[760] GRACIA MARTIN: *Ob. Cit.* p. 140.

[761] La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este punto en los siguientes términos: *"Ahora bien, en el presente caso, alejando un poco el lente de observancia y apreciando una toma más amplia y completa de las acciones, se puede apreciar –la prueba lo determina sin oposición- que los procesados (...) y (...), desde el palco F-217 (pisos más arriba) en los que se encontraban ubicados, se trasladaron por el conducto del pasadizo del nivel C, ingresando violentamente por el palco C-140 y dentro de un grupo de cinco hinchas del Club Universitario de Deportes, hasta el palco C-130; evidentemente,* el

h).7. El dolo eventual

Como se ha indicado, es perfectamente posible la comisión del asesinato alevoso con dolo eventual; sin embargo, se debe precisar que cuando se afirma que la alevosía implica el aseguramiento de la ejecución del hecho, se está haciendo referencia a la ejecución de la acción de matar, y no al aseguramiento de la consumación del resultado muerte[762]. Lo único que se requiere para la configuración de un asesinato alevoso es que el empleo de los medios, modos o formas tiendan a asegurar la ejecución de un hecho que probablemente pueda producir la muerte, de un modo seguro o no, que dependerá de

---

agraviado, desde su palco número C-128, observó el avance de los agresores, era consciente del número de sujetos y hasta de su nivel de agresividad -no se trató por tanto de una emboscada o ataque sorpresa-; lo razonable en dichas circunstancias era guarecerse del peligro, por ejemplo, ingresando al interior del palco como lo hicieron el resto de espectadores de dicha zona; sin embargo, el agraviado fue al encuentro de los atacantes con la idea de impedir su avance por medio de un enfrentamiento -no es trascendente a los efectos del análisis de la presente agravante los motivos de su acción defensiva-, posicionándose en una zona de riesgo para un enfrentamiento cuerpo a cuerpo. La gresca efectivamente se produjo, los testigos de cargo dan cuenta de agresiones mutuas entre los procesados (...) y (...) y la víctima, con la clara desventaja no solo numérica sino que además se hallaba en una posición de riesgo -pero asumida por este-, los riesgos de precipitación estaban presentes y no debe perderse de vista que los agresores pretendían enfrentase no únicamente con el agraviado sino con un grupo de hinchas del club de futbol contrario (Alianza Lima); sin embargo, en el contexto de la pelea, aquellos aprovecharon la cercanía de la víctima con el palco para que uno lo levantara de una pierna y el otro lo impulsara hacia el vacío, algo que, desde luego, podría haber sido calculado por la víctima. Las posibilidades de defensa en el enfrentamiento, entonces, estuvieron presentes, aun cuando por la posición riesgosa y defensiva del agraviado, no fueron efectivas en el último instante. La acción homicida no estuvo, por tanto, prevalida de un medio alevoso, por lo que tal agravante no concurre en el accionar de los encausados (...)" (R.N. N° 1658-2014 Lima, 15 de marzo del 2016).

[762] Procede a esta identificación por ejemplo BUSTOS: *Ob. Cit.* p. 24, razón por la cual considera que el dolo eventual no es compatible con el asesinato alevoso; Por su parte GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 136 señala que esta agravante es de tendencia por tanto incompatible con el dolo eventual.

la finalidad del sujeto activo; así, piénsese por ejemplo en el caso del sujeto que con el fin de dar un escarmiento a su enemigo, lo espera en un lugar apartado hasta que aparece, abordándolo sorpresiva e intempestivamente, y lo tortura con fuertes golpes, representándose la probabilidad de ocasionarle la muerte[763].

h).8. Ejecución de esta agravante en comisión por omisión

Consideramos que no es factible el asesinato alevoso en comisión por omisión, ya que, como se ha indicado, el asesinato alevoso exige la utilización de medios que aseguren la ejecución mediante la realización de una conducta activa[764].

h).9. La alevosía y la grave alteración de la conciencia

Un tema que también es discutido es la compatibilidad de esta agravante con aquellos supuestos de imputabilidad disminuida –vg., estado de ebriedad-, o con estados emotivos o pasionales. Al respecto consideramos que no hay mayor inconveniente en admitir la alevosía en estos casos, siempre y cuando tales perturbaciones o alteraciones coexistan con una especial planificación o preparación del hecho que denoten un grado de lucidez tal que le permita captar el alcance del modo de agresión utilizado.

h).10. Alevosía por empleo de veneno

El uso de veneno para materializar el homicidio estaba considerado como uno de los supuestos agravados por el empleo de medios

---

[763] Como se ha señalado en el punto 3.6 no hay justificación –en el ejemplo propuesto-, para valorar esta circunstancia fuera del delito de asesinato, máxime si partimos de que el asesinato no es sino un homicidio agravado; en este mismo sentido PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 203: "La conducta homicida realizada con dolo meramente eventual de producción de la muerte no deja por ello de ser también una acción de matar, cuya ejecución puede ser igualmente asegurada sin riesgo procedente de una posible defensa. En tal caso no hay razón alguna, a mi juicio, para pensar que el homicidio con dolo eventual no quede cualificado por la concurrencia de la alevosía como asesinato".

[764] GRACIA MARTIN: *Ob. Cit.* p. 133.

catastróficos previstos en el numeral 4 del artículo 108° del Código Penal, el mismo que consideraba a la alevosía en el numeral 3. Con la modificación introducida por la Ley N° 30253 (Pub. el 24 de octubre del 2014), se dejó de considerar al "veneno" como uno de estos medios catastróficos y ya no se hace referencia al veneno en ninguno de los numerales de este artículo. En tal sentido, estando a que el empleo de veneno para causar la muerte, significa asegurar el hecho sin correr mayor riesgo y aprovechando una particular situación de indefensión de la víctima, en realidad se trata de una modalidad de homicidio por alevosía. En efecto, el veneno fue considerado inicialmente en el Código Penal de 1991 junto a la crueldad y alevosía (inciso 3 del art. 108°); sin embargo, mediante D. Leg. 896, del 24 de mayo de 1998, se la incorporó dentro del inciso 4 del artículo 108° como circunstancia de peligro común junto al fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas. Con ello, la aplicación de esta agravante quedó restringida solo para aquellos supuestos en los que el "veneno", independientemente del procedimiento (alevoso o no) que se utilizaba para administrarlo, devenía en un peligro en general para la vida o salud no solo de la víctima sino de terceros; vg., cuando es suministrado en banquetes, fuentes, ríos, etc.

Con la modificación actual, el uso de veneno queda comprendido en el uso general de la alevosía[765]. Esto es, cuando se emplea el veneno directamente sobre el sujeto pasivo, con el fin de asegurar la ejecución del delito y evitar los riesgos provenientes de una posible defensa de la víctima o terceros, aun cuando no se ponga en peligro la vida o salud de terceros. Por el contrario, si se ataca a otro directa-

[765] GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 116; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 67 señala que en el resto de supuestos de veneno han de considerarse siempre como asesinato por alevosía. CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.*, p. 505, la regulación separada de la alevosía y del veneno es justamente porque se busca caracterizar a la circunstancia del veneno por sí misma, por su intrínseco valor de medio, independientemente de la forma o modo como se la suministre, de no ser así, se estaría extendiendo la esencia de la alevosía al veneno, cuestión que es reprobable.

mente con un puñal envenenado, posibilitando la defensa por parte del ofendido, estaríamos frente a un homicidio simple, ya que el veneno coopera como pudiera cooperar la mayor perfección mortífera de un arma al estar bien afilada; ahora bien, si el propósito fue aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima, nos hallaríamos ante un asesinato con gran crueldad si se dan sus elementos restantes[766].

Ahora bien, respecto a la definición del término *veneno*, la doctrina tampoco se ha puesto de acuerdo. Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define como "cualquier sustancia que introducida en el cuerpo o aplicada en él en poca cantidad ocasiona la muerte o graves trastornos". Sin embargo, esta definición no es precisa, porque determinar qué constituye "poca cantidad" nos coloca en un problema a la hora de establecer los alcances del tipo, pues existen compuestos que solo son dañinos en grandes cantidades, y por el contrario en pequeñas dosis tiene fines curativos; por otro lado, la dañosidad de la sustancia también se encuentra en función del sujeto que la ingiere[767].

Al respecto, la doctrina mayoritariamente considera que se debe prescindir de un concepto estrictamente toxicológico de veneno, y adoptar una concepción amplia de este término, de modo que, se considere "veneno" a toda sustancia dañosa y mortal que puede producir la muerte o graves trastornos cuando sea ingerida por el ser humano. Así HURTADO POZO refiere que se trata de cualquier sustancia animal, vegetal o mineral, sólida, líquida o gaseosa, que introducida al cuerpo humano obra dañosamente por un proceso químico o bioquímico[768].

Por nuestra parte consideramos que en la definición de veneno solo pueden incluirse aquellas sustancias que desde un punto de vista toxicológico lo son, por lo cual el resultado de la pericia toxicológica

[766] QUINTANO RIPOLLES: *Ob. Cit.* 257.

[767] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 67.

[768] *Ob. Cit.* p. 77.

en este punto es determinante[769]. Desde este punto de vista *veneno* es cualquier sustancia tóxica, ya sea sólida, líquida o gaseosa, que bloquea o inhibe una reacción química en el organismo alterando sus funciones[770]; puede tener un origen mineral, como el arsénico, el mercurio, etc.; vegetal, como la cicuta; animal, como el veneno de las serpientes; y artificial, como las sustancias sintetizadas por el hombre en la industria[771]. Esta definición permite descartar como agentes venenosos a los fenómenos físicos como el calor, la radiación, la presión, etc., que también pueden provocar lesiones en el organismo humano, o los que operan de manera mecánica, vg., ingestión de cristal pulverizado, etc.[772]

Asimismo, se debe acotar que en la determinación de la cualidad venenosa de una sustancia no entran consideraciones de orden contextual. De esta forma sustancias objetivamente inocuas no pueden ser consideradas venenosas por el solo hecho de ser fatales para un grupo de personas (niños, ancianos o sujetos enfermos -diabéticos-)[773].

---

[769] QUINTANO RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 257: "La interpretación restrictiva creo es la más acorde con la semántica del vocablo "veneno" y con la técnica de lo penal, pues de extenderse el concepto pudiera llegarse a extremos que vulnerarían el dogma del legalismo"; GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 116; BAJO FERNÀNDEZ: *Ob. Cit.* p. 67; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 507.

[770] Existe cierto consenso en la toxicología en definir a los venenos como sustancias que bloquean o inhiben una reacción química, uniéndose a un catalizador o enzima más fuertemente que el reactivo normal.

[771] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 505 a 506, señala que el veneno es toda sustancia animal (microbios o virus), mineral (morfina por ejemplo), líquida (ácido clorhídrico, nítrico o sulfuro), sólida (fósforo o arsénico) o gaseoso (gas, cloro, óxido de carbono) que una vez introducida en el cuerpo humano por cualquier vía (bucal, rectal, vaginal, respiratoria, epidérmica, o por ingestión o inhalación) produce la muerte cambiando la naturaleza del organismo por acción química.

[772] QUINTANO RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 258, nos recuerda que en la sentencia del 17-VII-1889 se aceptó una interpretación extensiva del veneno al considerar que la ingestión de cristal pulverizado alteraba el aparato gastrointestinal.

[773] QUINTANO RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 258; Gracia Martín. *Ob. Cit.* p. 116; Bajo Fernández. *Ob. Cit.* p. 67: "En cualquier caso, existe unanimidad en la

Por último, consideramos que esta agravante no abarca la mera inoculación dolosa, en el organismo de la víctima de virus como el SIDA, microbios o bacterias como el bacilo del cólera; primero porque en estos casos se produce una enfermedad de más o menos larga duración, que si bien en algún momento pueden provocar la muerte de la víctima, no resultan abarcadas por el tipo de homicidio, que precisa de un resultado de corta dilación temporal, por lo que encontrarían una mejor subsunción en el delito de lesiones graves; y segundo, porque desde la toxicología o farmacopea, en *strictu sensu*, estos medios no son considerados como sustancias venenosas[774].

i) Asesinato por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas

i).1. Fundamento

El fundamento de esta agravación reside en la mayor gravedad del injusto, ya que la conducta del homicida se hace más disvaliosa, pues el autor no solo se limita a causar la muerte del agraviado, sino que coloca en peligro la vida y salud de otras personas.

No es necesario que el peligro originado por el autor se materialice en resultados concretos para que pueda operar esta agravante, solo se requiere que el medio o instrumento empleado *tenga la capacidad para crear un peligro para la vida o salud de un número indeterminado de personas*[775]; por el contrario si no se da esta circunstancia o no se

---

necesidad de que el concepto de veneno se determine de manera absoluta y no en relación a las características personales de la víctima"

[774] Sin embargo, en un conocido caso en Francia se condenó por envenenamiento a una persona que conociendo el modo de transmisión del VIH "virus de una enfermedad mortal", habría contaminado deliberadamente a su pareja, pero la sentencia fue anulada por la Corte de Casación – Sala Criminal. París, el 2 de Julio de 1998, aunque sin analizar la interpretación extensiva o restrictiva del veneno.

[775] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 79; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 115; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 494 a 496; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 90;

prueba en el proceso penal que el empleo de estos medios generó, en un caso concreto, un peligro para la vida o salud de otros, esta agravante no concurrirá; vg., cuando se mata a una persona prendiéndole fuego directamente en un descampado, sin poner en peligro la vida o salud de otras personas. En este caso, si bien no concurre esta agravante, esto no obsta a que eventualmente pueda concurrir otra agravante de "gran crueldad".

En este sentido nuestra Corte Suprema ha señalado que: "*No se evidencia la circunstancia agravante prevista en el inciso 4 del artículo 108 del Código Penal, puesto que si bien se dio muerte a las víctimas prendiéndoles fuego en forma directa, en un lugar descampado, este accionar no puso en peligro la vida y la salud de otras personas diferentes a las víctimas, requisito indispensable para que se produzca esta acción agravante*"[776].

i).2. Medios catastróficos

i).2.1. El fuego: Es decir utilizando la fuente de calor producido por la combustión, esto es, por la acción o efecto de quemar o arder de ciertos cuerpos como el carbón, la madera, y potros combustibles; obviamente el uso de esta fuente de energía puede descontrolarse y poner en peligro la vida de otras personas y en ello radica su mayor dañosidad.

i).2.2. La explosión: Utilizando la fuerza expansiva producida por determinados cuerpos (vg., explosivos) que al reventar, como consecuencia de la transformación súbita de los cuerpos contenidos en gases, o por la dilatación progresiva de sus paredes hasta rebasar sus límites de resistencia ante una determinada fuerza, son capaces de producir graves estragos.[777]

SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 104; SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 132; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 160.

[776] Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 6218-97 – CUZCO en Diálogo con la Jurisprudencia. Número 71, Agosto 2004, Año 10 p. 284.

[777] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 81: "No se trata del uso de los explosivos propiamente dichos (sustancias destinadas a provocar explosiones), sino también de los productos capaces de explotar (gas, gasolina, petróleo...) Es

i).2.3. El veneno: Aun cuando ya no se considera expresamente el veneno como agravante en este numeral, es de tener en cuenta que también esta sustancia es idónea para generar un peligro común contra la vida e integridad física de un número elevado de personas, al igual que el fuego, la explosión u otro medio generador de estas mismas situaciones de peligro. En tal sentido, también el veneno puede ser considerado como un medio catastrófico típico de los considerados en el numeral 4 de este artículo; aun cuando, como ya se vio, normalmente el uso del veneno para ocasionar la muerte, en general, califica como un supuesto de alevosía. En tal sentido, los casos en que se utilice el veneno generando un peligro para la vida o salud no solo de la víctima sino de terceros, como el caso de suministrarlo en banquetes, fuentes, ríos, etc., configura un supuesto de uso de medio catastrófico y no de alevosía, aun cuando se trata de todos modos de un medio alevoso en la ejecución del homicidio, pero el reproche supera la simple alevosía, al generar el peligro adicional.

i).2.4. "Cualquier otro medio": Con esta expresión nuestro legislador -vía interpretación analógica-, entendiendo que la ley no puede enumerar todos los medios posibles para crear un peligro masivo, a través de este expresión genérica posibilita la inclusión de otros medios, incluso de aquellos que no participan de la naturaleza de los medios señalados expresamente, sino que principalmente generan efectos semejantes; esto es, que sean capaces de poner en peligro la vida o la salud de tercero, vg., generen un derrumbe, descarrilamiento, desmoronamiento, inundación, hundimiento, lanzamiento de fieras sedientas de sangre a un grupo determinado de personas, un huayco, una avalancha, etc.[778].

---

evidente de que el uso de cualquiera de esos medios desencadena efectos físicos que constituyen un verdadero peligro para los diversos bienes jurídicos, entre ellos la vida y la salud de las personas".

[778] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 116; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 90; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 162.

i).3. Idoneidad de los medios

Estos medios, según lo exige la misma norma, deben ser *capaces o idóneos* para colocar en peligro la vida y salud de otras personas diferentes a la víctima. Esta idoneidad o capacidad de los medios que pueda emplear el homicida está en función de varios factores: de la naturaleza del medio, su composición, y de su forma de emplearlos[779], además del tiempo y lugar donde se los emplea. Por ejemplo la dinamita por su naturaleza es un medio idóneo para crear un peligro a terceros, pero si se la utiliza para cometer un homicidio en un lugar descampado, el hecho ya no sería subsumible en la agravante materia de análisis[780].

La consecuencia, la utilización de estos medios debe provocar un peligro *concreto*, y no meramente abstracto para los bienes jurídicos –vida o salud- de otras personas[781]. Pues, si se tratase de un peligro meramente abstracto, no se habrá puesto en peligro una vida específica o determinada, por lo que la existencia del propio peligro sería difícil de determinar. En consecuencia, es necesario comprobar que en un caso concreto se ha puesto en peligro la vida o salud de terceros (no se configura esta agravante cuando se pone en peligro únicamente bienes materiales como cosas y animales). No basta con que *ex ante* se compruebe la peligrosidad de los medios empleados, para que se presente esta agravante, sino que es preciso establecer que otras per-

---

[779] SOLER: *Ob. Cit.* pp. 39-40: "El medio empleado no es en sí mismo calificante, sino que alcanza esa calidad por la forma en que se lo usa. Aplicarle fuego a una persona directamente y sin peligro para los demás (...), constituiría si se quiere, ensañamiento; pero no este delito".

[780] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 161-162

[781] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 498, considera que la referencia legal y la exigencia de la creación de peligro es un dato jurídico que remite a la idea de los delitos de peligro concreto colectivo; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 79, considera que basta con que los medios utilizados sean capaces de crear una situación de peligro colectivo, por tanto se hace referencia al denominado peligro común abstracto, propio de las infracciones agrupadas en el Título XII de los Delitos contra la Seguridad Pública.

sonas, diferentes a la víctima, hayan sido colocadas en una situación próxima a la lesión de su salud o de su vida[782]. Sin embargo, la ley solo exige la puesta en peligro concreto de los bienes antes señalados, no su lesión efectiva.

El resultado muerte y la generación de un peligro concreto deben estar en una relación de *interdependencia* con el medio empleado; es decir que tanto el resultado (muerte) como la producción del peligro concreto, deben ser provocados por el mismo medio; de este modo si por ejemplo se causa la muerte mediante un medio, y mediante otro se crea el peligro, la agravante *in comento* no se configura[783].

i).4. Requisito subjetivo: El dolo

En el plano *subjetivo,* el autor debe conocer que el medio seleccionado crea un riesgo concreto para la vida de su víctima, así como debe representarse el peligro que genera el medio para la vida y salud de terceros. Sin embargo, no se requiere que tenga la plena certeza del peligro sino que es suficiente con que se represente su alta probabilidad; en tal sentido, es posible que el sujeto actúe con dolo eventual respecto del resultado muerte[784], así como también del peligro concreto causado para la salud o vida de terceros. Asimismo, si no se representa tal idoneidad del medio, habrá actuado con un error de tipo respecto a la circunstancia agravante y solo se le podrá atribuir la comisión de un homicidio simple.

---

[782] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 162; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 90; CASTILLO ALVA: *Homicidio ...Ob. Cit.* p. 231: "No basta certificar que se ha matado por fuego, explosión u otro medio, sino, es preciso comprobar si con el empleo de dichos medios de modo real se ha puesto en peligro a otras personas ya sea en su vida o su salud".

[783] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 229.

[784] SOLER: *Ob. Cit.* p. 40; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 69; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 231. En contra DONNA: *Ob. Cit.* p. 43; CREUS: *Ob. Cit.* p. 36.

No es indispensable que el homicida tenga la certeza de la idoneidad o capacidad del medio empleado, para producir el peligro para la vida o salud de terceros, basta que se lo haya representado[785]. Cabe precisar que esta agravante no concurre cuando el autor únicamente aprovecha la situación de peligro, ya sea generada por el mismo o tercero –en virtud de la utilización de un medio peligroso-, para dar muerte a su enemigo[786].

i).5. Ejecución de esta agravante en comisión por omisión

La posibilidad de esta forma delictual en comisión por omisión es muy debatida a nivel doctrinal, sin embargo consideramos que es perfectamente posible, vg., el caso del encargado de una presa que, teniendo obligación de cerrar las compuertas a una hora determinada, omite dicho comportamiento, con el fin de inundar la zona donde se encuentra su enemigo, a fin de provocarle la muerte[787].

i).6. Tentativa y Consumación

Habrá una tentativa punible: *i)* si la persona envenenada es atendida oportunamente por un tercero logrando salvarle la vida; o *ii)* si

---

[785] CREUS: *Ob. Cit.* p. 36, respecto de la idoneidad del medio seleccionado para producir el peligro, basta que el agente haya aceptado la producción de ese peligro utilizando el medio peligroso, aunque no tuviera certeza de aquella idoneidad; sin embargo, este autor considera que la producción de la muerte debe ser ocasionada con dolo directo, no siendo admisible por tanto el dolo eventual; DONNA: *Ob. Cit.* p. 48.

[786] DONNA: *Ob. Cit.* p. 47.

[787] GRACIA MARTIN: *Ob. Cit.* p. 134: "Para que se fundamente la comisión por omisión en este caso sería necesario que el sujeto, tras haber creado la situación de peligro sin voluntad de matar, se hiciera cargo del control o del dominio de la situación del peligro mediante un acto de asunción personal (...)"; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 66: "No se puede dudar que se comete el resultado de muerte "por medio de" incendio, en el caso de quien, provocando el incendio de un edificio sin ánimo de matar, percibe luego la existencia de una persona en el interior, y, con ánimo de matar, omite lo necesario para evitar el resultado".

la cantidad de veneno no fue suficiente, y el resultado muerte no sobrevino por los vómitos de la víctima o por una atención adecuada[788].

El desistimiento voluntario deja en pie el delito de lesiones graves. Pero de no producirse estas el hecho no será punible.

Existe una tentativa imposible cuando se suministran sustancias inocuas, aunque el agente considere erróneamente la calidad venenosa de estas, o cuando se suministre una dosis insignificante incapaz de producir un daño en el organismo, aunque en este último caso se debe tener en cuenta el tipo de veneno y el modo en el que se le emplea; por ejemplo, hay casos en los que el agente utiliza una sustancia en pequeñas dosis por un tiempo prolongado, hasta conseguir la muerte de su víctima.

Asimismo, se debe precisar que la mera adquisición u ocultamiento del veneno constituyen actos preparatorios; sin embargo, ya estaremos ante un acto ejecutivo cuando se vierte la sustancia venenosa en la comida o bebida que va a servirse a la víctima, aun cuando esta todavía no se hubiera aproximado a ingerirla, pues ello ya no depende del agente, quien, con esto, ya ha ejecutado la acción necesaria para lograr su propósito homicida, por lo que no puede considerarse a estos hechos como simples actos preparatorios impunes.

Finalmente, se configura un concurso real de delitos (con un delito de lesiones o de asesinato), si es que se concretara la lesión o muerte de alguna de las otras personas para quienes se ha creado el peligro concreto.

[788] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 102.

4. HOMICIDIO CALIFICADO POR LA CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA

Art. 108°-A: *El que mata a uno de los altos funcionarios comprendidos en el artículo 99° de la Constitución Política del Perú, a un miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas, a un Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Publico o a un Miembro del Tribunal Constitucional o a cualquier autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 25 años ni mayor de 35 años.*[789][790]

4.1. FUNDAMENTO

Esta agravante se funda en una *mayor gravedad del injusto*, ya que el comportamiento del homicida, se hace más disvalioso, precisamente porque se causa la muerte de quien se encuentra en cumplimiento de sus funciones, y que goza de un especial status y rol, que exige una reforzada y especial protección.

---

[789] Artículo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 30054, publicada el 30 junio 2013.

[790] Artículo modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1237, publicado el 26 septiembre 2015.

4.2. SUJETOS PASIVOS ESPECIALES

4.2.1. ALTOS FUNCIONARIOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 99° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Estos son los funcionarios de mayor jerarquía del Estado, los que realizan o ejercen las más altas funciones de gobierno, funciones políticas, o de decisión de las altas cuestiones constitucionales, judiciales, administrativas o de control, en nombre y representación del Estado. Estos funcionarios y su actuación funcional, proyectan la imagen y reputación del propio Estado o de sus instituciones, y precisamente por esto, se busca proteger la indemnidad del ejercicio de dicha función o cargo del cual estos funcionarios están legítimamente investidos, los mismos que a la vez, por su propia naturaleza y publicidad, pueden quedar expuestos a la venganza política o de cualquier otra índole de parte de los adversarios políticos o de la ciudadanía en general.

El procesamiento penal de estos funcionarios reflejaría el deterioro de esta imagen y reputación así como la deslegitimación de la propia moral y dignidad del país. Por esta razón, no puede quedar sujeta a la sola voluntad de cualquier particular, de la autoridad persecutoria o únicamente de la autoridad judicial, la posibilidad de entablar un proceso penal en contra de estas autoridades, y es por ello que se ha establecido la llamada *Prerrogativa del Antejuicio Constitucional o Antejuicio Político.* Constitucional porque se realiza estrictamente bajo los cánones o mandatos propios de los procedimientos constitucionales, y en aplicación de la Constitución y Reglamento del Congreso de la República, y no estrictamente bajo las normas procesales penales en general, pero claro, siempre respetando los derechos procesales fundamentales de los investigados; y político porque la decisión es tomada bajo un criterio de votación en el Pleno del Congreso por las diferentes fuerzas políticas integrantes del Órgano Legislativo y no con un criterio estrictamente técnico jurídico (aun cuando se debe buscar en lo posible la orientación técnico-jurídica). En este sentido, la Constitución Política del Estado en su artículo 99° dispone que el Presidente de la República, los representantes al Congreso,

los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y Contralor General de la República, previo a ser procesados penalmente serán sometidos al Antejuicio Constitucional[791]; a la vez el artículo 99° de la Constitución debe interpretarse en concordancia con los artículos 93° y 201° de la misma Carta Magna. Asimismo, el Antejuicio Constitucional se llevará a cabo con la formación de la Subcomisión correspondiente en el seno de la Comisión Permanente, para concluir con la Acusación Constitucional decidida en el Pleno del Congreso, luego de lo cual recién intervendrá el Ministerio Público a través de la Fiscalía de la Nación, que será la que formalice la acción penal correspondiente, avocándose al conocimiento de los hechos el Vocal Supremo menos antiguo de la Sala Penal de la corte Suprema, de conformidad con el artículo 100° de la Constitución y el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República[792]. No obstante, a

---

[791] Sin embargo, no entendemos por qué no se ha comprendido dentro de la prerrogativa del antejuicio constitucional o político, a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones; pues al tratarse de un órgano constitucional autónomo, cuyos miembros decidirán las altas cuestiones de la Función Administrativa Electoral igualmente quedan expuestos a todo tipo de cuestionamientos que no necesariamente pudieran tener su origen en situaciones técnicas o jurídicas sino más bien en posiciones políticas o electorales; y por tanto existe incluso mayor razón para proteger la indemnidad de la función pública que estos realizan; por lo que de *lege ferenda* estos funcionarios deben ser protegidos por la prerrogativa del antejuicio al igual que los demás funcionarios comprendidos dentro de los alcances del artículo 99° de la Constitución.
A la fecha, ni siquiera los miembros del Jurado Nacional de Elecciones que son Vocal Supremo o Fiscal Supremo, tienen esta prerrogativa porque la misma está reservada para la función jurisdiccional y fiscal respectivamente, y éstos al integrarse al JNE, piden licencia de sus respectivas funciones jurisdiccional y fiscal.

[792] Es necesario precisar finalmente, que los términos de la denuncia penal formalizada por el Fiscal de la Nación, no podrá exceder ni reducir los de la acusación del Congreso, decidida a través del juicio político indicado, tal como lo estipula el texto constitucional. Sin embargo, a la luz de la

la fecha, con el nuevo Código Procesal Penal el Fiscal de la Nación ya no formalizará la acción penal ante la Vocalía Suprema sino que dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria a cargo del Fiscal Supremo correspondiente.

Respecto a la concepción de la calidad de estos funcionarios sujetos a la prerrogativa del antejuicio, para efectos del artículo 425° del Código Penal, los que desempeñan cargo político como el Presidente de la República y los Ministros de Estado, quedarán dentro del ámbito del inciso 2) de este artículo, toda vez que no están incorporados a la Carrera Administrativa, por expresa exclusión del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 276; en cambio los demás funcionarios sí están incorporados a la Administración o Carrera Administrativa, por lo que les resulta aplicable el incido 1) del referido artículo 425° del Código Penal.

Estos son los llamados *funcionarios políticos,* es decir, los que tienen la condición o ejercen la función de gobernantes,[793] estos encarnan el poder del Estado. La Constitución Política en su artículo 45° establece que: *"El poder del Estado Emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen"*. Lo que claramente hace referencia a los funcionarios que ejercen el poder político.[794]

Entonces, a través de esta circunstancia agravante se protege especialmente a estos funcionarios que encarnan el poder del Estado, y un ataque homicida contra estos reviste mayor reproche penal.

---

interpretación y estipulación del Tribunal Constitucional, este criterio ha variado y se reconoce al Fiscal de la Nación la posibilidad de tipificar adecuadamente los hechos, no obstante no está facultado para variar los hechos imputados.

[793] RUIZ-ELDREDGE, Alberto: *Ob. Cit.* p. 93

[794] En idénticos términos la Constitución Política de 1979 en su artículo 81°, hacía referencia al poder del Estado y a los funcionarios que lo ejercen

4.2.2. MIEMBRO DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

Se trata de funcionarios que integran el Sistema de Defensa Nacional encargado de garantizar la seguridad de la Nación. Específicamente, tal como lo estipula la Constitución Política del Estado, la Policía Nacional tiene como misión y función garantizar, mantener y establecer el orden interno; sus miembros están encargados de la protección y ayuda a las personas y la comunidad. Garantizan el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Para cumplir tales funciones previene, instiga y combate la delincuencia.

En el ejercicio de estas funciones los efectivos policiales quedan expuestos y ponen en riesgo su vida, sea en las propias intervenciones o con posterioridad a estas pueden quedar sujetos a la venganza o rivalidad de los grupos delincuenciales a los cuales interviene a raíz del cumplimiento de sus funciones, por ello requieren de una protección especial por parte del sistema penal y por esto, causar la muerte de un efectivo policial en ejercicio de sus funciones resulta altamente reprochable y por lo mismo se configura esta circunstancia agravante, sancionada severamente por la ley penal.

4.2.3. PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

Tal como lo establece el artículo 165° de la Constitución Política del Estado, las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Inclusive en algunos casos asumen el control interno del país, cuando las circunstancias así lo requieren. Igualmente, en ciertas circunstancias, por ley se les otorga la facultad de controlar determinadas áreas en conflicto delictivo, como es el caso del VRAE, en donde se las ha involucrado en la lucha contra el narcotráfico. En el ejercicio de estas funciones, al igual que los efectivos de la Policía Nacional, también los efectivos de las Fuerzas Armadas pueden exponer a riesgo su vida, por ello que a través de esta agravante se sanciona con una pena agravada los atentados contra la vida de estos últimos.

4.2.4. MAGISTRADO DEL PODER JUDICIAL O DEL MINISTERIO PÚBLICO

En cuanto a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público la agravante está referida a los casos de atentado contra la vida de los fiscales y jueces (dentro de los cuales se comprende a los jueces de paz, puesto que estos pertenecen a la Corte de Justicia del respectivo Distrito Judicial); quienes ejercitando sus funciones de investigación y procesamiento del delito pueden quedar sujetos a la venganza o represalia de los agentes delictivos u organizaciones criminales, y en tal sentido, se justifica esta agravante. Para la configuración de la agravante importa únicamente su nombramiento como Juez o Fiscal, no interesando si es titular, provisional o suplente, ni el área donde se desenvuelva (civil, penal, laboral o comercial).

4.2.5. MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La agravante está referida al homicidio perpetrado contra los magistrados del Tribunal Constitucional, organismo que está encargado del control del cumplimiento de la Constitución. A diferencia de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, acá no hay magistrados provisionales o suplentes, únicamente existen magistrados cuyo mandato se ha extendido por no haberse designado a su sucesor, pero claro, se requiere que el hecho homicida esté vinculado al ejercicio dela función del magistrado del Tribunal.

4.2.6. CUALQUIER AUTORIDAD ELEGIDA POR MANDATO POPULAR

En esta agravante se consideran a todos los funcionarios o autoridades elegidos por sufragio directo de la población, como los gobernadores regionales, los alcaldes provinciales, distritales y los de centros poblados menores; asimismo, también se considera a los Vicepresidentes de la República, quienes también son elegidos por mandato popular. No se considera al Presidente de la República porque este ya está considerado en el primer literal a) de este desarrollo.

En el caso de que los jueces de paz llegasen a ser elegidos por mandato popular también pueden ser considerados en este acápite; no obstante a la fecha aún no son nombrados de este modo por lo que no pueden comprenderse en esta agravante, pero sí serán comprendidos en el rubro que comprende a los magistrados del Poder Judicial, pues, tal como ya se dijo, los Jueces de Paz, pertenecen y son miembros de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente. Igualmente, puede discutirse si otras autoridades vinculados a la Administración de Justicia Especial, como los directivos de las Comunidades Nativas y Campesinas (e incluso los directivos de las Rondas Campesinas) elegidos por mandato popular de sus respectivas comunidades pueden comprenderse en esta agravante, habida cuenta que también ejercen jurisdicción especial con autoridad de cosa juzgada, y a raíz de ello pueden poner en riesgo su propia vida. En principio, por nuestra parte, consideramos que los homicidios de estas autoridades también configuran el supuesto agravado previsto en este artículo, pues existe el mismo fundamento que para los demás casos; inclusive podría sostenerse que el riesgo para sus vidas, luego de ejercer sus funciones son mayores que para el caso de las demás autoridades.

4.3. CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES

La norma *in comento* precisa que el sujeto pasivo debe encontrarse en el *cumplimiento de sus funciones o a consecuencia de ellas*, de tal manera que si no se presenta tal circunstancia en el momento en que se produce el hecho, no se podrá subsumir el comportamiento homicida en esta agravante; vg., el caso en que el conductor que embiste al policía de tránsito cuando este le ordena detenerse ante una infracción vehicular, en este caso estará presente la agravante, también cuando el conductor atropella al policía luego de que este le ha impuesto una papeleta (a consecuencia del cumplimiento de sus funciones); o también luego de que el fiscal ha formulado una acusación. No interesa que el agente del homicidio sea la propia persona imputada o afectada con el ejercicio de la función de la víctima o sea un tercero.

Por el contrario, no estaremos ante esta agravante en el caso en que la novia da muerte a su prometido, que es miembro de la Policía Nacional u otro funcionario en una discusión de pareja. En este sentido, debe existir *conexidad objetiva* entre "el cumplimiento de funciones" del funcionario agraviado y la resolución homicida; es decir, el acto homicida debe ser consecuencia precisamente del desempeño funcional realizado por el sujeto pasivo.

De otro lado, no resulta aplicable esta agravante en los casos de efectivos policiales que prestan servicios particulares de seguridad en sus días de franco, con o sin autorización de su comando, ya que en estos casos no están ejerciendo la función pública, que es la razón que fundamenta la agravante.

No obstante, creemos que para que concurra esta agravante, el funcionario agraviado (Policía, miembro de las Fuerzas armadas, Fiscal, Juez, etc.) debe de encontrarse en ejercicio regular de la función, esto es, no debe haber rebasado sus facultades funcionariales, puesto que solo en este supuesto estos funcionarios requieren una protección intensificada, mas no así en el caso en que al funcionario, a través de una conducta antijurídica o arbitraria se haya colocado en un ámbito fuera de la protección del propio orden jurídico. De este modo, si se produce la muerte de un policía, militar, juez o fiscal, en los momentos en que abusaba de sus atribuciones, la agravante no concurre, precisamente porque hay un incumplimiento o extralimitación de funciones; vg., el caso del efectivo policial o fiscal que se encuentra allanando un domicilio sin orden judicial o se encuentra en flagrante abuso de autoridad, y en esas circunstancias se le causa la muerte; queda subsistente, eso sí, el delito de homicidio. Igualmente, no estamos ante esta agravante cuando la muerte al funcionario se produce por un ajuste de cuentas al haber incumplido una prestación a la que ilegalmente se había comprometido previamente; vg., otorgar una libertad ilegal, evitar una incautación, devolver bienes provenientes del delito, dejar sin efecto un embargo, etc.; ya que en estos casos hay un incumplimiento de la función pública encomendada.

En el caso de la muerte de un soldado, o personal de tropa de las fuerzas armadas (integrante temporal de estas) consideramos que no se presenta esta agravante, puesto estas personas no son portadores de potestades especiales que les conceda la condición de funcionario público, y por tanto, no pueden estar en ejercicio de función pública alguna.

A diferencia de la legislación derogada, tal como se ha indicado, también se considera como asesinato, la muerte del funcionario como consecuencia de haber ejercido sus funciones *(con ocasión o motivo de su actuar funcional)*; en consecuencia si el funcionario, al momento de los hechos, no se encontraba desempeñando sus funciones, puesto que se encontraba de franco, de vacaciones o licencia, también se configura esta agravante, si el hecho producido se vincula a la función pública previamente realizada.

De otro lado, resulta discutible si esta agravante se presenta cuando el funcionario no se encuentra propiamente en ejercicio de sus funciones, pero está en determinado lugar o en determinadas circunstancias, precisamente, en razón a que tiene que cumplir sus funciones en dicho lugar o viene a/o de ejercitarla. A nuestro entender, este caso está vinculado directamente al ejercicio de la función, y por tanto, estamos frente a la agravante (ejercicio de la función), puesto que el funcionario no podría cumplir su función sin estar en dicho lugar donde se produjo la muerte, tanto más, si se ha causado la muerte, precisamente, para evitar que la víctima cumpla con sus funciones.

4.4. ELEMENTO SUBJETIVO: EL DOLO

En el *plano subjetivo* el homicida debe tener conocimiento de la calidad del sujeto pasivo, es decir que se trata de los funcionarios que se indican en la norma, y que se encuentran desempeñando sus funciones. De tal manera que si el agente desconoce de estas circunstancias (vg., en los casos de agente encubierto o cuando desconoce que la persona que lo ha intervenido o allana su domicilio es miembro de la policía nacional, o magistrado del Ministerio Público o del Poder Judicial) la agravante no opera.

Debe existir *conexidad subjetiva* entre "el cumplimiento de funciones" del funcionario agraviado y la resolución homicida, es decir que el acto homicida debe ser consecuencia precisamente del desempeño funcional del sujeto pasivo, de esta manera, en el caso del novio que mata por celos a su pareja que es miembro de la policía nacional, precisamente cuando se encuentra dirigiendo el tránsito, no podrá apreciarse esta agravante, ya que la resolución homicida no tiene origen en el actuar funcional de la víctima.

Respecto del resultado muerte basta que el homicida actúe con dolo eventual tanto respecto a la condición de funcionario (Policía, miembro de las Fuerzas Armadas, Fiscal,Juez, etc.) así como respecto a si está o no ejercicio de la función, ya que en este caso, también está presente el mayor contenido del injusto y de la culpabilidad.

Los supuestos de error pueden ser problemáticos. Sin embargo consideramos que: 1) Si el agente pretende matar a un efectivo policial en el cumplimiento de sus funciones, pero por un defecto en la ejecución, la acción recae sobre un tercero, deberá responder por un delito de tentativa de asesinato en concurso ideal con un homicidio simple con dolo eventual; 2) Si se pretende matar a un tercero, pero también por un defecto en la ejecución del comportamiento, se mata a un efectivo policial, este deberá responder por el delito de tentativa de homicidio en agravio del tercero y homicidio simple con dolo eventual; 3) Si se pretende matar a un tercero, pero por confusión se da muerte a un efectivo policial, nos encontramos frente a un supuesto de homicidio simple, en principio porque la intención del agente no ha sido causar la muerte del funcionario, y segundo porque la resolución homicida no tiene origen en su actuar funcional.

5. FEMINICIDIO

Art. 108-B.- "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. *Violencia familiar;*
2. *Coacción, hostigamiento o acoso sexual;*
3. *Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;*
4. *Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.*

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. *Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.*
2. *Si la víctima se encontraba en estado de gestación.*
3. *Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.*
4. *Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.*
5. *Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.*

6. *Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.*
7. *Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108°.*
8. *Cuando se comete a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado.*

La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes.

En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme al artículo 36»[795].

5.1. CRITERIOS POLÍTICO CRIMINALES Y FUNDAMENTACIÓN

En realidad, el feminicidio es una variante del parricidio y así se había considerado hasta antes del 2011 en que se consignó normativamente en el Código Penal, si bien más como una cuestión denominativa que como una categoría jurídica. Muchos consideran que no se justifica la existencia de esta figura delictiva, considerando que los tipos penales ya existentes cubren plenamente el espacio punitivo necesario para prevenir, desde una perspectiva normativo-penal, la violencia homicida contra las mujeres. Por lo que señalan que su configuración en nuestro Código no sería más que una concesión a ciertos grupos sectorizados y feministas que en los últimos tiempos han alcanzado protagonismo en la escena social. Asimismo, otros consideran que su inclusión en el ordenamiento jurídico penal constituye una violación al derecho de igualdad, puesto que en las mismas condiciones que se

[795] Artículo modificado por el D. Leg. N° 1323; del 6 de enero del 2017. Este artículo fue incorporado al Código Penal por el artículo 2 de la Ley N° 30068, publicada el 18 julio 2013. Asimismo, fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 30323, publicada el 07 mayo 2015.

causa la muerte de una mujer también se puede causar la muerte de un hombre, especialmente de un anciano o de un menor, ambos en situación de especial vulnerabilidad.

Por nuestra parte, estando a la multiplicación (real o sensacional) de los eventos luctuosos cometidos contra mujeres, especialmente por personas del sexo opuesto con quienes mantienen o han mantenido una relación de acercamiento o de familiaridad, y ante las exigencias sociales respecto a la prevención de estos hechos, consideramos que tiene sentido recurrir a la respuesta político criminal desde una perspectiva penal. Esto es, encontramos justificada su tipificación penal.

En efecto, la criminalización de estas conductas se enmarca dentro del enfoque de género considerado en la Ley N° 30364, que tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad. Y claro, en este enfoque se reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. A la vez que se reconoce que en la violencia contra las mujeres confluyen múltiples causas y factores que están presentes en distintos ámbitos, a nivel individual, familiar, comunitario y estructural. Por ello se hace necesario establecer intervenciones en los distintos niveles en los que las personas se desenvuelven y desde distintas disciplinas. Obviamente, la intervención preventiva más severa y más eficiente (por lo menos en teoría), está constituida por la penalización de las conductas.

Si bien puede sostenerse que el recurso a la norma penal solo constituye una medida simbólica sin eficacia alguna, no obstante, teniendo en cuenta la real eficacia de las normas penales en nuestro medio (casi nula), se puede concluir que ello no sería óbice para la

tipificación del feminicidio. Pues, todas las leyes penales, en este momento, tienen un elevado grado de ineficacia, pero por ello nadie puede pretender prescindir de dichas normas. Pues, siempre será preferible para la sociedad y para los órganos encargados de la prevención y la represión de los delitos, contar con mayor cantidad de herramientas o elementos para que, llegado que sea el momento, puedan utilizarlos con fines preventivos y represivos.

Pues, como se sabe, en sociedades como la nuestra en las que existe un elevado signo machista, las mujeres son el grupo social que más padece de la violencia simbólica, violencia que sufren inclusive dentro de sus hogares, en las calles, en las escuelas, en sus lugares de trabajo, una violencia enferma sin justificación[796]; todo lo cual convierte a las mujeres realmente en un grupo especialmente vulnerable respecto a los demás miembros de una sociedad y especialmente en la interrelación hombre mujer, lo que actualiza la exigencia de una respuesta político-criminal específica el respecto.

En tal sentido, concluimos que la especial vulnerabilidad de las mujeres en sus relaciones intersubjetivas con los hombres y la asimetría en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, así como la necesidad de adecuación de la legislación nacional a los instrumentos internacionales (especialmente, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará")y el incremento de los casos de muertes de mujeres, justifican la tipificación del feminicidio en nuestro ordenamiento jurídico penal.

No obstante, se dice que el Código Penal no recoge plenamente los criterios esbozados desde un inicio por las gestoras de la configuración del feminismo Diana Russell y Marcela Lagarde ni lo estipulado al res-

[796] VÁSQUEZ AGUILAR, Julio Eduardo: *¿Es feminicidio la consumación y máxima expresión de la violencia simbólica?* http://www.analectica.org/articulos/vazquez-feminicidio/

pecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, habiéndose considerado solo una parte del problema. Pues, sobre el feminicidio se han desarrollado diversos enfoques, unos que consideran a este delito como una forma de genocidio, otros como un crimen de odio contra la mujer y otros como un simple acto criminal especial. En nuestro medio la cuestión no es clara, pues, la legislación utiliza la estructura *"el que mata a una mujer por su condición de tal"*, con lo cual no ha esclarecido la situación, pues, aparentemente plasmaría un "delito de odio". No obstante creemos que al referirse la norma a *"una mujer por su condición de tal"*, se refiere a la violencia de género, entendiéndose por esta a todo tipo de violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos y que tienen como resultado un daño físico, sexual o psicológico, o finalmente la muerte[797].

Desde una perspectiva político-criminal que justifique el nuevo tipo penal debe considerarse la especial vulnerabilidad de la mujer en situaciones de acercamiento con el hombre victimario a partir de sus relaciones intersubjetivas de diversa índole, como familiaridad, parentesco, matrimonio, convivencia, condición de enamorado, trabajo, explotación sexual, cuidado o guarda, capacidad disminuida, o cualquier otra posición de autoridad o ascendencia. Pues, esta situación de vulnerabilidad y acercamiento de ambos sujetos expone a la víctima respecto de su victimario, y es esta la situación que aprovecha el agente para desencadenar la acción feminicida. Y claro, esta situación no es determinada por la simple condición de mujer de la víctima o por una situación de odio, sino por el hecho que el victimario establece o asume una relación de predominio sobre esta, situación que utiliza en su propio beneficio o a expensas de la víctima, y cuando la mujer pretende poner coto a esta situación o liberarse de la relación de exposición o subordinación, el agente, empleando su mayor predominio,

[797] ASENSI-PEREZ, Laura Fátima: Evaluación psicológica forense de menores víctimas de violencia de género. En *Actualidad Penal,* N° 28, octubre 2016, Lima, Instituto Pacífico, p. 79.

y creyéndose con prerrogativas sobre la víctima, desencadena la acción homicida. En efecto, el feminicidio no es simplemente un hecho concreto que sucede en un momento de ira sino que normalmente viene precedido de un clima de violencia en las relaciones hombre-mujer.

Es más hay que tener en cuenta que la norma reprime al que mata a una mujer por su condición de tal, pero no en general sino solo en los contextos de violencia familiar; coacción, hostigamiento o acoso sexual; abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; o, cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. Ello significa que los casos de asesinatos de mujeres en serie, los casos de odio contra la mujer realizados sin que exista una relación o acercamiento previo no son considerados en el presente tipo penal.

La violencia previa al crimen puede ser directamente física, emocional o a través de la imposición de relaciones sexuales (más adelante se trata los tipos de violencia). En realidad los victimarios no van buscando mujeres por allí para matarlas por el simple hecho de ser mujeres o porque sienten odio por ellas[798], sino que se suscitan los hechos luctuosos por las razones anotadas.

Obviamente, a esta situación de violencia contribuye la estructura social imperante en la sociedad, que aduce que el sentimiento de culpa de las mujeres sobre las agresiones que le suceden, están fundadas en la sexualidad como la última expresión de una forma de dominación y supremacía masculina, lo cual realmente aún estaría en la mente algunas mujeres que han crecido y vivido en una situación

[798] Si ello fuera así, estaríamos en un supuesto de patología grave, que no es razón político-criminal de la presente norma, tales serían los casos de asesinatos en serie; los cuales sin embargo, puede ser de mujeres o de hombres y configuran supuestos de asesinato, cuya represión no es el propósito de la presente norma.

de violencia. En este sentido, el feminicidio es la forma más extrema de violencia de género.

La configuración actual del tipo penal (Ley N° 30068 del 18 de julio del 2013, modificada por la Ley N° 30323 del 7 de mayo del 2015) considera diversos supuestos que exigen un análisis individual.

5.2. SUJETO ACTIVO Y ACCIÓN TIPICA

La norma prevé diversos supuestos de feminicidio con los cuales trata de cubrir la variada casuística. A la vez que considera 4 supuestos básicos sancionados con pena no menor de 15 años (privativa de libertad); asimismo, prevé supuestos agravados sancionados con pena no menor de 25 años; y concluye con supuestos agravados de segundo grado cuya sanción es la "cadena perpetua".

En cuanto al *sujeto activo* de este delito, aun cuando la norma hace referencia en general *"al que mata a una mujer por su condición de tal"*, a partir de lo cual se podría concluir que el sujeto activo puede ser cualquier persona, sea un hombre o una mujer; por nuestra parte consideramos que, estando a que la muerte de la víctima debe realizarse aprovechando la "condición de mujer" por parte del sujeto activo, este no puede ser otro que un hombre; pues no tendría sentido en la estructura del tipo penal resaltar la condición de mujer de la víctima, si precisamente la victimaria va a ser otra mujer. Más aún, si se tiene en cuenta que la muerte de la mujer debe realizarse aprovechando la situación de vulnerabilidad o de parte débil de la relación hombre-mujer.

En tal sentido, pueden ser sujetos activos del delito de feminicidio los cónyuges, excónyuges, convivientes, exconvivientes, padrastros, ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes (por consanguinidad o afinidad); otras personas que habitan en el mismo hogar; personas que mantienen relaciones contractuales o laborales con la mujer víctima; personas con quienes la víctima haya procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al

momento de producirse el evento delictivo. A la vez que también puede ser sujeto activo cualquier hombre que haya mantenido un acercamiento a la víctima debido a la condición de mujer de esta.

Respecto a la *acción típica* debe resaltarse que la muerte de la víctima está en relación directa con la vulnerabilidad de la víctima y al predominio físico o de cualquier otra índole que ejerce el agente delictivo, especialmente por su condición de varón. Asimismo, la muerte se produce a consecuencia de la situación o relación preexistente entre el victimario y la víctima lo que determina un acercamiento o un contacto con la víctima, circunstancia que es aprovechada por el victimario para concretar su reprobada acción. En efecto, esta situación de vulnerabilidad es reconocida por la propia ley de violencia familiar (Ley N° 30364) la misma que haciendo referencia a la violencia contra la mujer: *"Reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres"*.

Finalmente, vale la pena reiterar que la norma reprime únicamente al que mata a una mujer por su condición de tal, pero solo en contextos de violencia familiar; coacción, hostigamiento o acoso sexual; abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; o, cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente; más no así en general. En tal sentido, los homicidios o asesinatos que no se realicen en estos contextos, quedan fuera del tipo penal de feminicidio.

5.3. TIPOS DE FEMINICIDIO

En la doctrina se habla de tipos de feminicidio, a la vez que también nuestra jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, precisando: *"El delito de feminicidio es definido como el crimen contra la mujer por razones de su género. Es un acto que no responde a una coyuntura específica, pues se desarrolla tanto en tiempo de paz como en tiempo*

de conflicto armado y las mujeres víctimas no poseen un perfil o de rango de edad ni de condición socio-económica. Los autores de estos crímenes tampoco tienen cualidades específica, pues pueden ser personas con quienes la víctima mantiene un vínculo afectivo, amical o social, como por ejemplo familiares, parejas, enamorados, novios, convivientes, cónyuges, exconvivientes, excónyuges o amigos. (...) se evidencia que la categoría jurídica de feminicidio abarca muchos supuestos, al punto de que se habla de tipos o clases de feminicidio. Así tenemos el íntimo, que se produce cuando la víctima tiene o tenía una relación íntima, familiar, de convivencia o afín, actual o pasada con el homicida. El feminicidio no íntimo se da cuando la víctima no tienen o no tenía algún tipo de relación de pareja o familiar con el agresor, y el feminicidio por conexión cuando la mujer muere en la línea de fuego de un hombre que pretende dar muerte o lesionar a otra mujer". R.N. N° 2585-2013-Junín.

5.4. SUPUESTOS DE FEMINICIDIO

5.4.1. SUPUESTOS BÁSICOS

Como en cualquier caso de homicidio, el delito se podrá cometer mediante una comisión o a través de una omisión impropia.

A. Violencia familiar

En este primer caso, de violencia familiar, en general se puede comprender a cualquier acción u omisión realizada en el seno de la familia que ocasiona daños físicos o psicológicos o incluso puede proferir amenazas en contra a la parte más débil de la relación familiar; y claro, la muerte típica del feminicidio debe causarse en este marco de violencia familiar. Es decir, los maltratos o actos de violencia deben haberse producido con anterioridad al hecho delictuoso o simultáneamente al mismo.

Para encuadrar mejor el contexto de violencia en que se produce este tipo de feminicidio, para ser típico debe considerarse lo dispuesto por la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres

y los integrantes del grupo familiar, Ley N° 30364, la misma que en su artículo 5° define a la violencia familiar en general y específicamente la violencia contra las mujeres, como "*...cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado. (...).* Y agrega "*Se entiende por violencia contra las mujeres: a) La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.* (...).Asimismo, agrega en su artículo 7°: "*Son sujetos de protección de la Ley: Las mujeres durante todo su ciclo de vida: niña, adolescente, joven, adulta y adulta mayor*[799].

Más aún el artículo 8° de la Ley 30364, modificado por el D. Leg. N° 1323, del 6 de enero del 2017, establece los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, precisando que estos son:

"*a) **Violencia física.** Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.*

*b) **Violencia psicológica.** Es la acción u omisión, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.*

*c) **Violencia sexual.** Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción.*

[799] La norma sobre violencia familiar hace referencia a los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar: a) Violencia física; b) Violencia psicológica y c) Violencia sexual.

Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.

d) ***Violencia económica o patrimonial.*** *Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de:*

1. *La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes.*
2. *La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales.*
3. *La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias.*
4. *La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo."*

La presencia de cualquiera de estos tipos de violencia determinará el contexto típico en que se produce la muerte de la mujer por parte del varón para configurar el delito de feminicidio.

Finalmente, es necesario precisar que si bien la violencia familiar se puede llevar a cabo no solo por hombres sobre mujeres sino también por mujeres sobre mujeres e incluso contra hombres, en el caso del feminicidio creemos que estos supuestos no se pueden presentar, puesto que consideramos que el agente del delito solo puede ser una persona se sexo masculino[800].

---

[800] PEÑA CABRERA, Alonso: *Crimen organizado y sicariato.* Ideas, Lima, 2016, p. 469, Expresa criterio distinto.

B. Coacción, hostigamiento o acoso sexual

Este numeral prevé dos formas de materialización del feminicidio. El termino *coacción* hace referencia al hecho que el agente delictivo realiza previamente a la acción homicida diversas acciones violatorias de la libertad personal de la víctima, obligándola a realizar algo que no quiere hacer o impidiéndole realizar una acción conforme a su voluntad y que no estaba prohibida por la ley. En este caso, la coacción que significa un delito contra la libertad personal se ve consumida por el feminicidio en virtud al principio de consunción (concurso aparente de leyes).

Por *hostigamiento o acoso sexual* debemos entender las diversas formas de presión o insinuación de contenido sexual que el agente realiza en contra de la víctima previamente a realizar la conducta homicida. Este acoso deberá realizar el agente valiéndose de la circunstancia favorable o de dominio que la especial situación de vulnerabilidad de la víctima genera en la relación entre víctima y victimario. Esta situación de vulnerabilidad propicia que la víctima se vea compelida a admitir o tolerar presiones o situaciones que llevan en aumento la voluntad criminal del sujeto, el que finalmente desencadena la acción feminicida. Las presiones o insinuaciones deben manifestarse en actos concretos como invitaciones reiteradas y rechazadas, tocamientos, acercamientos corporales, llamados de atención innecesarios, galanteos reiterados y en general cualquier acción que evidencie el abuso de la posición de predominio del agente sobre la víctima.

Este supuesto, a diferencia del anterior, que se desarrolla normalmente en un contexto familiar o de parentesco (por lo que podría asumirse que el contenido del injusto está abarcado por el parricidio), se desarrolla fuera del ámbito familiar o parental por lo que evidencia con claridad su diferencia del delito de parricidio, mostrando su propio contenido de injusto y culpabilidad.

C. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente

Esta agravante está referida al supuesto en que el agente posee alguna posición concreta de predominio sobre la víctima, originada en

la existencia de cualquier tipo de subordinación en la relación entre hombre y mujer. Esta situación normalmente lleva a la víctima a depositar confianza en su agresor, y este en lugar de responder lealmente a dicha confianza la defrauda y comete el acto homicida, precisamente aprovechando dicha confianza. Puede tratarse de una relación que le otorga autoridad al agente, como una situación laboral, de dependencia económica o de cualquier otra índole. Lo importante es que el agente se sirve de esta posición de dominio para perpetrar la muerte de la víctima.

D. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente

Este caso está referido al supuesto en que el agente realiza acciones discriminatorias contra la mujer, referidas a su condición de tal. En realidad este es un criterio general aplicable para la apreciación de este delito, pero en este supuesto se hace referencia expresamente al predominio discriminatorio.

La muerte de la mujer debe producirse en un contexto en que está siendo discriminada por su condición de mujer, y ante la reacción de esta frente al agravio, el agente realiza la conducta homicida; tal sería el caso en que se le impide ingresar a un recinto, participar en un evento o realizar un reclamo y ante la insistencia o la reacción física de la mujer el sujeto activo arremete y le causa la muerte.

Como especifica la norma, en este caso no se requiere que haya existido una relación conyugal o de convivencia, así como tampoco de familiaridad, pero sí es necesario que se haya establecido, por lo menos momentáneamente, una relación hombre-mujer en la cual el hombre se considera predominante y valiéndose de dicho predominio realiza la acción feminicida.

5.4.2. SUPUESTOS AGRAVADOS

La Norma prevé diversos supuestos agravados, sancionados con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años.

1. El primer supuesto agravado está referido al hecho en que la *víctima es menor de edad o adulta mayor.* En este caso la minoría de edad está determinada normativamente por el Código Civil y demás normas pertinentes; en tal sentido, estaremos frente a este supuesto cuando la víctima es una mujer de menos de 18 años; generalmente, cuando la víctima tiene menos de 14 años se lo consigna como un supuesto de mayor agravación y se considera como un tipo autónomo, sin embargo en este caso, esta minoría (menos de 14 años) solo será considerada para graduar la pena dentro del tipo penal en el extremo superior de la pena.

   De otro lado, en cuanto a la víctima *adulta mayor,* incorporada en esta agravante por el Decreto Legislativo N° 1323, es de precisar que en el marco de análisis del tipo penal, es un elemento normativo, para cuya determinación tenemos que remitirnos a una norma extrapenal; en este caso, a la Ley de la persona adulta mayor, Ley N° 300490, del 30 de junio del 2916, la misma que señala: *"Entiéndase por persona adulta mayor a aquella que tiene 60 o más años de edad".* Con ello queda fuera de discusión esta definición, pues como se sabe, con anterioridad se hablaba de anciano o se hacía referencia directa a persona de más de 65 años, como puede observarse en el artículo 22° o el artículo 81° del Código Penal.

   Si bien se puede discutir si realmente, a la fecha, con todos los avances de la medicina preventiva, una persona de 60 años es realmente una víctima vulnerable al igual que una menor de edad, no obstante, esta es la definición normativa conforme a las normas vigentes.

   En el mismo sentido que la agravante anterior, el fundamento de la agravación radica en el mayor reproche penal que significa la agresión a una persona adulta mayor, estando a la supuesta especial vulnerabilidad en que se encuentra habitualmente las mujeres de esta edad; aunado a ello, también se considera el

hecho que la sociedad prodiga una consideración especial a estas ancianas, que normalmente ya han cumplido su vida económicamente activa y han cumplido sus deberes frente a sus hijos, familiares y la sociedad, por lo que una agresión a estas personas evidentemente resulta de mayor reproche.

Al igual que en los casos de menores de edad, en el *aspecto subjetivo,* la edad de la víctima debe ser conocida por el agresor, de lo contrario estaremos frente a un supuesto de error de tipo (de la agravante). En tal sentido solo se acepta el dolo directo, descartándose el eventual. No obstante, es plenamente posible el error de tipo (en este caso de la agravante del tipo), cuando se trate de mujeres de 60 años a más que sin embargo muestra fortaleza, vigor y energía tal, que el agente considera que se trata de una persona de mucha menor edad.

2. El segundo supuesto agravado se presente cuando *la víctima se encontraba en estado de gestación.* En este caso no interesa si el padre de la criatura es o no el agente, asimismo, tampoco interesa el tiempo de gestación que tenga la víctima, pero claro, siempre tendrá incidencia en la determinación de la pena concreta, la mayor cercanía al nacimiento que pudiera presentar la gestación. Obviamente, para hablar de un concebido como objeto de protección del control penal, se deberá tener en cuenta la teoría de la anidación, para determinar el momento desde el cual se asume que existe un embarazo o una gestación. Igualmente, en cuanto al aspecto subjetivo del delito, debe constarle al sujeto activo el estado de gestación o embarazo de la víctima, sea porque es el padre del concebido o conoce de su estado por otras razones, sobre todo cuando se trata de una gestación evidente; de no conocerse dicho estado no estaremos frente a esta agravante.

3. El tercer supuesto está referido al hecho que *la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.* En este caso, la familia, la sociedad o el Estado ha depositado la

confianza en el agente para garantizar la indemnidad de la vida de la víctima, y el agente en lugar de cumplir este deber ha defraudado toda expectativa atentando contra la vida que permanecía bajo su cuidado y guarda, de ahí el fundamento de la agravación. Para determinar si estaba o no bajo su cuidado deberá considerarse no solo los mandatos judiciales o de alguna otra autoridad, sino también los usos o encargos sociales que sin revestir una forma propiamente jurídica establecen nexos vinculantes entre las personas. En realidad estos son los casos en que la víctima es un menor de edad o un incapaz, salvo casos de guarda especial por alguna razón, por lo que el fundamento de la diferenciación entra mujeres y hombres, en cuanto a la protección penal, no nos parece que tenga un fundamento sólido.

4. Otro de los supuestos agravados es el relativo al hecho en que *la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.* En estos casos el agente evidencia con claridad su mayor perversidad y reprochabilidad de su conducta, a tal punto que estos hechos también configurarían supuestos de asesinato con gran crueldad o para ocultar otro delito, o también configurar casos de concursos reales de delitos; en este último caso (concurso real), inclusive la pena a imponerse al agente sería más severa que la correspondiente al feminicidio, por lo que no se entiende cómo el legislador queriendo sancionar más gravemente el hecho, al final termina generando condiciones para imponer penas menores; ello obviamente evidencia que el legislador ha tenido poca claridad al momento de legislar. Lamentablemente esto no sucede solo en este tipo penal agravado, sino en casi todos los supuestos de feminicidio, en los que nos encontramos ante supuestos confusos y caóticos que no permiten su análisis e interpretación adecuada. En tal sentido, deberá ser la jurisprudencia la que vaya perfilando estos tipos penales, o finalmente será el nuevo Código Penal el que esclarezca esta problemática.

5. En la siguiente agravante se considera el hecho en que *la víctima al momento de cometerse el delito, tiene cualquier tipo de discapacidad.* En este caso queda clara la agravante y su fundamento estriba en el hecho que al padecer la víctima de cualquier tipo de discapacidad, el hecho se ha visto favorecido y el agente ha actuado asegurando el resultado en una especie de actuación alevosa. La discapacidad será cualquier deficiencia física o mental que presentaba la víctima al momento de cometerse el delito, lo que la ha hecho más vulnerable frente a su victimario, y claro, a la vez muestra la falta de toda consideración y conmiseración del agente por las personas que normalmente requieren de protección o ayuda.

6. Sexta se considera el hecho que la *víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier otro tipo de explotación humana.* En realidad este supuesto es de los más graves puesto que muestran descarnadamente la crueldad y desprecio por la vida de parte del agente del delito. Pues, no contento con someter a la víctima para efectos de trata de personas (explotación laboral, sexual, etc.) procede a quitarle la vida llevado indudablemente por los fines abyectos que lo llevaron a la comisión del primer delito o hecho en agravio de la víctima. Y claro, el móvil del delito, más allá de su aprovechamiento de la situación de predominio que las circunstancias le prodigaban, normalmente será la intención de ocultar sus delitos previamente cometidos u optimizar su degradada labor de tratante, evitando ser descubierto con la posible delación de la víctima. La norma ha previsto, además del sometimiento de la víctima a la trata de personas (que era el único supuesto típico hasta antes de la modificación de la norma por el D. Leg. N° 1323), un supuesto de explotación abierto: *"cualquier tipo de explotación humana"*, en el que encuadran supuestos como el de sometimiento a esclavitud o servidumbre antes de la causación del hecho feminicida.

7. Otra de las circunstancias agravantes es el hecho en que en la muerte de la mujer (víctima de feminicidio) *concurre cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108°,* en el que se consideran los supuestos configurativos del delito de asesinato. Como puede apreciarse, todos los casos de asesinato configuran, además, feminicidio agravado, por lo que nos encontramos ante un concurso aparente de normas que se resuelve aplicando el principio de especialidad (o incluso el principio de consunción) a favor del feminicidio.

8. Finalmente, otra agravante de segundo nivel de este tipo penal está referida al hecho en que se *comete a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado;* es decir, la muerte de la víctima se produce frente a estos menores; al respecto, se excluyen hijos o hijas mayores, aun cuando estuvieran bajo el cuidado de la víctima por tratarse de persona incapaces, puesto que en este caso resultaría de aplicación directamente el numeral 5, referido al caso en que la víctima presenta discapacidad. La agravante se fundamenta, en que además de la afectación a la vida de la mujer, también se afecta la salud mental de dichos menores, con lo que este supuesto se muestra pluriofensivo.

Se concluye esta lista de agravantes estableciendo un supuesto de agravación de tercer nivel sancionado con la pena de cadena perpetua, referido al caso en que concurren dos o más circunstancias agravantes previstas en la presente norma penal.

De otro lado también la última modificación introducida por el D. Leg. N° 1323, ha establecido que en todas las circunstancias previstas en este artículo sobre el feminicidio, se impondrá la pena de inhabilitación, que en la norma anterior solo estaba prevista para algunos casos.

5.5. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Obviamente se trata de un tipo eminentemente doloso, que agota los elementos subjetivos únicamente con el dolo; pues, no admite algún otro elemento subjetivo distinto del dolo. Como en todos los casos el dolo del agente deberá abarcar todos los elementos objetivos del tipo, especialmente la condición de mujer de la víctima, así como el agente debe conocer el contexto en el cual se concreta la muerte, esto es, debe ser consciente que se vale de la especial situación que le da predominio en la relación hombre-mujer, al encontrarse la víctima en alguna situación de subordinación o minusvalía respecto del hombre; sea por la circunstancia especial o por la propia condición de mujer de la víctima, lo cual por lo menos le concede una prevalencia física o psicológica al sujeto activo.

La condición de mujer de la víctima deberá quedar debidamente determinada, pues, de tratarse de un supuesto de error o por lo menos de duda respecto a la calidad femenina de esta, no estaremos frente a este tipo penal. Así, si se produce la muerte de la mujer en la creencia que se trataba de un homosexual con apariencia e indumentaria femenina (en la medida que las circunstancias determinen la verosimilitud de tal creencia), no habrá conocimiento respecto al sujeto pasivo del delito, apreciándose un error sobre un elemento esencial del tipo penal. Por el contrario, en el caso de que el agente crea erróneamente de que se trata de una mujer debido al contexto y circunstancias de lugar, modo y demás detalles, y en tal convencimiento realiza la conducta feminicida a su criterio, tampoco estaremos ante este tipo penal, por absoluta impropiedad del sujeto pasivo; en tal caso estaremos frente a un supuesto de homicidio simple o a algún supuesto de homicidio calificado, pero no ante un feminicidio[801].

[801] En sentido similar PEÑA-CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 474.

6. SICARIATO

Art. 108°-C.-El que mata a otro por orden, encargo o acuerdo, con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años y con inhabilitación establecida en el numeral 6 del artículo 36, según corresponda.

Las mismas penas se imponen a quien ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario.

Será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua si la conducta descrita en el primer párrafo se realiza:

1. *Valiéndose de un menor de edad o de otro inimputable para ejecutar la conducta*
2. *Para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal*
3. *Cuando en la ejecución intervienen dos o más personas*
4. *Cuando las víctimas sean dos o más personas*
5. *Cuando las víctimas estén comprendidas en los artículos 107 primer párrafo, 108°-A y 108°-B primer párrafo.*

6. Cuando se utilice armas de guerra.[802][803][804][805]

6.1. CRITERIOS POLÍTICO CRIMINALES Y FUNDAMENTACIÓN

En los últimos tiempos, especialmente en nuestro medio, se han venido perpetrando una serie de asesinatos por encargo o por precio, habiendo aparecido organizaciones delincuenciales dedicadas al negocio de la muerte, las mismas que por un precio, muchas veces mínimo, quitaban (y quitan) la vida a un semejante. Esto se agravó con la aparición de grupos delictivos que utilizaban a menores de edad para cumplir con el encargo homicida, lo que llevó a una situación de zozobra y de desprecio generalizado por la vida; habiéndose hecho popular la forma como estas organizaciones o particulares cumplían con el encargo de aniquilar a la persona "sentenciada a muerte" por el "encargante"; modalidad que habitualmente se realizaba a través de disparos de arma de fuego desde una moto lineal que interceptaba a la víctima en un lugar estratégico. Es por ello que se hizo popular en el lenguaje coloquial, la frase "te mando la moto", en alusión a que si alguien se porta mal, se le envía un sicario.

---

[802] Artículo incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015.

[803] De conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, queda prohibido el derecho de gracia, amnistía, indulto y conmutación de la pena para los delitos previstos en el presente artículo.

[804] De conformidad con el Numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, se prohíbe los beneficios de semilibertad y liberación condicional a los sentenciados bajo los alcances del presente artículo.

[805] De conformidad con el Numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, se dispone que en los casos señalados en el párrafo anterior de la citada disposición sólo se les aplicará la redención de pena por trabajo o educación en la modalidad del siete por uno.

Esta situación de zozobra contra la vida ha alcanzado tal envergadura que la población en su conjunto ha enarbolado la exigencia de una respuesta severa contra estos hechos criminales, lo cual ha sido auspiciado por la prensa en su conjunto, por las diversas instituciones y sectores sociales así como por la comunidad jurídica en su conjunto. Pues, se asume que la vida debe ser protegida de un modo más eficaz, sobre todo, de las acciones más reprochables y traumáticas como las que sacrifican la vida en aras del apetito o avidez crematística.

Es en estas circunstancias y ante la gravedad de estos hechos, que mediante el D. Leg. N° 1181, publicado el 27 julio 2015, se ha incorporado el artículo 108°-C al Código Penal, el delito de sicariato, cuyo análisis realizamos a continuación.

6.2. ANÁLISIS DOGMÁTICO

El homicidio por precio o sicariato es un hecho cuotidiano en la historia de la humanidad; en efecto, el crimen *inter sicarios* u homicidio por mandato era ampliamente conocido en el Derecho Romano[806]. Sin embargo, en las diversas legislaciones ha sido tratado como una forma agravada de homicidio o asesinato, y por ello no ha tenido un tratamiento diferenciado, aun cuando siempre estuvo presente como una forma de asesinato; específicamente el homicidio por lucro, es decir un homicidio agravado por el móvil.

El sicariato es el fenómeno delictivo en el que una persona (sicario o mandatario), motivado en virtud de un *precio, promesa o recompensa* y mediando un acuerdo previo, mata a otra persona por encomienda, encargo o petición de un tercero ("encargante" o mandante), quien tiene interés en la muerte y es quien toma la decisión de acabar con la vida del sujeto pasivo. Y claro, la conducta realizada por el sicario es ejecutada, en lo sustancial, de conformidad con las indicaciones

[806] BUOMPADRE, Jorge: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2014, p. 123.

dadas por el comisionante o encargante, o también según las pautas o acuerdos existentes en la organización criminal encargada de realizar el encargo; aun cuando pueden presentarse casos en que al mandante únicamente le interesa la muerte de la víctima dejando en libertad al sicario para determinar la forma, momento y circunstancias en que se ejecuta el hecho.

En el sicariato, a diferencia del homicidio calificado o asesinato por lucro, el sicario materializa la muerte por el precio, este no tiene ningún interés en la muerte de la víctima, únicamente realiza el acto por la existencia del acuerdo criminal, en cambio en el asesinato por lucro el propio agente del asesinato es el que busca beneficiarse con la muerte, esto es, el beneficio lucrativo no es obtenido por pago o pacto con tercero, sino por la propia muerte de la víctima, hecho en el que participa directamente el asesino beneficiado con la muerte.

La jurisprudencia de la Corte Suprema define al sicariato en los siguientes términos: *"Sicariato como categoría crimino-sociológica y traducida jurídicamente como homicidio por lucro (...) denominándose sicario al que comete homicidio por precio, (...) siendo una de las características de dicha conducta delictiva, la frialdad con la que actúa al cometer el delito. De ese modo podemos señalar que el "encargo" no es más que la acción de encargar, encargar algo a alguien, que, en el caso de un homicidio, una persona quiere la muerte de otra, y a efectos de no llevar directamente la consumación, encarga la ejecución a otra persona. Cabe indicar que existe la interrogante de por qué el propio mandante no ejecuta el crimen por sí mismo, teniendo como explicación el temor, evitar riesgos directos, confiar en el éxito criminal del comisionado por tratarse de un avezado asesino, pánico a ser sorprendido* in fraganti, *preparar su coartada si se descubre al encomendado, entro otros; de manera que quien encarga el homicidio es quien lo ideó, esto es, el autor mediato o intelectual; y siendo quien lo ejecuta el que materialmente mata a la víctima, esto es, autor material o "brazo ejecutor"".* R.N. N° 3629-2012-Lima. Sala Penal permanente.

6.2.1. ELEMENTOS TÍPICOS

A. La acción típica

Como quiera que se trata de un caso de homicidio calificado por el móvil (el lucro) la acción típica reúne todas las características de dicho delito (homicidio). Asimismo, el sujeto activo puede ser cualquier persona así como también el sujeto pasivo. Sin embargo, la modalidad de la acción típica establece la diferencia del sicariato con el homicidio. Pues, el sicario actúa siempre por *orden, encargo o acuerdo.*

Debiendo entenderse por *orden* a la disposición o mandato que una persona realiza a otra, en este caso, para que ejecute la muerte de determinada persona. Obviamente, dicho mandato debe ser aceptado por el ejecutor, por lo que al final no se trata de un mandato propiamente dicho sino más bien de una especie de acuerdo previo entre el sicario y el mandante o "encargante" para le ejecución de la muerte de la víctima.

Asimismo, por *encargo* (o encargar) debe entenderse al hecho de encomendar a alguien la realización de algo, en el presente caso, la realización de la muerte de del sujeto pasivo. Pero igualmente, el ejecutor del encargo debe aceptar y estar de acuerdo con la realización del encargo, de tal suerte que estamos hablando de un acuerdo criminal; pues, no se trata de un encargo en que el destinatario está obligado o tenga el deber de cumplir o realizar, por el contrario, actúa impulsado por la obtención del beneficio pactado u ofrecido.

Finalmente, el *acuerdo* es la confluencia de las voluntades del "encargante" y el sicario, es decir el pacto infame sobre la muerte de la víctima.

B. El sicario

Es el sujeto que ha hecho del homicidio su negocio, y por ende, su forma de vida y por ello revela su total desprecio por la vida de sus semejantes. Ha priorizado su deseo de obtener ventajas económicas por encima de todo sentimiento de humanidad y solidaridad respecto a la

vida humana; consecuentemente revela gran peligrosidad. Por ello, el fundamento de esta figura delictiva no radica únicamente en el mandato que el tercero le hace al sicario, sino más bien en el pacto infame sobre el precio o recompensa por el cual el autor interviene materialmente y comete el hecho. El sicario no obra con odio, cólera o pasión, solo está motivado por su afán de obtener los bienes o ventajas que constituyen la contraprestación del "pacto infame" o el "precio de la vida" que el mismo ha determinado en el acuerdo delictivo con el "encargante". "Evidentemente, se trata de hechos que despiertan gran alarma social; donde la gravedad reside en que el ejecutor actúa sin motivo personal y por un bajo impulso, cual es la recompensa, no conociendo siquiera a quién va a matar; mientras que el otro procura no solo su seguridad sino, también, su impunidad, apelando a ese medio premeditado y artero.[807]" Por ello, la sanción se aplica tanto al que recibe como al que paga el precio. Ambos responden penalmente como si fueran autores, como se verá más adelante.

C. El "encargante" o contratante de la muerte

Es la persona que tiene interés específico en la muerte del sujeto pasivo, pero para evitarse riesgos de ineficacia, por temor a ser descubierto o por confiar en el éxito criminal de un tercero o de una organización (por ser un asesino avezado o por la seguridad de la propia organización), encarga a dicho tercero u organización que ejecuten el homicidio. La razón por la que el "encargante" decide que se le quite la vida a la víctima puede ser cualquiera, como el móvil económico, pasional, político, racial, de odio, de venganza, para facilitar u ocultar otro delito, etc.; inclusive puede tratarse de una persona que ha sido contratada, para contratar a su vez, al sicario o a la organización que debe encargarse de concretar la muerte de la víctima. Normalmente este es quien idea el homicidio y determina la forma como debe realizarse la muerte, pero ello también puede quedar a cargo del sicario o de la organización de sicarios.

---

[807] LOPEZ BOLADO, Jorge: Los homicidios calificados. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires. 1975, p. 157.

D. El intermediario

Se trata de una interpósita persona, es decir, el tercero que intermedia entre el "encargante" y el sicario y organización de sicarios. El uso de estos terceros intermediarios es común, puesto que la persona interesada en la muerte de la víctima normalmente no quiere involucrarse con el sicario y por ello busca mantenerse alejado de este a la vez que no tener contacto alguno. Es más puede existir una cadena de intermediarios que es la que se usa cuando se trata de mantener totalmente alejado del hecho de sangre a la persona que va a realizar el pago para concretar la muerte, sea porque se trata de un personaje importante o simplemente porque trata de mantenerse a buen recaudo.

E. El acuerdo criminal

Es el "pacto infame" celebrado entre el "encargante" y el sicario u organización de sicarios mediante el cual se decide la muerte de la víctima. Es decir, el acuerdo en el que se determina a la futura víctima y se pacta el pago de un estipendio u otorgamiento de cualquier otra ventaja. En este pacto se plasman los pormenores del hecho, tanto respecto a la ejecución de la muerte así como respecto al pago o entrega del beneficio al sicario. "El pacto tiene que existir explícitamente con relación a un determinado homicidio, cualquiera que sea la forma que adopte (escrito o verbal). No quedan comprendidos los entendimientos tácitos y, menos aún, la muerte producida por el agente con la esperanza de recibir un precio por ella"[808].

Este pacto no necesariamente es un acto concreto acordado en determinado lugar, fecha y modo, sino que puede tratarse de un proceso o secuencia de actos con los mismos o con distintos intervinientes; así, puede consistir en un conjunto de acciones hasta que se define el acuerdo definitivo. Asimismo, comprende a todos los intervinientes en el acuerdo, esto es, al "encargante", al sicario o sicarios intervinientes

---

[808] CREUS, Carlos: Derecho penal. Parte especial. Tomo I. 6ta. edición.Editorial Astrea. Buenos Aires. 1998, p. 34.

así como también a los intermediarios. Pues, el acuerdo puede haberlo celebrado el "encargante" con el intermediario y luego este con el sicario o la organización de sicarios; inclusive puede tratarse del acuerdo de una cadena de intermediarios o sicarios. En tal sentido, este acuerdo propiamente es un proceso compuesto por un conjunto de actos, todos ellos con relevancia para determinar la participación delictiva de cada uno de sus actores.

Pero no todo acuerdo homicida se subsume en el artículo 108°-C (sicariato), pues, el acuerdo tiene que estar referido a la entrega o promesa de una ventaja económica o de cualquier otra índole como precio por la muerte de la víctima, por lo que si se trata de un acuerdo sustentado en la venganza o en el odio que el "encargante" y el sicario tienen en común contra la víctima, pero no hay la entrega o promesa de una ventaja, el hecho no será típico de sicariato.

F. Ventaja o beneficio económico o de cualquier otra índole

En este tipo de delitos es imprescindible el compromiso de entrega o la entrega del beneficio o ventaja a favor del sicario o de la organización encargados de realizar el homicidio. Pues, el sicario solo actúa para obtener este beneficio, puesto que él no tiene ningún interés en la muerte de la víctima aparte de materializar su apetito lucrativo o crematístico. No obstante, el beneficio no necesariamente debe ser económico, aun cuando esta es la regla, ya que puede tratarse de un beneficio de cualquier otra índole, como la entrega de drogas, bienes o derechos de contenido patrimonial, mujeres, cargos administrativos o de poder político, etc.

Es suficiente con que el beneficio se ofrezca en el acuerdo homicida, no interesando si finalmente llega este a entregarse o no. Inclusive, no interesa si el "encargante" o el intermediario que contrata los servicios del sicario tiene realmente la intención de cumplir con la entrega del beneficio o no; pues, es conocido que en este mercado de la muerte, que también se recurre al asesinato de los sicarios con la finalidad de liberarse del cumplimiento de la contraprestación luego de que el sicario cumple con dar la muerte de la persona señalada.

G. Tipicidad subjetiva

La comisión de este tipo penal exige necesariamente la presencia simultánea de dos aspectos subjetivos: el *dolo* y un elemento subjetivo distinto del dolo, que en este caso es uno de *tendencia interna trascendente,*[809] pues la finalidad lucrativa asegurada a través del pacto es la que determina la voluntad del sicario. Obviamente, el dolo del agente debe de abarcar todos los elementos objetivos del tipo a fin de configurar debidamente el dolo.

El dolo eventual es perfectamente posible en todas las modalidades del sicariato; pues, si bien cualquier circunstancia agravatoria exige una íntima conexión con la lesión del bien jurídico, ello no exige necesariamente una relación finalística. En tal sentido, lo único que se debe exigir es que la circunstancia agravatoria resulte ser la causa de la creación del riesgo jurídico-penalmente relevante. Así, por ejemplo, en el caso en que se contrata al sicario para cuasar lesiones a la víctima, el "encargante", intermediario o el sicario pueden represenatrse la probable muerte de la víctima, sea por su estado de salud, la forma en que se van a producir las lesiones o por la propia naturaleza de la lesión; si en este caso se produjese la muerte de la víctima, no hay duda que estamos ante el sicariato en sus respectivas modalidades; lo cual claramente configura el sicariato por dolo eventual.

a) Finalidad o propósito de obtener el beneficio

El sujeto activo, en este caso el sicario, actúa con el propósito de obtener un beneficio, sea económico o de cualquier otra índole, el beneficio perseguido puede ser para sí o para un tercero. Sin embargo,

---

[809] Conocida también como delitos de intención. "Se habla de intención en este sentido cuando el autor persigue un resultado que tiene en consideración para la realización del tipo pero que en realidad no necesita ser alcanzado" (JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* 1995, p. 342). "En ellos hay un fin ultratípico, o sea que el autor tiene en vista un resultado pero que no tiene que alcanzar necesariamente, y en algunos casos nunca, porque de ser así se trataría de otro tipo" (ZAFFARONI: *Ob. Cit.* 1981, T. III, p. 373).

no es indispensable que el sicario logre alcanzar el bien o la ventaja prometida luego de haber cumplido con el pacto criminal; es más, para que el hecho se subsuma plenamente en el tipo no es necesario que se haya pagado el precio o servicio total o parcialmente antes de la ejecución homicida, solo importa que se actúe motivado por una recompensa o promesa de alguna situación favorable para él mismo o para tercero. Lo cual no obsta para considerar como típicos los hechos en que la recompensa ya se ha entregado antes de la ejecución de la muerte, pues, la entrega de esta es la única razón que tiene el sicario para perpetrar la muerte.

La norma no tiene un redacción feliz, puesto que refiere que el sujeto mata por encargo y *con el propósito* de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole, con lo que plasmaría un elemento subjetivo de intención (o tendencia interna trascendente), que podría llevar a considera que solo serían típicos los hechos en que el sicario aún no ha recibido la totalidad o parte del beneficio buscado, y precisamente realiza la muerte llevado por las ansias de obtenerlo (propósito de obtener); con lo que se estaría dejando fuera del tipo a los casos en que ya recibió la totalidad del beneficio y solo actúa para cumplir la orden o el compromiso asumido[810].

Por nuestra parte creemos, que aun con el defecto de la ley, debemos tener en cuenta que el sicariato se caracteriza, precisamente, por la existencia de un precio, ventaja o recompensa que es el elemento que convence al sicario para realizar el hecho delictivo, ventaja cuya concreción no queda sujeta a la entrega previa o posterior al hecho. Pues, la circunstancia que determina la gravedad de estas acciones es la referida al hecho que el sicario hace de la muerte (segar la vida de sus semejantes) su forma de vida, revelando su total desprecio e

[810] En este caso, los hechos en que ya se pagó el "precio" solo calificarían como supuestos de asesinato, con la consecuente menor pena, lo cual no resulta conforme al sentido de la norma.

instrumentalización de la vida, lo que se agrava con la actuación del "encargante" a través del acuerdo criminal, que también refleja la conducta alevosa del sujeto. En tal sentido, la entrega previa o posterior del beneficio no tiene incidencia alguna en la naturaleza o gravedad del hecho. Consecuentemente, para la configuración del sicariato debe considerarse y evaluarse la existencia del propósito que persigue el sicario para causar la muerte, en cualquier momento del proceso criminal, sea en momentos previos al acuerdo, durante el acuerdo, en el interregno entre el acuerdo y la muerte o en el mismo momento de la muerte[811].

Ahora bien, el texto de la ley considera una expresión amplia para referirse al tipo de ventaja, por lo que resulta típica la persecución de cualquier tipo de ventaja, sea de orden económico, político, afectivo-sexual, entrega de un bien de valor afectivo, etc.

De otro lado, es necesario precisar que para la calificación del sicariato no interesa el móvil o la finalidad del mandante o "encargante", esta puede ser diversa, sea odio, venganza, móvil político, o también la expectativa o finalidad económica, pero ella es irrelevante; pues, para estos efectos solo se tiene en cuenta la finalidad o propósito del sicario. Asimismo tampoco interesa la naturaleza del bien o la cantidad o el monto prometido, salvo que sea absurdamente ínfimo, en cuyo caso no se podrá considerar propiamente como un beneficio el que persigue el sicario, y por tanto, no estaremos ante la estructura de este delito sino ante un homicidio simple o ante cualquier otra modalidad de homicidio calificado; pues, como ya se dijo, el sicariato se caracteriza, precisamente, por la existencia de un precio, ventaja o recompensa que es el elemento que convence al sicario.

---

[811] En este mismo sentido se pronuncia la doctrina, así MARÍN. *Ob. Cit.* (2008, p. 70), señala: "El precio debe consistir en dinero o en una ventaja de índole patrimonial, que se haga efectiva (...)." Y agrega más adelante, el pago de un valor estrictamente económico al sicario debe entregarse antes de que este emprenda o cometa el homicidio.

6.2.2. SUPUESTOS AGRAVADOS

La norma ha previsto varios supuestos agravados, sancionados con pena de cadena perpetua, al considerarlos como los casos de mayor reprochabilidad en el sistema jurídico-penal.

A. Valerse de un menor de edad o de otro inimputable para ejecutar la conducta

Esto es, cuando la muerte se realiza a través de un menor o inimputable a quien el agente lo utiliza como instrumento, lo que revela su especial peligrosidad; pues, no tiene miramientos para servirse de la inexperiencia o incapacidad el menor o de aprovecharse de su necesidad para convencerlo a que atente contra la vida de un semejante a cambio de una recompensa o beneficio que normalmente es mínimo. En este caso, en realidad el agente es el único autor (mediato) o responsable penal de la muerte por precio (sicariato), ya que el menor o incapaz, inclusive, puede no ser responsable penalmente.

Obviamente, la minoría de edad debe enmarcarse en el parámetro menor a los 18 años, y dentro de la incapacidad debe considerarse tanto la relativa así como la absoluta, pues, la norma no hace distingo al respecto, y claro, en ambos casos se aprecia la especial peligrosidad del agente. Asimismo, también funciona como fundamento de la agravación el hecho que el agente busca aprovecharse del especial tratamiento penal especial que reciben los agentes menores de edad, y demás inimputables, y con ello pretende asegurarse la impunidad.

Puede tratarse de más de un supuesto de valimiento del menor o incapaz; así, puede tratarse del hecho en que es el propio interesado en la muerte ("encargante" al menor) el que se vale de menores o inimputables, en este caso el agente interviene en la comisión del hecho como autor mediato, puesto que instrumentaliza al menor de edad o a cualquier inimputable; inclusive puede haber recurrido a causar o inducir a error al menor o a la coacción.

De otro lado, puede tratarse del supuesto en que es un sicario (el que ha recibido el encargo de la muerte) el que utiliza al menor para concretar su propósito homicida a cambio de un precio; en este caso, se trata de un intermediario o de una organización criminal los que utilizan al menor. En este caso, el "encargante" si es que desconocía de la participación del menor o no contaba con esta situación, responderá solo por el supuesto básico, de lo contrario será corresponsable del sicariato en su modalidad agravada.

B. Para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal

Es el caso en que una organización criminal decide la muerte de la víctima o recibe el encargo de perpetrar dicha muerte y encarga o da la orden a un particular o a un miembro de la organización para la concreción de tal cometido. En ambos casos se configura la agravante. Puede tratarse de cualquier tipo de organización delictiva, sin interesar cuáles sean los delitos que tienen por objetivo cometer; en efecto, puede tratarse de una organización dedicada al lavado de activos, al tráfico ilícito de drogas, al robo agravado, al secuestro, la extorsión y claro, al sicariato o asesinatos por encargo o por precio.

El término organización criminal, al menos en un sentido genérico, debe entenderse en términos equivalentes al de asociación ilícita. La idea central de organización se deriva de la existencia de un ente con carácter de institución y que posee las notas de *permanencia y regularidad* en el tiempo. La organización no depende de la conservación y regularidad de sus miembros, los cuales pueden cambiar constantemente sin que ello implique su alteración o desaparición. La organización está lejos de ser un conglomerado humano o una simple forma numérica en la que solo basta un concierto más o menos ordenado de voluntades superpuestas entre sí sin ningún criterio rector o sin un sentido último; en realidad, ella supone, en su acepción jurídica, una determinación clara y definida de los objetivos a alcanzar o delitos a cometer y una adecuada selección de los

medios y procedimientos; disponiendo de una elemental distribución de funciones –ya que no todos los miembros van a realizar la misma tarea– y un necesario principio jerárquico tanto en el mando, como en la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas; aun cuando actualmente, no se descarta la existencia de organizaciones horizontales, en donde las jerarquías han desaparecido o no son relevantes; tales parecen ser los casos en que personas provenientes de diversas organizaciones se asocian para perpetrar determinados delitos o para optimizar su actividad criminal.

La *organización* se distingue de la simple autoría y participación y de la conspiración para delinquir, en que en ella no basta la intervención de un número plural de personas en la fase preparatoria del delito, sino que la idea de organización queda satisfecha cuando se logra establecer una formal o material *distribución de funciones* entre los miembros, determinando los deberes y derechos de cada uno de ellos, como la actividad que ha de cumplir y, además, que exista por lo menos una elemental *estructura jerárquica* entre los "asociados"[812], señalando un determinado mando y rango, ya sea personal o colegiado, y una determinada línea de acción vertical, basada en el compromiso, elemental lealtad y obediencia respecto a los acuerdos comunes.

Dicha organización no debe ser necesariamente formal, en el sentido de verse reflejada en un estatuto o un reglamento en el que se señalan los cargos, competencias y funciones, ya que de ser así solo las asociaciones que documentasen su finalidad ilícita y la actividad que desarrollan serían alcanzadas por el Derecho penal, quedando fuera las organizaciones irregulares que no cumplen con este requisito. En tal sentido, se debe evitar extrapolar las categorías propias del Derecho Privado (Civil y Comercial) al seno del Derecho penal en la construcción del concepto de organización, pues, estas organizacio-

[812] No considera la organización jerárquica MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal*. Vol. III; p. 450, pues "le basta un concierto, de carácter permanente, de intenciones y de acciones".

nes de Derecho privado, son protegidas por el derecho, precisamente porque se forman y estructuran de acuerdo al Derecho y cumplen una finalidad lícita y en beneficio de la sociedad o de los individuos; en cambio las organizaciones criminales se forman para contravenir el ordenamiento jurídico.

Otro de los requisitos que se encuentra detrás de la noción de organización es el *sometimiento y la aceptación* del "asociado", "miembro" o "integrante" a la voluntad general o a los acuerdos colectivos. Se habla así de una *disciplina corporativa*. La oposición o silencio de un integrante frente a los acuerdos colectivos, que no suponga la colocación de una barrera de contención seria para evitar el desarrollo ulterior del propósito criminal de la asociación o de alguno de sus miembros, no exime de pena, cuando se mantenga dentro de la organización. En el mejor de los casos implicará una atenuación de su responsabilidad.

El formar parte de la organización o, mejor dicho, la relación de pertenencia del afiliado a la organización criminal, no debe entenderse en términos formales, como si se exigiera un vínculo jurídico válido o un acto solemne que declare la vinculación de una persona con la asociación; pues, de ser así dicha relación daría lugar a serias y graves lagunas de punibilidad, en la medida que los vínculos que no cumplan con dicho requisito quedarían excluidos del ámbito de la tipicidad (agravada en el presente caso). En este sentido, la afiliación debe comprenderse en un sentido *material*, requiriendo únicamente la vinculación fáctica y real entre el integrante y la organización, no importando la naturaleza o modo del ligamen del "socio" con la organización criminal. Puede tratarse de una organización criminal que desarrolla sus operaciones a nivel nacional o internacional.

La organización requiere un acuerdo o pacto común entre los "asociados", por ejemplo, en el instante de su creación; o en su caso, la adhesión de uno o más asociados al pacto y al acuerdo inicial; igualmente, requiere una aceptación de los fines a los que la orga-

nización propende[813]. Dicho acuerdo puede ser expreso o tácito. No es necesario que conste en algún documento o en un soporte material[814]. Es más, la doctrina está de acuerdo en señalar que la afiliación se puede dar a través *de hechos concluyentes*[815] o actos materiales de los miembros.

Normativamente, la Ley N° 30077, en su artículo 2° ha establecido: *"... se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más persona que se reparten diversas tareas o funciones cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable y por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves ..."*; en el mismo sentido, también la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define en su artículo 2° qué debemos entender por organización criminal.

Si se entiende que la relación de pertenencia o de afiliación es el núcleo de la imputación, tal característica permite delimitar y excluir del ámbito de la tipicidad una serie de comportamientos que caen fuera del círculo de la autoría como es el caso del tercero ajeno a la asociación que sin ser afiliado o integrante de la misma desarrolla actos de colaboración o de favorecimiento. En ese sentido queda claro que se puede actuar en la organización, colaborar con ella, pero no pertenecer a la misma[816]. Dichos actos de favorecimiento pueden dar lugar, en todo caso, a formas de participación en el delito, sobre todo de complicidad. Sin embargo, ello no es óbice para que quien

---

[813] Cfr. CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial.* T II; p. 107.

[814] Cfr. CORNEJO, Abel: *Asociación Ilícita.* p. 42.

[815] Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Asociaciones Ilícitas en el Código Penal.* p. 251.

[816] Cfr. CREUS, Carlos: *Ob. Cit.* T II; p. 109; LAJE ANAYA, Justo: *Comentarios al Código Penal.* Vol. IV, p. 22; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Ob. Cit.* p. 251.

tiene la calidad de cooperador pueda luego pasar a formar parte de la organización al haber sido aceptado[817].

Esta agravante no diferencia la posición que ocupa el agente que encarga o da la orden de matar a la víctima (sicariato) en la organización criminal, puede tratarse del jefe o agente con funciones de dirección o de un agente que ocupa un menor escalafón dentro de la organización; pues, la norma no refiere que deba ser el jefe, dirigente o cabecilla de la organización criminal, el que dé la orden de la muerte.

Si bien, la existencia de la organización se manifiesta y prueba muchas veces a través de las reuniones periódicas o circunstanciales que realizan sus miembros, al mediar una presencia física, no hay mayor problema para admitir su existencia, cuando los acuerdos, directivas, incorporaciones o aportaciones se llevan a cabo sin necesidad que los miembros se reúnan alguna vez o habiten en el mismo lugar[818], dado que dicha asociación puede entablar lazos de permanencia y comunicación a través del empleo de procedimientos técnicos como la utilización de la Internet, de la telefonía celular, del fax u otros medios técnicos semejantes. Puede emplear también emisarios o correspondencia[819].

Lo dicho pretende remarcar que para la existencia de la organización no es necesario comprobar que sus miembros se hayan reunido alguna vez o que se hayan conocido o posean algún tipo de distintivo o identificación. Por tanto, no toda reunión en donde se planifica la comisión del delito, significa la presencia de la agravante en cuestión, o que a falta de una reunión física entre los integrantes del cuerpo criminal estemos ante la ausencia de la organización criminal. Lo único que se debe acreditar de manera fehaciente es que la organización tenga

---

[817] Cfr. LAJE ANAYA, Justo: *Ob. Cit.* p. 22.

[818] Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires; Abeledo – Perrot; 1969; T VI; p. 405.

[819] Cfr. CORNEJO, Abel: *Ob. Cit.* p. 43; LAJE ANAYA, Justo: *Ob. Cit.* p. 24.

una vocación de permanencia y de duración en el tiempo[820]. Y ello de manera autónoma e independiente a si ha existido o no reuniones o si los miembros se han conocido o no.

C. Cuando en la ejecución intervienen dos o más personas

Debe tratarse de una pluralidad de sujetos intervinientes en el hecho de sangre, dos o más de dos. Pero no se trata de cualquier partícipe (autor, cómplice necesario o cómplice secundario) sino que debe tratarse de autores ejecutivos o coautores. Esto es, la muerte debe ser ejecutada por dos o más personas que se han comprometido a concretar la muerte por el precio, y en efecto, ambos concurren a la escena del crimen para materializar la muerte, aun cuando finalmente solo alguno de ellos sea quien ejecuta los disparos o realiza concretamente la acción homicida. Puede tratarse de sujetos armados, en que ambos o todos ellos están dispuestos a ejecutar el hecho; o también puede tratarse del sujeto que dispara y el que conduce el vehículo al lugar de los hechos o también el que se encarga de evitar que el agente sea descubierto (el "campana"). Es decir, se trata de autores ejecutivos.

Asimismo, también puede tratarse de una pluralidad de sujetos en la que todos no concurren al lugar de los hechos sino que se han distribuido roles o funciones (unos han planificado el hecho, otros han procurado los medios y otros ejecutan el hecho) y cada uno de ellos tiene el dominio de su respectiva función y como tal responden como coautores. No obstante, la agravante no se configura cuando estamos ante un autor ejecutivo y un autor mediato, pues, la norma expresamente señala que en la ejecución del homicidio debe haber participado una pluralidad de agentes, y como se sabe, en el caso del autor mediato, precisamente, este no participa en la ejecución. Sin embargo, si se trata de un autor mediato por dominio de la organización, de todos modos se aplica la agravante en virtud al literal b) y

[820] Cfr. MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal.* Vol. III; p. 450 nota 11.

si se tratase del uso instrumental de un menor o incapaz, igualmente se aplica la agravante prevista en el literal a).

De otro lado, no se configura la agravante si se trata solo de un autor y un cooperador o cómplice, pues, aun cuando la norma no hace esta diferenciación, estando a la gravedad de la sanción, este tipo penal debe de interpretarse restrictivamente. Asimismo, en el caso que se trate de la participación ejecutiva de un autor y un menor de edad o un incapaz, si bien a través de una interpretación restrictiva podemos excluir la aplicación de la agravante por pluralidad de agentes, de todos modos, al intervenir un menor de edad, estamos ante la agravante prevista en el literal a), que igualmente sanciona el hecho con pena de cadena perpetua.

D. Cuando las víctimas son dos o más personas

En este caso, los sujetos pasivos deben estar comprendidos en la misma resolución criminal planificada; es decir, que se le haya encargado como una sola misión matar a dos o más personas y que por cada una de ellas o todas juntas se entregará la recompensa o el precio. En tal sentido, no se presenta esta agravante en los casos en que al sicario se le da la orden o encargo de matar a "X" y al momento de ejecutar el acto termina acabando con la vida de "X" y "Z"; o se le ordena acabar con la vida de "A" y "B", pero solamente por "A" se le promete un pago más no así por "B". Pues, la pluralidad de víctimas justifica la agravante solo cuando se ha planificado la pluralidad del sicariato. Si solo se acuerda el pago por uno y se mata a dos, en todo caso se resolverá el caso, aplicando las reglas del concurso real de delitos.

E. Cuando las víctimas estén comprendidas en los artículos 107° primer párrafo, 108°-A y 108°-B primer párrafo

a) Parricidio por sicariato (art. 107°, primer párrafo del CP.)

Casos en que el "encargante" manda matar o encarga matar a cualquiera de sus ascendentes, descendientes (natural o adoptivo), cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente.

b) Homicidio calificado por la condición oficial de la víctima de sicariato (art. 108°-A del CP.)

En pleno ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ella el sicario da muerte a un funcionario del Estado de los especificados en el artículo 108°-A del Código Penal. Dichas funciones deben encontrarse dentro del marco de la legalidad y de la constitucionalidad (porque el derecho no puede proteger conductas abusivas), por lo tanto no se satisface esta agravante cuando el sicario mata a causa de un ejercicio arbitrario de las funciones (v.g. un policía detiene injustificadamente a un sujeto y su primo que está a su lado ordena a un tercero, bajo la promesa de un beneficio económico, matar al efectivo).

c) *Feminicidio por sicariato (art. 108°-B, primer párrafo del CP.)*

Cuando se mata por orden, encargo o acuerdo a una mujer en cualquiera de los siguientes contextos: violencia familiar; coacción, hostigamiento o acoso sexual; abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; o cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

El sicario y/o el mandante deben ser conscientes de los contextos en los cuales se quiere dar muerte a una mujer, pues si no es así, no se aplicará esta agravante.

F. Cuando se utilice armas de guerra

En general, un arma es un dispositivo que amplía la dirección y la magnitud de una fuerza empleada en un ataque o en una defensa, magnificando y potenciando su poder defensivo o de ataque. Existen diversos tipos de armas pero las más famosas son las armas blancas y las armas de fuego; sin embargo, la clasificación más resaltante es la de armas de uso civil o particular y armas de guerra. Respecto a las de uso civil, su uso y tenencia son autorizados a los particulares, en cambio las de guerra está prohibida toda tenencia, posesión o propiedad a favor de los particulares.

En efecto, el uso y tenencia de las armas de uso civil están regulados por la Ley N° 30299, la misma que en su artículo 13° clasifica a las armas fuego de uso civil en armas de defensa personal, seguridad y vigilancia, deporte y tiro recreativo, caza y colección. Por su parte el artículo 175° de la Constitución Política del Estado, estipula que solo las Fuerzas Armadas (Ejército, Marina de Guerra y la Fuerza Aérea) y la Policía Nacional pueden poseer armas de guerra; asimismo, que todas las armas de guerra existentes así como las que se fabriquen o introduzcan en al país son propiedad del Estado. Con ello se establece una prohibición absoluta sobre su uso y posesión por los particulares. En caso de encontrarse alguna de estas armas en poder de particulares, inmediatamente procederá el decomiso por la propia Policía Nacional (o incluso por otra autoridad, dando cuenta a la PNP o a la Fiscalía) sin que se requiera de la autorización judicial o fiscal, puesto que no entra en juego derecho alguno de los detentadores de las armas, ya que no es posible el nacimiento de derechos sobre estas.

Para la configuración de esta agravante el homicidio además de haberse perpetrado por encargo, orden o acuerdo, debe haberse realizado utilizado un arma de guerra, esto es una de enorme poder destructivo o alta capacidad lesiva, como los fusiles (FAL, AKM, etc.), pistolas automáticas *(parabellum),* ametralladoras, granadas, entre otras.

Asimismo, para que el "encargante" o intermediario sea responsable de esta agravante debe haber tenido pleno conocimiento de la forma como iba a materializarse el hecho homicida, es decir a través del uso de una arma de guerra, circunstancia que normalmente causa gran alarma social y pone en peligro la vida o bienes de terceros, debido a su gran poder destructivo.

6.2.3. SUPUESTOS DE ACCIÓN POR OMISIÓN

La posibilidad de cometer este delito en comisión por omisión es factible, pues el tipo de injusto coincide con el delito de homicidio[821].

---

[821] PEÑARANDA RAMOS, Enrique en: *Compendio de Derecho Penal (parte especial).* Vol. I. Bajo Fernández (Director). Editorial Centro de Estudios Ramos Adeces. Madrid, 2003, p. 216.

Ejemplo, el caso del médico que no cumple con el tratamiento respectivo y deja de atender a su paciente a fin de ocasionarle la muerte, en virtud de un pago u ofrecimiento de dinero por parte de un tercero. Como puede apreciarse, estamos ante una muerte, un "encargante", un acuerdo y un médico sicario.

6.2.4. ACTOS PREPARATORIOS, TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Esta clase de homicidio admite la tentativa siempre y cuando se satisfaga el principio de ejecución a que se refiere el art. 16° del Código Penal, es decir, cuando se realiza los actos ejecutivos para la muerte de la víctima, cuando se *"da comienzo a la ejecución penal"*. El pacto es solo un acto preparatorio, que en principio sería impune[822]; pero que está considerado como delito de conspiración y ofrecimiento al sicariato, previsto en el artículo 108°-D del Código, tal como veremos a continuación. En tal sentido, para efectos del delito de sicariato la tentativa no se inicia con el acuerdo o pacto homicida. En cuanto a la consumación, esta se concreta con la muerte y no con el pacto o el cumplimiento de la promesa.

A. Desistimiento

Pueden presentarse casos de desistimiento de parte del mandante, en este caso, para que surta efectos debe ser eficaz y oportuno, es decir, debe ser comunicado antes de que el mandatario cometa el hecho, pues "de nada vale que comunique su designio de desistir después de cometido el homicidio, pues ya es responsable de la muerte.[823]" Si a pesar del desistimiento del "encargante" el mandatario continúa con la ejecución, responderá únicamente por el delito de homicidio[824] o

---

[822] "El pacto solo constituye un acto preparatorio del delito, pues la tentativa exige actos ejecutivos del homicidio, que constituye el hecho principal". NÚÑEZ, Ricardo: *Ob. Cit.* 1999, p. 40).

[823] LOPEZ BOLADO, Jorge: *Los homicidios calificados*. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1975, p. 164.

[824] En el mismo sentido CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 177.

asesinato si concurriera cualquier otra causal calificante. Si el desistimiento se produce antes de causarse la muerte de la víctima, pero se causa lesiones, el mandatario responderá solo por delito de lesiones en aplicación del artículo 18° del Código Penal; si el desistimiento es del ejecutante, cuando aún no se ha dado inicio a la acción homicida, solo se habrá producido la conspiración para el sicariato, pero inclusive de este delito se habrá producido el desistimiento, por lo que los hechos resultarían impunes.

6.2.5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En principio puede sostenerse que solo el sicario responde como autor por ser este el único que tiene el dominio de la acción homicida; mientras que al mandante le correspondería una imputación a título de instigador, ya que si bien es él quien gesta la idea criminal concreta en el autor, él no participa en la acción homicida. Sin embargo, estando a la estructura de este delito, que en realidad es planificado y decidido por el mandante o "encargante", es este quien también tiene el dominio del hecho, puesto que está en sus manos desistirse del propósito o dejar sin efecto el encargo, con lo cual ya no se produciría el hecho; en tal sentido, nada impide que se le considere como autor; esto resulta compatible con el segundo párrafo del artículo 108°-C que establece que las mismas penas se le impone al que ordena, acuerda, o encarga la muerte con el sicario.

Siendo así, para evaluar la relevancia y materialización de este tipo penal debe considerarse no solo la muerte de la víctima, sino todo el proceso criminal, desde que se encarga u ordena la muerte hasta que finalmente esta se concreta; y claro, el mandante y el sicario tienen un papel determinante en el *iter* delictivo por lo que deben ser considerados coautores, puesto que cada uno de ellos cumple un rol o función decisiva en este plan criminal. Esto es, tienen el dominio de la función que les corresponde desempeñar en todo este proceso delictivo.

El problema se presenta con respecto al intermediador, o sea, aquel sujeto que es el nexo entre el encargante y el sicario; pues su aporte puede consistir en una simple intermediación luego que el "encargante" ha escogido al sicario y decidido la forma de ejecución del hecho, pero también puede ocuparse de que los deseos del mandante sean cumplidos y tener un papel protagónico en los hechos, e incluso puede cumplir la tarea de buscar y encontrar el sicario, así como convencerlo y realizar la entrega del beneficio, existiendo casos en que el "encargante" ni siquiera ha tenido contacto ni conoce al sicario y de toda la actividad previa se encarga el intermediario. En estos caso, si bien el aporte es relevante, no tiene propiamente el dominio del hecho, puesto que no está en sus manos decidir si realmente se realiza o no el hecho, pues, actúa en todo momento a nombre y por voluntad del mandante. En estos casos solo responderá a título de cómplice necesario o instigador respectivamente. No obstante, aun cuando el segundo párrafo del artículo 108°-C del Código Penal, concordante con el artículo 24° del mismo cuerpo legal, establece que la pena que le corresponde el intermediario, sea como instigador cómplice necesario, es la misma que le corresponde al sicario, siempre será posible disminuirle la pena, estando a que no tiene en ningún cado el dominio del hecho.

Si en algún caso el intermediario tuviera la capacidad de decidir si se realiza o no el hecho, ya se habrá convertido en un mandante o "encargante" y en tal condición responderá como coautor; asimismo si el intermediario tuviera alguna intervención en la ejecución del hecho, responderá como coautor ejecutivo.

Pero en este delito, el caso del intermediario con participación activa, no es el único caso de instigador o inductor, sino que esta figura puede presentarse en todos los demás casos en que un sujeto determina la voluntad homicida del "encargante" o del sicario para que decida o ejecute respectivamente la muerte de la víctima.

De otro lado, todas las demás personas que presten auxilio o cooperación al mandante, al intermediario o al sicario para la realización

del hecho homicida, responderán a título de cómplices necesarios o de simples cómplices (secundarios) dependiendo del grado e importancia de su contribución.

Finalmente, si el mandante solo ordena que se causen lesiones y el ejecutante se extralimita y ejecuta al agraviado, si este resultado era previsible por el mandante teniendo en cuenta, entre otros factores, la peligrosidad del ejecutante, el estado de salud de la víctima, la forma en que iba a ser lesionada, es decir si ha actuado con dolo eventual, el mandante y mandatario responderán por sicariato[825]; si no ha existido dolo eventual de parte del mandante respecto al resultado muerte, siendo que el mandatario se ha extralimitado, este resultado no podrá ser imputado al instigador, pero sí al mandatario quien responderá igualmente por sicariato.

6.2.6. CONCURSO APARENTE DE LEYES

El más notorio y mayor problema dogmático que surgió con la entrada en vigencia del delito de sicariato (art. 108°-C[826]del Código Penal), es su diferenciación con el delito de homicidio calificado por lucro (art. 108° CP.).

En efecto, la palabra "lucro" dentro del homicidio calificado siempre ha sido merecedora de un significado amplio[827], pero ahora su sentido se ha visto restringido a los casos donde el sujeto activo guiado por la obtención de un beneficio (patrimonial o de otra cualidad), unilateralmente toma la decisión de cegar la vida de su víctima,

---

[825] GÓMEZ LÓPEZ: *Ob. Cit.* p. 473, indica que el mandante responderá por homicidio si por la forma en que se iba a lesionar a la víctima o conociendo la peligrosidad del sicario el resultado muerte era previsible.

[826] Artículo incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015.

[827] En la jurisprudencia véase por todos al Exp. N° 517-2009. Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel. 12/10/12. En doctrina nacional véase BRAMONT, PEÑA CABRERA Y ROY FREYRE.

llevado por el móvil de obtener un beneficio económico y él mismo realiza el hecho. Y en los casos en que existe un acuerdo bilateral donde intervienen un mandante y un mandatario (sicario) para acabar con la vida de un tercero, aun cuando mandante o "encargante" actúe por el móvil del lucro, de conformidad al *principio de especialidad*, este hecho encuadrará en el sicariato y ya no, como antes se hacía, en el de asesinato por lucro.

6.2.7. PENALIDAD

Hemos hecho la precisión que los intervinientes en la realización del hecho lo hacen bajo un título de imputación distinto a la del otro; así el sicario y el mandante responden como coautores y el intermediario como instigador o cómplice necesario. Aun cuando el segundo párrafo del artículo 108°-C concordante con el artículo 24° del mismo establece que el "encargante", el sicario y el intermediario responden con la misma pena, ya se señaló que siempre será posible disminuir la penal del intermediario. Y claro, a los demás instigadores o cómplices (necesarios o simples) se les impondrá una pena menor.

Finalmente, la norma establece que la pena privativa de libertad para el delito de sicariato simple será no menor de 25 años, además de la inhabilitación consistente en la suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego; o incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación para portar o hacer uso de armas de fuego. Y si se trata de los supuestos de sicarito agravado, la pena privativa de libertad será de cadena perpetua.

7. CONSPIRACIÓN Y OFRECIMIENTO PARA EL SICARIATO

Art. 108°-D.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años:

1. *Quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato.*
2. *Quien solicita u ofrece a otros, cometer el delito de sicariato o actúa como intermediario.*

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años, si las conductas antes descritas se realizan con la intervención de un menor de edad u otro inimputable.[828][829][830][831]

---

[828] Artículo incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015.

[829] De conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, queda prohibido el derecho de gracia, amnistía, indulto y conmutación de la pena para los delitos previstos en el presente artículo.

[830] De conformidad con el Numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, se prohíbe los beneficios de semilibertad y liberación condicional a los sentenciados bajo los alcances del presente artículo.

[831] De conformidad con el Numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1181, se dispone que en los casos señalados en el párrafo anterior de la citada disposición solo se les aplicará la redención de pena por trabajo o educación en la modalidad del siete por uno.

7.1. CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL

La proliferación, en los últimos tiempos en nuestro medio, de los homicidios por encargo, así como la aparición de verdaderas organizaciones delictivas dedicadas al sicariato y el empleo por estas organizaciones de menores de edad para lograr sus infames propósitos, ha llevado al legislador nacional a elaborar una respuesta contundente frente a estos hechos, respuesta que no se agota en la sanción severa de los casos de sicariato (muerte por encargo y por precio) sino que también sanciona a actos preparatorios de la comisión del sicariato, llegando inclusive a adelantar la barrera punitiva para sancionar actos lejanos al inicio de los actos ejecutivos de la muerte por encargo.

Así, este tipo penal sanciona supuestos de conspiración para el sicariato, lejanos a la ejecución de la muerte de la víctima; así como a los actos configurativos de un verdadero mercado de la industria de la muerte, como el ofrecimiento de "prestaciones sicariales". Con ello se busca disuadir a los sicarios de ofrecer sus servicios criminales por los diversos medios de comunicación al alcance el público así como disuadir a las personas, que con desprecio por la vida y con la cobardía para ejecutar ellos mismos la muerte de sus enemigos, solicitan abiertamente el concurso de los sicarios para eliminar a dichos enemigos o a personas cuya desaparición les resulta beneficiosa.

Como se sabe, en un Derecho penal garantista respetuoso de los derechos fundamentales y valores que inspiran el orden democrático y el Estado Constitucional de Derecho, deben ser considerados delitos y sancionados penalmente solo las conductas que significan verdaderas afectaciones contra los bienes jurídicos relevantes para la sociedad y, solo excepcionalmente, se adelanta la barrera de punición para comprender como delitos a actos preparatorios (ordinariamente impunes) y sobre todo para calificar de delictivos a actos lo suficientemente alejados de los actos ejecutivos del delito. Sin embargo, en el presente caso, considerando el desprecio e instrumentalización de la vida para obtener beneficios materiales o patrimoniales, la criminalización de

las acciones materia del presente análisis, nos parece correcta; puesto que no resulta razonable que ante la actuación de estos mercenarios, todavía tengamos que esperar que se ponga en verdadero riesgo o se quite la vida de los ciudadanos para recién recurrir a la actuación del Derecho penal con la finalidad de prevenir estas graves conductas criminales.

7.2. TIPO DE DELITO

Los diversos supuestos delictivos previstos en este artículo constituyen delitos de peligro concreto y de mera actividad, aun cuando también se presenta un supuesto de peligro abstracto; pues, se sanciona la fase de los actos preparatorios, los mismos que aún se encuentran un tanto alejados de los actos ejecutivos de la perpetración de la muerte de la víctima.

El primer numeral de este artículo y el primer supuesto del numeral 2 (solicitar los servicios de un sicario) constituyen supuestos de delitos de peligro concreto; pues, en el numeral 1, al participar en una conspiración para *promover, favorecer o facilitar*la muerte de una persona, ya se sabe de qué persona se trata, esto es, ya se conoce el objeto de protección de la norma y el titular del bien jurídico, con lo que no se trata de un peligro en abstracto o indefinido para el bien jurídico "vida" en general, sino que ya se tiene identificado el bien y su titular (identificada a la víctima), a la vez que con la conspiración se está poniendo en verdadero peligro a la vida de una persona identificada y determinada. En el mismo sentido, cuando se solicita los servicios de un verdadero o potencial sicario para dar muerte a una persona, esta necesariamente tiene que ser una persona determinada, no una persona en general o abstracto, puesto que nadie está pretendiendo pagar para que se mate a personas en general (personas que no conoce ni tiene alguna animadversión o cuya muerte le es indiferente). En tal sentido, realmente se pone en peligro concreto (no abstracto) a la vida de una persona individualizada.

El segundo supuesto previsto en el segundo numeral del presente artículo (ofrecer servicios de sicario) comprende un caso de peligro abstracto, puesto que en este, a diferencia de los casos anteriores, la acción delictiva del sicario que ofrece sus servicios, no entra en contacto con un bien jurídico u objeto de protección específico y de un titular determinado. En efecto, el sicario ofrece sus servicios para matar a cualquier persona y no a una en específico; por lo que el peligro es abstracto y no concreto o específico.

Si bien, podría pensarse que también en este caso la persona de la víctima debe estar ya determinada, y por ello también en este caso estaríamos ante un delito de peligro concreto, tal como algunos lo sostienen. Sin embargo, el legislador ha optado por sancionar los casos en que los sicarios promocionan sus actividades sicariales (ofrecen sus servicios) a través de las redes sociales o a través de cualquier otro medio de comunicación masiva, ofrecimiento que lo hacen al público en general, por lo que no está referida a una persona en particular; ello determina la condición de delito de peligro abstracto de este supuesto delictivo.

7.3. BIEN JURÍDICO

Claramente, de lo que se trata es de proteger a la vida humana independiente, aunque de actos que no significan atentados directos contra la vida, sino más bien de actos preparatorios o acciones alejadas que configuran supuestos de peligro contra la vida.

7.4. SUJETOS

Los sujetos intervinientes en la configuración del hecho punible son los mismos que en el artículo anterior: el sicario, el mandante y el intermediador –quien aparece eventualmente-. El punto es que aquí ellos toman un rol distinto: el de *conspiradores,* es decir en el momento en que realizan el pacto criminal y las planificaciones y/o estrategias para realizar la muerte de la víctima, o actúan como *demandantes* u *ofertantes* de la actividad sicarial.

7.5. TIPICIDAD OBJETIVA

El presente artículo en su primer numeral presenta una modalidad típica y el segundo numeral presenta tres modalidades, todas ellas determinadas por los verbos rectores que configuran el núcleo de los tipos penales comprendidos; a saber:

7.5.1. PARTICIPACIÓN EN UNA CONSPIRACIÓN PARA PROMOVER, FAVORECER O FACILITAR EL DELITO DE SICARIATO

Este primer supuesto típico, como ya se dijo, configura un tipo de peligro concreto y está referido al caso en que los sujetos activos participan en una *conspiración* con la finalidad de promover, favorecer o facilitar el sicariato. Para entender este supuesto, en primer lugar debemos precisar que entendemos por *conspiración,* pues el "encargante" o mandante, el intermediario o el potencial sicario deben intervenir en este evento conspirativo. En realidad, en este supuesto se trata de los actos preparatorios orientados a concretar el acuerdo sicarial, por lo que se realiza con anterioridad al inicio de la tentativa.

Se dice que la conspiración consiste en un concierto entre dos o más sujetos para planificar la comisión de un delito y concretar una resolución criminal, en el presente caso, este delito será el de sicariato. En general, para que se produzca la conspiración es necesario: a) el concurso de dos o más personas con capacidad de culpabilidad[832]; b) el concierto de voluntades o pacto criminal entre ellas; c) la resolución ejecutiva de todas y cada una de ellas sobre lo proyectado o sobre el acuerdo criminal; d) que la resolución tenga como fin la materialización del delito de sicariato; e) que exista una separación espacio-temporalmente entre la resolución proyectada y la acción sicarial, de modo que esta última no aparezca como espontánea o repentina; f)

[832] No basta que actúe el mandante y utilice como "sicario" a un menor o incapaz, en este supuesto estaremos ante un asesinato por autoría mediata imputable a dicho mandante, pues, estaría utilizando como instrumento al menor o incapaz.

que no se hayan realizado actos ejecutivos configurativos de tentativa de sicariato[833].

Se añade que la conspiración pertenece a la etapa del *iter criminis* correspondiente a un momento anterior a la ejecución del delito de sicariato, por lo que tiene naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución, como una especie de coautoría anticipada que la ley desplaza hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas que se caracteriza por la conjunción del *pactum scaeleris* o concierto previo y la resolución firme o decisión sería de ejecución[834].

Algunos autores como PEÑA CABRERA sostienen que lo que interesa es "...la planeación de una conducta, que suponga la posibilidad inmediata y no remota, de dar muerte a una persona motivado por el lucro"[835]; también la jurisprudencia española incide en la inmediatez o perfeccionamiento del acuerdo criminal para considera la conspiración, así, refiere que: "*En el plano objetivo, la conspiración supone un concierto de voluntades -no basta el mero intercambio de*

---

[833] En términos similares ver: http://es.wikipedia.org/wiki/Iter_criminis (Visualizado el 14 de noviembre del 2016).
En sentido similar la jurisprudencia española señala que: *"(...) legalmente existe conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17.1 CP). Nadie cuestiona que el derecho penal no puede sancionar todo peligro de afección de un bien jurídico cuando aquel se muestra todavía lejano o poco intenso. (...). De ahí que solo la verdadera energía delictiva, aquella que conmueve el sentimiento jurídico de la sociedad, justifica la intervención del Derecho penal. Conforme a esa idea, el Código Penal, solo sanciona determinados actos preparatorios o preejecutivos que, en realidad, son resoluciones manifestadas para delinquir".* Sentencia Nº 7184/2010 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

[834] Cfr. CASTRO OLAECHEA, Nelly Aurora: *Ensayo sobre la conspiración en el Código Penal peruano. http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos_estudiantiles/08-2011_Articulo_sobre_la_conspiracion_Sep_2011_4_.pdf*(p.4).

[835] PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso: *Crimen organizado y sicariato.* Ideas, Lima, 2016, p. 507.

pareceres- y la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no se llegue a dar comienzo a la ejecución del delito, pues de lo contrario hablaríamos de tentativa"[836].De donde se aprecia que se considera que para configurar la conspiración, se requeriría que exista un concierto de voluntades de los intervinientes y la resolución criminal para cometer el delito (en este caso el sicariato).

Al respecto, debemos precisar que nuestra norma, al considerar que la conspiración debe ser para *promover, favorecer o facilitar*el delito, no se refiere, concretamente, a que debe existir el acuerdo para la ejecución del sicariato, por el contrario, también comprende acciones concomitantes o vinculadas a dicho acuerdo de ejecución, esto es, considera supuestos en que aún no se ha concluido el acuerdo y que aún están alejados de la concreción de la muerte de la víctima, tales como toda clase de reuniones, sesiones o planeamientos previos al acuerdo criminal. En efecto, no podemos considerar como atípicos, casos en que ya se han realizado las tratativas para la concreción del acuerdo y para la ejecución de la muerte; pues, en este caso ya se ha determinado a la víctima y se ha diseñado el modo de eliminarla y solo quedaría por precisar y ponerse de acuerdo sobre el monto o la forma del pago de la contraprestación criminal; en este caso, aún no hay acuerdo, pero qué duda cabe que se está *promoviendo* la perpetración del sicariato.

En tal sentido, tal como la norma lo precisa, debe quedar claro que la conspiración puede tener como fin *promover* el sicariato, esto es, auspiciarlo o tomar la iniciativa para que se materialice, o también propiciar su realización a través de diversas acciones y decisiones. Asimismo, la conspiración puede realizarse para *favorecer* el sicarito; es decir, para apoyar o ayudar a la comisión del mismo. O también para *facilitar* la perpetración de dicho crimen, esto es, para generar condiciones que hagan posible su comisión. En tal sentido, y ciñéndonos al principio de legalidad, la conspiración para el sicariato comprende los

[836] Sentencia N° 7184/2010 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

casos en que los partícipes en la misma llegan a concluir el acuerdo sicarial, pero también abarca a los casos en que este acuerdo aún no se materializa, pero se realizan acción y se toman decisiones orientadas a promover, favorecer y facilitar el sicariato.

7.5.2. SOLICITAR A OTROS COMETER EL DELITO DE SICARIATO

Está referido a los actos dirigidos por una persona (mandante o "encargante") a un potencial o verdadero sicario, a través de los cuales le pide que materialice la muerte de una tercera persona respecto de la cual tiene interés en su eliminación. Debe tratarse de una solicitud directa al potencial (o real) ejecutante de la muerte, a la vez que deberá ofrecerle el pago del precio o ventaja como contraprestación a su accionar criminal. En tal sentido, no constituyen conductas típicas los casos en que la solicitud se realiza a un intermediario o a persona que realmente no realizará la acción homicida (no es un potencial sicario ni está en la posibilidad de serlo) o si no se habla del precio del delito. Pues, la norma claramente establece que el agente *solicita a otros, cometer el delito de sicariato,* lo cual descarta del tipo al supuesto en que el agente solicita a otra persona que contrate a un sicario o actúe como intermediario (la relevancia típica de la actuación del intermediario se verá más adelante). Asimismo, si se hace el pedido a una persona honesta que jamás podrá cumplir tal petición, realmente no se habrá creado un riesgo o peligro concreto para la vida de la víctima.

Si bien el pedido debe hacerse directamente al potencial (o real) sicario, quien deberá encargarse de la ejecución de la muerte, no se requiere que el sicario acepte la solicitud o que ambos planifiquen la muerte de la víctima, pues la norma hace referencia a un acto unilateral y no a uno consensual o bilateral; si así fuera, ya estaremos ante el supuesto de la conspiración, previsto en el numeral anterior y no en este supuesto de solicitar el servicio al sicario. Como puede verse en este caso, la norma penal, con el fin de abarcar en su integridad los supuestos sicariales, califica como típicos no solo los actos en que se materializa el acuerdo sino a las acciones orientadas a concretar

dicho pacto criminal, aun cuando este todavía no hubiese llegado a concretarse.

Lo importante en este supuesto, es que el solicitante del servicio sicarial exteriorice su voluntad criminal ante el potencial (o real) sicario; y claro, debe tratarse de una propuesta seria e inmediata, descartándose del tipo los casos en que el agente solo está sondeando o desliza sugerencias o propuestas indefinidas frente al sicario, y sobre todo, se descartan las propuestas poco serias o las proferidas con *animus jocandi.*

7.5.3. OFRECER A OTROS COMETER EL DELITO DE SICARIATO

En este caso, el sicario real o potencial ofrece sus servicios criminales a una persona que presume tiene interés en la desaparición de otra. En realidad, la norma es lo suficientemente amplia, tanto que puede abarcar no solo los supuestos de peligro concreto, es decir, los casos en que el agente ofrece sus servicios sicariales para eliminar a una persona determinada, y lo hace ante una persona específica a quién conoce que está interesada en la muerte de la víctima, pero también comprende hechos unilaterales a través de los cuales el sicario hace anuncios o promueve su actividad criminal. Esto último tiene sentido en la medida que lo que la norma pretende es, precisamente, prevenir el incremento y propagación del sicariato o conductas que han hecho de la actividad criminal una verdadera actividad mercantil o su negocio, o incluso una especie de "empresa" al actuar en organización criminal, y servirse de los medios de comunicación para facilitar la convergencia de los sicarios con los interesados en la eliminación de ciertas personas.

El ofrecimiento tiene que ser serio y evidenciar todas las condiciones que determinan la verosimilitud de la propuesta negocial a la vez que debe evidenciar que el agente actuará por un precio o por un beneficio económico o de cualquier otra índole. Este puede hacerse de persona a persona, de una organización criminal a una persona (peligro concreto) o tratarse de publicidad sicarial en la que se de-

termina de forma certera dónde, cómo y cuándo pueden contactarse "los interesados" con los sicarios u organización sicarial.

7.5.4. ACTÚA COMO INTERMEDIARIO

En la parte final del numeral dos de este artículo se sanciona al que actúa como *intermediario* para *solicitar* o para *ofrecer* a otros los servicios sicariales. Ello resulta coherente con la pretensión de abarcar y sancionar todas las conductas propulsoras o contributivas del sicariato. En este caso, el tipo penal abarca a la intervención de un tercero, distinto del mandante o del sicario en potencia, en los actos por los cuales el mandante solicita los servicios sicariales, en este caso estamos ante un supuesto de peligro concreto. Asimismo, comprende a toda participación del tercero en los actos por los cuales un sicario o una organización sicarial, ofrece sus servicios a los interesados en eliminar personas a cambio de un precio; en este caso estamos ante un supuesto de peligro abstracto. La participación del tercero, fundamentalmente está referida a establecer el contacto entre ambas partes, interesado y sicario.

7.5.5. SUPUESTO AGRAVADO. PARTICIPACIÓN DE MENOR DE EDAD U OTRO INIMPUTABLE

Finalmente, en cuanto a la tipicidad objetiva, la norma prevé un supuesto agravado, sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años (la pena correspondiente a los tipos básicos es no menor de cinco ni mayor de ocho años), cuando para los casos de *conspiración, solicitud y ofrecimiento* del sicarito se utiliza a un menor de edad o a cualquier otro inimputable. En los casos de conspiración, se puede utilizar al menor o incapaz como intermediario o realizando cualquier acción que haga posible o facilite la toma del acuerdo sicarial. En cambio en la solicitud y ofrecimiento de servicios sicariales solo podrá ser utilizado como intermediario.

También se configura esta agravante cuando el interesado en la eliminación de una persona conspira directamente con un menor de

edad conocidamente dedicado a perpetrar actos sicariales o cuando le solicita directamente que realice este tipo de actos a cambio del respectivo precio o ventaja. Si bien puede sostenerse que no se puede hablar de una verdadera conspiración cuando el acuerdo o los actos previos a este se realizan con un menor, lo cierto es que también en estos casos se concreta la muerte por precio y, si bien, la conducta del menor no constituye participación penal típica, la actuación de la persona mayor realiza plenamente la conducta delictiva agravada prevista en la norma.

Esta agravante se justifica plenamente como una respuesta político-criminal idónea, en la medida que las organizaciones sicariales o los sicarios "profesionales" (o "ranqueados") proceden habitualmente a utilizar a delincuentes juveniles (menores de edad), no solo para facilitar los acuerdos sicariales sino también para ejecutar las muertes de sus víctimas[837]. Y claro, estas conductas son especialmente graves, toda vez que estos delincuentes no solo instrumentalizan la vida de sus semejantes para satisfacer su avidez pecuniaria, sino que también instrumentalizan la vida de menores o personas incapaces que se encuentran en situación de vulnerabilidad (moral y material).

7.6. TIPICIDAD SUBJETIVA

Todas estas modalidades sicariales (conspirativas o negociales) configuran tipos dolosos; y claro, el dolo del conspirador es único y se identifica con la realización de un delito concreto (sicariato) cuyos elementos deben ser conocidos por este.[838]

---

[837] Caso de triste recordación es la participación sicarial del conocido como "*Gringasho*", un delincuente juvenil que tenía en su haber varias muertes a sangre fría y la prensa lo había elevado a la condición de un gran personaje del hampa, quien obviamente se inició cooperando con los sicarios y luego realizaba sus crímenes ya de modo independiente.

[838] Sentencia N° 7184/2010 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

8. HOMICIDIO POR EMOCIÓN VIOLENTA

Art. 109°.- *"El que mata a otro bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hacen excusables, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de cinco años.*

Si concurre algunas de las circunstancias previstas en el artículo 107°, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años".

8.1. NOCIONES GENERALES

Esta figura penal constituye una modalidad atenuada del homicidio simple y del parricidio. Se caracteriza porque el sujeto activo, al momento de cometer el hecho, se encuentra bajo un estado de perturbación psíquica, que si bien no lo coloca en una situación de inimputabilidad, le restringe su capacidad de determinación.

8.2. ANTECEDENTES

Su antecedente inmediato es el art. 153° y 154° del Código Penal de 1924[839]. El Código Penal de 1863 no contenía una figura similar;

---

[839] CP de 1924: Art. 153°: "Se impondrá penitenciaría no mayor de diez años, o prisión no menor de un año ni mayor de cinco años, al que matara a otro bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable"; Art. 154°: "Los delitos de homicidio definidos en el Art. 151° no serán reprimidos con la pena de internamiento sino con la de penitenciaria no menor de diez años, cuando se hubieran perpetrado en la situación expresada en el artículo anterior".

sin embargo, se atenuaba la pena en los supuestos de los art. 234° y 235°[840]; asimismo, se establecía como circunstancias atenuantes el hecho de haber cometido el delito a consecuencia de amenaza o provocación inmediata de parte del ofendido (Art. 9° inc. 4); el de haberlo cometido en vindicación de una ofensa grave, inferida por el ofendido al agente, su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o afines del mismo grado (Art. 9° inc. 5); y el de cometerlo bajo la influencia de impresiones tan violentas que produzcan arrebato u obcecación (Art. 9 inc. 8)[841].

Como puede apreciarse hasta antes de la fórmula introducida por el Código de 1924 -cuya fuente inmediata fue el art. 104° del Proyecto Suizo de 1915- las fórmulas empleadas por nuestro legislador (1863) eran bastante casuísticas e imprecisas. Con la modificación introducida se modifica este panorama ampliando los casos en los que puede aplicarse, ya no referidos únicamente a los crímenes pasionales, sino en general, a aquellos casos en los que el homicida actúa bajo el imperio de una emoción violenta, con disminución de sus frenos inhibitorios. Sin embargo, se restringe su aplicación para aquellos casos en los que el surgimiento de la "*emoción violenta*" se produce en virtud de circunstancias que la "*hacen excusable*".

---

[840] CP. de 1863: Art. 234°: "El cónyuge que sorprendiendo en adulterio a su consorte, da muerte en el acto a éste o a su cómplice o a los dos juntos, sufrirá cárcel de tercer grado (tres años)"; Art. 235°: "los padres y los hermanos mayores que dan muerte a los que yacen con sus hijas o hermanas menores de 21 años, en el acto de sorprenderlos infraganti, sufrirán cárcel en quinto grado (cinco años)".

[841] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 88.

8.3. FUNDAMENTO

El fundamento de esta atenuante reside en la menor reprochabilidad que se le puede efectuar al agente que despliega la acción homicida bajo la influencia de una perturbación psíquica que le impide mantener el pleno control de sus frenos inhibitorios frente a las incitaciones que impulsaron la acción homicida[842]. Se trata de un supuesto en el que el homicida, no pierde totalmente la conciencia de sus actos, es decir, no sufre una alteración de la conciencia que conduciría a un supuesto de inimputabilidad, sino de un caso en que el agente es arrastrado al delito por una fuerza impulsora[843] que afecta de alguna manera su capacidad deliberativa, pero sin anularla. El legislador, en estos casos, parte de la comprensión de que el hombre común, ante determinadas circunstancias, no puede desenvolverse conductualmente conforme al efecto motivacional de la norma[844].

8.4. AUTONOMÍA

Se discute también sobre la sustantividad de este delito, unos consideran que se trata de un tipo penal autónomo, pero mayoritariamente se entiende que se trata de un homicidio atenuado o privilegiado, ya que al excluirse la circunstancia subjetiva del estado emocional, reaparece la figura del homicidio simple[845].

---

[842] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 118; CREUS: *Ob. Cit.* p. 37; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 534-535.

[843] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 72, quien precisa que en estos casos la criminalidad del homicida es menor que en el caso ordinario, porque no es arrastrado al delito por su propia voluntad, sino por una fuerza impulsora que reside en su ánimo, y que encuentra su causa en la propia conducta de la víctima. En igual sentido VILLA STEIN: *Ob. Cit.* pp. 97-98.

[844] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 539.

[845] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 72; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 89; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 379. En contra BRAMONT ARIAS - GARCÍA CANTIZANO, pues consideran que esta figura ha sido regulada como un delito autónomo (*Ob. Cit.* p. 59).

8.5. ELEMENTOS DEL TIPO

8.5.1. SUJETOS

En el primer párrafo del presente tipo penal no se exige ninguna cualidad especial en el sujeto activo o pasivo, pudiendo tratarse de cualquier persona; mientras que en el supuesto del segundo párrafo, al remitirnos a lo previsto en el art. 107° del C.P, se restringe tales calidades únicamente a los ascendientes, descendientes -naturales o adoptivos-, cónyuges o concubinos, o o personas con quien el agente sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia con quien a la fecha de los hechos ya no mantiene ninguna relación.

8.5.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento del sujeto activo consiste en matar a otra persona bajo un estado de emoción violenta, siendo requisito del tipo penal la existencia de circunstancias que hacen excusable la existencia de tal emoción. En tal sentido, se requiere comprobar no solo un estado psíquico emocional en el sujeto activo, sino también, que dicha emoción deba fundarse en circunstancias especiales que la excusen. Es plenamente posible la omisión impropia o comisión por omisión.

8.5.3. ESTADO EMOCIONAL VIOLENTO

Para que se configure esta atenuante, es imprescindible que el homicida actúe bajo un estado psíquico emocional, por lo que si este hubiera existido, pero ha desaparecido al momento de la comisión de la acción homicida, no tendrá ningún efecto atenuatorio. Ello supone: a) estar en estado de emoción violenta en el momento de la determinación homicida; b) estar en ese mismo estado en el momento de la ejecución delictiva; y c) que entre la determinación y la ejecución delictiva no exista solución de continuidad. Esto es así, porque el hecho criminoso debe suponer que

en ningún momento de este tramo, la conducta estuvo dirigida por una capacidad normal[846].

El Diccionario de la Real Academia define a la emoción: "*Alteración del ánimo intensa y pasajera, agradable o penosa, que va acompañada de cierta conmoción somática*"; esto es, se trata de un estado de conmoción del ánimo[847], se caracteriza como una crisis circunscrita y visible del sentimiento, motivada por sensaciones que la percepción introduce en el campo de la conciencia –imágenes, recuerdos e ideas que surgen de ella-[848], y que se manifiesta en estados transitorios de furor, ira, odio, tristeza, irritación, miedo, dolor y tensión. La emoción se distingue, fundamentalmente, por la brusquedad de la reacción que provoca en el estado humoral de la persona, y en casos extremos puede llegar a ser de una intensidad tal, que frustra la conciencia y el proceso de motivación y orientación de la voluntad[849]. Este estado afectivo es provocado por circunstancias que afectan el ánimo de una manera particular, surgen súbitamente y son de corta duración[850]. Generalmente esta conmoción mental va unida externamente a determinados actos como gesticulaciones, llanto, gritos, convulsiones que experimenta el agente[851].

Resulta exagerado, como señalan algunos autores[852], que la emoción deba producir necesariamente una transformación tran-

---

[846] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 96; DONNA: *Ob. Cit.* p. 59: "... se exige una conexión causal entre la emoción que debe ser violenta, que esa emoción se dé en el momento del homicidio, y que ese estado exista entre la determinación y el hecho.".

[847] NÚÑEZ: *Ob. Cit.* p. 75.

[848] DONNA: *Ob. Cit.* p. 58.

[849] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 120.

[850] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 566

[851] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p 179.

[852] FONTÁN PALESTRA: *Ob. Cit.* p. 124; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 118.

sitoria de la personalidad; pues, se puede estar emocionado sin que los rasgos fundamentales de la personalidad se hayan alterado de manera gravitante, inclusive se constata generalmente que bajo un estado emocional, los rasgos característicos de la personalidad se remarcan; sin embargo, también es posible que estos se alteren, como el caso del sujeto apático que se transforma ante determinado estímulo[853].

La doctrina trata de diferenciar entre pasión y emoción, a los efectos de establecer si el homicidio pasional quedaría o no excluido de los alcances del artículo 109° del CP. Esta problemática actualmente ha sido superada pues se entiende que la pasión y la emoción, si bien son dos estados psíquicos distintos -ya Kant diferenciaba emociones y pasiones con el símil de las corrientes de agua; aludiendo a la emoción como el agua que rompe con violencia los diques y se desparrama (ejemplificada en la ira), y a la pasión, como el torrente que excava su lecho y discurre por él (así el amor y los celos)-; ello no impide afirmar que la pasión pueda ser el medio para llegar a la emoción[854]. Se puede matar fríamente por pasión -situación en la cual no es aplicable esta atenuante-; sin embargo, un estado pasional puede preparar el terreno, para que un hecho externo desencadene una emoción violenta, producto de la tensión psicológica que experimenta el homicida[855], vg., el caso de aquel sujeto que después de haber requerido amores por largo tiempo a una joven, de la cual estaba profundamente enamorado, después de haber sido rechazado, la encuentra manteniendo relaciones sexuales con su mejor amigo, quien tenía conocimiento de sus sentimientos.

---

[853] CREUS: *Ob. Cit.* p. 38.

[854] CREUS: *Ob. Cit.* p. 38.

[855] CREUS: *Ob. Cit.* p. 38; FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 128; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 176; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 582; SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 145; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 119.

La fórmula empleada por nuestro legislador exige que la emoción *deba ser violenta.* A decir de SOLER debe tratarse "...de un verdadero impulso desordenadamente afectivo, porque este es destructivo de la capacidad reflexiva de frenación"[856]. En este mismo sentido, NUÑEZ refiere que este adjetivo no solo hace referencia a la intensidad de la conmoción del ánimo, sino que esencialmente señala a la acción reactiva e impulsadora de la emoción[857]. La emoción que se desencadena por el estímulo debe provocar una desestabilización anímica que irrumpa y mengüe la capacidad de reflexión de la persona, impulsándola a realizar la acción homicida[858]. Una emoción es violenta cuando es de tal intensidad que disminuye o debilita los frenos inhibitorios de la voluntad del agente[859].

En estos casos el homicida no experimenta una pérdida total de la conciencia y de sus frenos inhibitorios, ya que de pasarse ese límite (al agente no se encontraría en la capacidad de dirigir su conducta) nos encontraríamos frente a un caso de inimputabilidad (Art. 20° inc. 1) como se ha referido líneas arriba[860]. En tal sentido, es incorrecto descartar esta atenuante cuando el acusado hace un relato circunstanciado y coherente del hecho criminal, por considerar que la amnesia es una consecuencia posterior a un estado emocional de esta naturaleza; o cuando para descartar esta atenuante, se señala que el

---

[856] *Ob. Cit.* p. 62.

[857] *Ob. Cit.* p. 78.

[858] CREUS: *Ob. Cit.* p. 38, señala en este sentido que, los excesos de los sentimientos en el estado emocional que experimenta el agente, tienen que ser desordenados y potentes, que le resulte difícil al agente controlar sus impulsos contra la víctima.

[859] DONNA: *Ob. Cit.* p. 57.

[860] Para CASTILLO ALVA: Ob. Cit. p. 583, la emoción violenta es más que una simple afección, pero menos grave a una alteración de la conciencia, se trata de un supuesto de imputabilidad disminuida, cuya regulación pudo incorporarse en la parte general mediante la aplicación combinada el art. 20 inc. 1 con el artículo 21° del Código Penal.

acusado tenía plena conciencia de sus actos o sabía lo que hacía, pues, como se ha indicado, no estamos ante un caso de inimputabilidad o de inconsciencia[861].

Para establecer el grado de perturbación psíquica que experimentó el agente, es necesaria la realización de una pericia médica.

Debe entenderse que cuando la norma penal hace referencia al carácter violento de la emoción, no se está refiriendo a su aparición súbita ante un hecho exterior que debe ser inesperado o sorpresivo, ya que esto es connatural a cualquier estado emocional, sino a su potencia para menguar los frenos inhibitorios del agente, sin destruirlos totalmente.

8.5.4. EXCUSABILIDAD DEL ESTADO EMOCIONAL VIOLENTO

Al respecto se debe precisar que, lo que las circunstancias excusan no es el homicidio, sino el surgimiento del estado de conmoción emocional. El evento o estímulo que desencadena el estado emocional debe ser de tal magnitud o intensidad que haga razonable tal emoción violenta que lleva a la disminución de los frenos inhibitorios. Para realizar este análisis no debe partirse del estado emocional, sino del análisis de la situación concreta que lo origina, ya que la ley no excusa al simplemente emocionado[862]. Es decir, que las circunstancias que ocasionaron el estado de emoción, normalmente, tengan repercusión en las particulares situaciones que experimentó el agente, con referencia a cualquier persona[863].

En concordancia con lo señalado, el estado emocional no debe encontrar su origen en la intemperancia o falta de templanza del ho-

---

[861] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 79; FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 126. En contra LEVENE: *Ob. Cit.* p. 309

[862] SOLER: *Ob. Cit.* p. 60.

[863] CREUS: *Ob. Cit.* p. 39.

micida[864], sino que debe ser provocado eficazmente por un estímulo o causa exógena o externa al autor[865].

a) Circunstancias excusantes

Nuestro legislador ha preferido utilizar una fórmula amplia que permite abarcar un número amplio de casos. Al no establecerse una limitación respecto de los estímulos, causas o hechos que pueden hacer excusable un estado emocional de carácter violento, estos pueden ser de cualquier naturaleza; esto es de cualquier clase (culposa o dolosa), contenido (ético o moral), origen (económico, afectivo, etc.)[866], plurales o singulares.

En el mismo sentido, NUÑEZ refiere que estos estímulos externos pueden estar constituidos "por hechos, palabras o escritos provocadores en sí mismos o por la reflexión sobre ellos; por las situaciones humanas ajenas o propias de dolor, o de peligro que despiertan las fuerzas psíquicas del amor o temor; por situaciones morales, económicas, sexuales ajenas o propias, etc."[867] En nuestro medio, por ejemplo, son muy frecuentes los casos de madres que en una situación de desesperación económica, y ante el abandono del cónyuge experimentan un shock de tal magnitud que deciden quitar la vida de sus menores hijos para luego suicidarse o intentar hacerlo.

Estos estímulos pueden provenir de la misma víctima o de un tercero, pueden estar dirigidos contra el autor (homicida), o contra

---

[864] NUÑEZ: Ob. Cit. p. 86; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 545.

[865] "La emoción violenta debe tener un motivo razonable en las circunstancias que la provocaron y no en el carácter iracundo del actor; no constituye homicidio por emoción violenta la reacción del acusado, quien al ser recriminado por su padre ante su mal comportamiento, reacciona violentamente y cogiendo un palo procede a golpearlo hasta dejarlo tendido en el suelo semiinconsciente para acto seguido con una chalina ahorcarlo" Exp. 662-85- Junín. En SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 117.

[866] CREUS: *Ob. Cit.* p. 39.

[867] *Ob. Cit.* p. 93.

un tercero, vg., la indignación producida por los malos tratos que la víctima inflige a un tercero[868]. Asimismo, no existe mayor inconveniente para admitir esta atenuante, cuando el homicida descarga la fuerza de su emoción sobre personas ajenas por completo al hecho que la suscitó, ya que lo que interesa es que el autor se encuentre en un estado emocional excusable que lo impulse al delito[869].

Se discute si las circunstancias que provienen de la naturaleza, pueden justificar la aparición de una emoción violenta; al respecto consideramos que no existe mayor inconveniente; vg., el caso del que ante un terremoto decide matar al que ataja su camino pidiéndole calma[870].

Estas causas provocadoras o desencadenantes deben ser *eficaces* con relación al estado emocional violento. Para establecer esta aptitud del estímulo externo es menester atender a los parámetros culturales y sociales donde se produce el hecho, sin perder de vista las singularidades del concreto autor -su personalidad y temperamento, aun cuando no de modo determinante-, y las circunstancias particulares del caso. Pues, de lo que se trata es de establecer si según los parámetros culturales, las singularidades del concreto autor y las circunstancias que rodean al caso, normalmente, determinado hecho o estímulo puede suscitar una emoción violenta[871]. El Juez en este juicio debe procu-

---

[868] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 131; CREUS: *Ob. Cit.* p. 39; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 546-547.

[869] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 93. En contra, CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 547, quien descarta la aplicación de esta atenuante cuando la acción homicida afecta a terceros inocentes.

[870] En contra CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 544-545, quien reconociendo que no existe ninguna razón dogmática sólida, ni derivada de la propia ley, considera, sin mayor fundamento, que no puede aceptarse la posibilidad de incorporar, en la provocación de la emoción, las condiciones producto de la naturaleza.

[871] CREUS: *Ob. Cit.* p. 39. Consideramos que se encuentran bajo esta perspectiva: FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 13, cuando señala que este

rar conocer los antecedentes, y circunstancias del caso concreto, sin guiarse por postulados rígidos; pues, la emoción nunca se manifiesta de igual manera en todas las personas, aunque las causas provocantes sean aparentemente las mismas. En estos casos el factor personal cobra un valor trascendental; por ejemplo, no es lo mismo atribuir a una señorita seria y honesta la condición de prostituta que a una señorita que, precisamente no presenta tales cualidades.

Quedan *excluidos los motivos fútiles* (bromas, discusiones intrascendentes, recriminaciones justas o injustas de baja intensidad), ya que no pueden considerarse eficientes[872]; sin embargo, no se puede dejar de reconocer que es posible que una emoción pueda desencadenarse por un hecho fútil insertado en una situación precedente que no lo era[873]. En efecto, una causa provocadora no puede observarse en la simple objetividad del hecho desencadenante de la emoción, sino en toda su trama, tal cual ha sido vivida por el homicida[874].

---

juicio debe realizarse con un criterio relativo, pues la causa provocadora debe apreciarse en relación con las modalidades y costumbres del autor, sumándola a otras situaciones y circunstancias de cuyo conjunto puede resultar la eficiencia causal del estímulo, situando los hechos dentro del conjunto de las circunstancias en que se produjeron. NUÑEZ refiere que la premisa mayor para apreciar la adecuación de la relación causal entre las circunstancias y la emoción, está constituida por las normas de cultura social y, en su consideración en los más distintos planos de las culturas sociales, mientras que la premisa menor está constituida por la consideración de cada personalidad y las circunstancias de su desenvolvimiento en el caso.

[872] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 131; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 90.

[873] CREUS: *Ob. Cit.* p. 40.

[874] NUÑEZ: *Ob. Cit.* pp. 93-94. Al respecto LEVENE: *Ob. Cit.* p. 317, nos cita el caso famoso de Ruffet, en el que el homicida mató a aquel que acababa de ganar la tenencia de su hija, cuando el vencedor lo miró dirigiéndole una sonrisa irónica, el problema que vino soportando el homicida por la lucha de su menor hija, preparo el terreno para que un hecho aparentemente superfluo –sonrisa irónica-, hiciera explotar una incontenible emoción. El tribunal argentino, que examino el proceso, advirtió en el presente caso el estado de emoción violenta en un fallo que fue muy comentado.

La gravedad del hecho desencadenante tampoco tiene que ser extrema como una agresión física a nuestra integridad, porque en tales situaciones, el estado emocional cede ante la legítima defensa[875].

b) Excusabilidad subjetiva

La doctrina también habla de la excusabilidad subjetiva, con lo cual se precisa que, para que se configure esta atenuante, el homicida no debe haber provocado intencionalmente el estímulo para emocionarse. En la respuesta a la pregunta *por qué* ha surgido la conmoción anímica, no debe estar comprometida la actuación del homicida, quien tiene que ser extraño al origen del estímulo provocador de la reacción[876]. Así, se niega la apreciación de esta atenuante cuando el homicida ha provocado o incitado la causa de la emoción, vg., el caso del que provoca un incendio que luego le produjo pánico; o cuando la facilita conscientemente, vg., el que sabiendo que en un determinado lugar, ordinariamente ofenden a los concurrentes, y al concurrir a dicho lugar es víctima de las groserías de los presentes; o el que conociendo su irritabilidad cuando se embriaga ligeramente, bebe en un lugar y en circunstancias que sabe que son propicias para la provocación[877].

No es este el caso de quien provoca culposamente el estímulo sin preordenarlo a la producción de la emoción, ya que el mero ocasionamiento material de la causa no coloca al autor fuera del tipo atenuado, es necesario que al respecto se constate la intencionalidad del agente como se ha referido[878]. Tampoco es el caso de quien provoca intencionalmente un estímulo para simular un presunto estado emocional, pues en este supuesto falta, en realidad, un estado emotivo, presupuesto de la atenuante que es materia de análisis.

---

[875] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 555.

[876] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* 188.

[877] NÚÑEZ: *Ob. Cit.* p. 94.

[878] CREUS: *Ob. Cit.* p. 40; NÚÑEZ: *Ob. Cit.* 94.

c) Excusabilidad objetiva

Es necesario para que el estado emocional violento sea excusable, que el homicida no se encuentre obligado por el Derecho a responder con calma en determinadas situaciones, ya que el Derecho no puede privilegiar el interés particular frente al orden jurídico[879]. De este modo no es excusable el estado emocional del sujeto que causa la muerte de otro, en oposición a una disposición legítimamente expedida por la autoridad (vg., una orden de prisión o de detención).

Acertadamente ROY FREYRE nos dice que esta obligación de responder con serenidad en determinadas situaciones, puede provenir de normas jurídicas, morales, religiosas, educativas o profesionales. De este modo, no es excusable el estado emocional del sacerdote que da muerte al feligrés por las confesiones que este le dio, del policía que causa la muerte del delincuente porque no confesaba su delito, o del psiquiatra que mata a su paciente porque fue acusado por este como estafador y charlatán[880]

8.5.5. LA EMOCIÓN VIOLENTA EXCUSABLE EN LA PRAXIS JUDICIAL

Nuestra Judicatura generalmente ha exigido (sobre todo, la dictada con anterioridad a la vigencia del actual Código Penal), para aplicar esta atenuante, que entre las causas provocadoras y el estado emocional exista una relación de inmediatez. Así por ejemplo se ha dicho: "*... la reacción del agente debe ser de manera inmediata al estímulo de un hecho que provoque dicho estado emocional*", que la atenuante no se configura "*cuando el homicidio se ha perpetrado varias horas después de que el autor fuera insultado y agredido injustamente por el hijo de la víctima*"[881].

---

[879] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 95.

[880] *Ob. Cit.* p. 188.

[881] En ESPINO PÉREZ: *Ob. Cit.* p. 194.

Lo cierto es que el art. 109° del Código Penal no exige tal inmediatez, y si bien, en la mayoría de situaciones esto sucede así, sin embargo, de esta constatación no se puede extraer una regla general en el sentido de que el transcurso del tiempo elimina la emoción o aminora su violencia[882]; pues, en muchos casos puede exacerbarla[883], piénsese por ejemplo en el caso del individuo que después de haber sido objeto de una ofensa o broma malintencionada, capta la gravedad del significado de dicha ofensa luego de una reflexión posterior[884].

Por otro lado, esta exigencia no es coherente con los fines propios del ordenamiento jurídico-penal, ya que se estaría dando el mensaje de que es preferible matar sin demora, de prisa, cuando -siguiendo a NUÑEZ-, el espíritu de la Ley no es beneficiar al que no mostró resistencia frente a la causa provocadora, sino por el contrario "... beneficiar

---

[882] Esta conclusión, a nuestro modo de ver incorrecta, es adoptada, entre otros, por SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 115. También en la ejecutoria de fecha 15 de julio de 2004, recaída en el R.N N° 1197-2004 – Cusco (Sala Penal Transitoria) se asume este criterio: "... en el presente caso no se ha acreditado fehacientemente que el procesado haya actuado como resultado de haber sufrido una emoción violenta antes de cometer los hechos, por el contrario, conforme lo señalado en el atestado, refiere que después de haber encontrado a su conviviente con su ex pareja manteniendo relaciones sexuales, se dirigió con ella a su dormitorio y se pusieron a discutir fuertemente, llegando a la vía de los hechos con las consecuencias ya conocidas por lo que estando a la forma y circunstancias del evento no concurre el presupuesto indiciario de "intervalo de tiempo" entre las circunstancias excusantes, el estado emocional y la comisión del delito ...".

[883] CREUS: *Ob. Cit.* p. 40.

[884] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 132, precisa que inclusive por asociación mental de hechos ya conocidos, que se tuvieron por intrascendentes, es posible que en un momento dado se vea una verdad en la que nunca se pensó. También PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* pp. 120-121, señala que el hecho de no reaccionar inmediatamente a la provocación no conduce a que se produzca en la psiquis del delincuente una fría, calculada y vindicativa determinación homicida.

al vencido, tarde o temprano, por la causa excitadora ajena"[885]. Todo depende, como señala RICARDO LEVENE de la naturaleza del sujeto, del agravio inferido y de la posibilidad que tenga de desencadenar su emoción; el citado autor nos recuerda, el caso del sujeto que con un joven peón conducía su ganado, siendo que en la noche al disponerse a descansar, el mayor se aproximó al muchacho con el cuchillo en la mano, impidiéndole toda resistencia, y lo violó, la víctima guardó su afrenta, esperó que el otro se durmiera, y entonces lo apuñaló hasta quitarle la vida[886].

Otro tema que condicionó la aplicación jurisprudencial de esta atenuante, estuvo dada por el carácter ético o no de la emoción. Así por ejemplo, nuestra Judicatura señalaba que: "... *el art. 153º del Código Penal, atenuaba la penalidad cuando el homicidio se había cometido bajo el imperio de una emoción violenta, si han concurrido circunstancias que la hicieron excusable, como el honor mancillado, una afrenta inmerecida u otra circunstancia de momento que ofusca la razón y enardece el espíritu; es decir, que el motivo determinante de la reacción emocional debe ser ético (...). No es aplicable al delincuente emocional, irritable, que por celos y despecho mata a una menor de 15 años de edad a la que requería de amores, sin ser correspondido por esta, y pretende suicidarse luego, hiriéndose gravemente*"[887].

El Código Penal en vigencia no exige la eticidad de la causa de la emoción, solo se exige que el estado de conmoción resulte comprensible, es decir, que cualquier otra persona, bajo las mismas circunstancias, caería en tal conmoción anímica. Por otro lado, exigir que la emoción violenta tenga su raíz en un impulso ético contradice los fines que precisamente se persiguen con la utilización de una fórmula amplia, no restringida a los casos de homicidio provocado por injurias ilícitas

---

[885] *Ob. Cit.* p. 91-92.

[886] *Ob. Cit.* p. 312.

[887] En ESPINO MÉNDEZ: *Ob. Cit.* p. 193.

y de justo dolor, ya que si se siguiese este razonamiento, los móviles éticos serían los únicos casos en los que sería aplicable la atenuante, y no en aquellos en los que el homicida actúa por celos[888], miedo o temor[889], vg., el caso del provinciano supersticioso, que después de haberse reunido con sus amigos, quienes le hablaron de los espíritus condenados que vagan por el campo, sale con dirección a su domicilio, y en el trayecto uno de sus amigos sale disfrazado asustándolo, y en su desesperación saca su arma y le dispara causándole la muerte. Asimismo, exigir un fundamento ético a la emoción sería contradictorio con un Estado Constitucional de Derecho, basado en la autonomía ética del hombre, conllevando a una total anarquía en la valoración del estado emocional, similar al que se produce en el delito de corrupción cuando es analizado desde el punto de vista moral[890].

Otro criterio que ha asumido con frecuencia nuestra Judicatura para negar la concurrencia de esta atenuante, es que el homicida no debe haber tenido conocimiento previo de la situación determinante de su actuar, así se ha dicho por ejemplo que:"... *la emoción violenta debe desencadenarse por la aparición súbita de una situación importante para el sujeto, lo que tampoco concurre en el caso de autos, pues conforme lo ha manifestado el propio acusado, tenía conocimiento de la infidelidad de su esposa, pero que a tal hecho no le dio importancia, es decir mostró indiferencia*"[891].

---

[888] "Las circunstancias precedentes y concomitantes sobre la infidelidad de la víctima produjeron una desconfianza y celos que llevaron al acusado a matarla. Dichos hechos configuran el tipo privilegiado por emoción violenta". Exp. 115-92 Puno en CARO CORIA: *Ob. Cit.* p. 277.

[889] Esta es la posición dominante. Así, HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 95; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 123-124; SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 141; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 113; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* 185; SOLER: *Ob. Cit.* p. 64; FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 136; NÚÑEZ: *Ob. Cit.* p. 83; CREUS: *Ob. Cit.* p. 41.

[890] DONNA: *Ob. Cit.* p. 55.

[891] R.N Santa – Chimbote 904-98, 16JUN98 en CARO CORIA: *Ob. Cit.* p. 277.

"Teniendo en cuenta las propias versiones del acusado, sostenidas en el decurso del proceso, se advierte que sospechaba del comportamiento deshonesto de su cónyuge, por la abstención del trato sexual, las aseveraciones personales que le profería, asimismo por los comentarios escuchados días antes de los sucesos; por lo que, al preexistir esta circunstancia en la mente del agente, elimina la supuesta causa provocadora (celos) de su reacción posterior"[892].

También a nivel doctrinal, en este mismo sentido, se ha sostenido que la sospecha, por ejemplo, de una presunta infidelidad, no corroborada, tiene la virtualidad de preparar los frenos inhibitorios frente a una posible confirmación, por lo que la conmoción emocional que pueda experimentar el agente en este caso, es decir, cuando confirma su sospecha, no es de tal grado que pueda perturbar o disminuir su capacidad de frenación.

La aplicación automática de este criterio no es correcta, por el contrario, consideramos que cualquier criterio que pueda formularse en este tema tiene un carácter muy relativo, que depende de las circunstancias concretas en el que se desenvuelve la acción homicida. Ya que es perfectamente posible la concurrencia de un estado emocional violento en estos casos, pues, como se ha señalado, el conocimiento previo, e inclusive la sospecha, pueden preparar el terreno para que un nuevo estímulo provoque un estado emocional violento. FONTÁN BALESTRA cita el fallo de la Cámara de la Capital Argentina, que aceptó la concurrencia de este homicidio atenuado, a pesar de que el homicida tenía conocimiento de la infidelidad de su mujer, pues estimó que percibir una nueva manifestación de esa infidelidad, provocó en él -psíquicamente predispuesto-, un estado de emoción violenta que lo impulsó a la agresión[893]. Al respecto, también señala NUÑEZ: "... el esposo que sufre y lleva con paciencia la infidelidad de la esposa

---

[892] Ejecutoria Suprema recaída en el R. N Nº 2222-2003, del 03 de octubre de 2003.

[893] *Ob. Cit.* p. 135.

por amor a ella y a los hijos, está sometido a un grave complejo moral de fuerza creciente, frente al cual él no es invencible y no tiene la obligación absoluta de seguir sacrificándose. La emisión generosa de la ofensa recibida no implica siempre aceptación y adhesión a lo sucedido, sino, a veces, amor o bondad que merecen mejor premio que la reiteración del agravio"[894].

Otros criterios, que han sido esbozados por la doctrina, para establecer si el homicida ha actuado bajo el imperio de una emoción violenta, son el temperamento del autor, el medio empleado y la conducta posterior del agente. Estos indicios resultan útiles siempre y cuando se ponga atención a su carácter relativo, las cuales deben ser interpretados de acuerdo a las circunstancias concretas del caso.

El temperamento del homicida es un indicador sumamente valioso, pues, es un indicio que nos puede permitir establecer si el sujeto actuó o no bajo emoción violenta y el grado de intensidad de la misma, pues quien reacciona de forma violenta manifiesta un fondo psicológico predispuesto a este tipo de reacciones[895]. Por tal razón, resulta importante establecer, en el proceso judicial, la personalidad y temperamento del autor, para lo cual se deberá practicar una pericia psicológica o psiquiátrica[896]; sin embargo, es

---

[894] *Ob. Cit.* p. 95.

[895] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 571.

[896] Una apreciación del perfil psicológico del autor se puede apreciar en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. Nº 1349-2004, del 25 de mayo de 2005, donde se señala que el autor presentaba "... una personalidad impulsiva, marcada hostilidad, y con dificultades en el control de sus impulsos, con arranques de mal humor que pueden desencadenar conductas agresivas, tal como concluye el dictamen de psicología forense (...), esta actitud es también apreciada en la pericia psicológica (...), la que concluye que el encausado actúa de modo impulsivo sin medir sus actos, el que presenta conductas latentes que lo pueden llevar a actuar con violencia al poseer una personalidad inestable con rasgos disociales...". En CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 571.

muy importante precisar, que no es necesario, como bien señala SOLER, ser un hiperemotivo o emotivo constitucional para ser acreedor de la atenuante, ni tampoco para ser excluido[897]; pues, como se ha indicado, la ley no reconoce esta atenuante porque el homicida se encontraba conmovido o emocionado, sino porque las circunstancias hicieron excusable su estado emocional[898]. NUÑEZ, en el mismo sentido, criticando una sentencia que negó la atenuante al hiperemotivo epiléptico bajo el argumento de que la atenuante opera únicamente para sujetos normales, señala que no hay personalidades excluidas a priori del beneficio, pues "... la falta de ánimo y de valor con que la naturaleza ha dotado a un individuo no puede ser fundamento legítimo para que se le niegue un privilegio por sus emociones"[899].

El medio empleado por el homicida también constituye un indicio útil, pues un estado emocional violento no es compatible con operaciones complicadas, debidamente planeadas y ejecutadas, pues la actividad del hombre ordinario, en ese estado, tiende a manifestarse de manera torpe, automática y simplificada[900], y en ciertos casos hasta brutal. LEVENE nos cita el caso de una mujer que era víctima constante de insultos y menosprecios por parte de su amante, y en su desesperación, después de un nuevo altercado, vertió cianuro, que encontró a su alcance, a la bebida de su víctima, ocasionándole la muerte[901].

Finalmente, la conducta posterior del agente también resulta un indicativo importante, pues, generalmente en este tipo de situaciones, el homicida después de consumar el hecho, busca acabar con su propia

---

[897] CREUS: *Ob. Cit.* p. 39, nos señala que el temperamento, por el contrario, puede resultar campo fértil para que el estímulo externo opere eficientemente.

[898] *Ob. Cit.* p. 61.

[899] *Ob. Cit.* p. 89.

[900] SOLER: *Ob. Cit.* p.59.

[901] *Ob. Cit.* p. 320.

vida, lo cual pone de manifiesto el conflicto sumamente intenso que experimentó[902], o también se entrega a la autoridad.

8.5.6. ERROR EN LAS CIRCUSTANCIAS EXCUSANTES

No es necesario que el estímulo desencadenante del estado emocional del homicida sea real, ya que a decir de NUÑEZ no estamos en un supuesto de causalidad mecánica, sino ante la influencia del estímulo sobre el espíritu del autor[903]; de esta manera, siempre que el estímulo tenga algún sustento objetivo, el error o la ignorancia sobre las circunstancias, incluso las reprochables al autor, no eliminan la atenuante -vg., el sujeto que causa la muerte del hombre que se encontraba en la cama de su cónyuge, en la creencia de que se trataba de su amante, cuando en realidad se trataba de su hermano; o el caso de la mujer que creyendo en peligro a su hija causa la muerte de un agente policial[904].

8.5.7. COMUNICABILIDAD DE LA ATENUANTE

Como el estado de emoción violenta constituye un estado psíquico, beneficia únicamente a aquel que actúa bajo esta circunstancia, no se admite la comunicabilidad a los partícipes (art. 26° del CP). Así por ejemplo, el sujeto que alcanza el arma al amigo que encuentra a su mujer en pleno acto sexual con su amante, no puede alegar la emoción violenta del autor del homicidio; sin embargo, no se descarta el supuesto en el que dos o más sujetos actúen coincidentemente bajo el imperio de una emoción violenta, vg., el caso de los hermanos que dan muerte al sujeto que golpeaba salvajemente a su madre[905].

No obstante, estando a la teoría de la *unidad del título de la imputación y a la accesoriedad de la participación,* el único delito

---

[902] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 572-573.

[903] *Ob. Cit.* p. 90.

[904] CREUS: *Ob. Cit.* pp. 41.

[905] SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 148.

que se ha cometido, estando a la calificación del autor, será el de homicidio por emoción violenta, y el sujeto que alcanza el cuchillo solo responderá en calidad de cómplice primario del referido delito; aun cuando para la determinación de la pena a imponérsele, no se le considerará la atenuante prevista para el autor, y la pena en este caso sería la misma que le corresponde al autor, estando a los dispuesto por el artículo 25º del Código Penal.

8.5.8. TIPO SUBJETIVO

A pesar de la existencia de un estado psíquico que perturba el ánimo del sujeto, la comisión del tipo penal es dolosa, admitiéndose tanto el dolo directo como el dolo eventual.

8.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Este tipo penal admite la tentativa, para lo cual se requiere que el sujeto comience la ejecución del delito, a través de actos encaminados a su ejecución.

9. DELITO DE INFANTICIDIO

Art. 110°: *"La madre que mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas."*

9.1. NOCIONES GENERALES

El antecedente más cercano del presente tipo penal es el art. 155° del Código Penal derogado, el cual consideró a esta figura delictual como un parricidio atenuado, teniendo también como presupuesto, el estado psicofisiológico de la madre[906]. En el Código Penal de 1863, bajo la influencia de la legislación española y helvética, el fundamento de esta atenuación se hallaba en la preservación del honor de la mujer[907]. La actual regulación, reproduce el texto del art. 155° del CP de 1924.

---

[906] Art. 155° del CP de 1924: "La madre que intencionalmente matare a su hijo durante el parto, o estando todavía bajo la influencia del estado puerperal, sufrirá penitenciaria no mayor de tres años o prisión no menor de seis meses".

[907] Art. 242° del CP de 1863: "La mujer de buena fama, que por ocultar su deshonra matare a su hijo en el momento de nacer, sufrirá cárcel de quinto grado (cinco años). Si el delito fuese cometido por los abuelos maternos, en las mismas circunstancias, la pen será de penitenciaría en primer grado (seis años). Fuera de estos casos, el infanticidio será castigado con penitenciaría de tercer grado (doce años)".

La palabra infanticidio deriva del término italiano *infantare,* registrado por la Academia de la Crusca como sinónimo de parir, *partorire;* equivalente a la muerte violenta del hombre recién nacido[908]; pero este título poco nos dice, pues matar a un niño es un homicidio como cualquier otro. Más bien lo que caracteriza a este parricidio privilegiado, conforme se advierte de su descripción típica, es el influjo que tiene, sobre la madre, el estado puerperal, bajo el cual desarrolla la conducta homicida[909].

Un análisis comparado nos permite advertir que las circunstancias que configuran este delito varían de acuerdo a cada legislación. Un gran sector hace girar esta figura sobre el fundamento del honor, ya sea de la madre o de terceros; así, el Código Penal de Bolivia *(Art. 258°: La madre que, para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta tres días después),* de Cuba *(Art. 264° Inc. 1: La madre que dentro de las setenta y dos horas posteriores al parto mate al hijo, para ocultar el hecho de haberlo concebido),* de Costa Rica *(Art. 113° Inc. 3: A la madre de buena fama que para ocultar su deshonra diere muerte a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento);* de Ecuador *(Art. 453°: La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido);* de Honduras *(Art. 123°: La madre que para ocultar su deshonra da muerte al hijo que no haya cumplido tres días de nacido);* de Ecuador *(Art. 394°: Si el delito previsto en el Art. 310° (Homicidio)se cometiere sobre la persona de un niño menor de tres días, para salvar el propio honor o del cónyuge, o de un pariente próximo, será castigo con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciería).*

Otro gran sector, en el que cabe incluir a nuestro país, fundamenta esta figura en los trastornos psíquicos que experimenta la mujer durante el embarazo y el parto. Con una mejor regulación el Código

[908] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 264.

[909] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 159.

Penal del Brasil *(Art. 123°: Matar sobre la influencia del estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após)*; de Guatemala *(Art. 129°: La madre que impulsada por motivos íntimamente ligados a su estado, que le produzcan indudable alteración psíquica, matare a su hijo durante su nacimiento o antes de que haya cumplido tres días)* y el Código Penal de Suiza entre otros.

Otras legislaciones, por el contrario, no consagran esta atenuante, así entre las más importantes: España, Argentina, Francia y Colombia[910].

9.2. FUNDAMENTO Y SUSTANTIVIDAD

El fundamento de esta atenuante reside en la menor culpabilidad de la madre, debido a su especial estado psicofisiológico, que determina una especial disminución de su capacidad de entendimiento y frenación, como consecuencia de hallarse bajo el influjo del estado puerperal[911]. Nuestro legislador ha asumido que, en determinadas situaciones, los trastornos psíquicos que ocasionan en la mujer los significativos cambios físicos propios del embarazo y el parto, pueden afectar su culpabilidad; es decir, su capacidad de motivarse de acuerdo a las exigencias normativas, ya que su particular estado psicofisiológico puede propiciar un desequilibrio, que sin llegar a la inimputabilidad, puede generar que otros móviles como el honor, la pobreza, la miseria, el abandono, los abusos y los malos tratos cumplan un rol determinante al momento de desplegar la acción homicida[912].

---

[910] Aunque en este Código se atenúa la pena de la madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (art. 108).

[911] SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 155; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 109; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* pp. 123-124; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 126; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 63.

[912] VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 37. Según VILLA STEIN: *Ob. Cit.* pp. 114-115, si bien no se ha establecido científicamente, que el estado puerperal

CASTILLO ALVA partiendo de una interpretación estrictamente gramatical, sostiene que el Código Penal establece una doble causa que justifica la existencia y aplicación del infanticidio: i) Durante el parto; o ii) Bajo la influencia del estado puerperal. En el primer caso, por no exigirlo la norma, no es necesario constatar un particular estado que incida en las facultades psicológicas de la mujer, para que la madre se haga acreedora de una pena privilegiada, pues basta constatar que el homicidio se produjo durante el parto[913]; sin embargo, esta interpretación no tiene sustento constitucional, pues implicaría reconocer que la vida del que está naciendo tiene un valor inferior al de otra, lo cual infringiría el principio de igualdad. En tal sentido, la atenuación de la pena, en el caso de la madre que da muerte a su hijo durante el parto, al no tener ningún sustento objetivo que justifique un tratamiento diferenciado, no resulta aplicable; lo cual no impide la aplicación de esta atenuante cuando la madre ocasione la muerte de su menor hijo, durante el parto, bajo el influjo de una perturbación psíquica propia del estado puerperal[914]. Claro que puede presumirse válidamente que la madre, durante el parto, de todos modos presenta los efectos del estado puerperal y por ello mismo no hace falta realizar mayor actividad probatoria en torno a probar tal hecho, sin embargo, pueden presentarse casos en que quede evidenciado que la motivación de la muerte del recién nacido es una en la que no tiene incidencia alguna el estado puerperal, en cuyo caso no estaremos ante un infanticidio sino ante un parricidio.

---

sea suficiente para impulsar a una persona a causar la muerte del recién nacido, reconoce que el asunto debe ser resuelto apelando al estado mental transitorio; por otro lado indica que no resulta coherente, que si nuestro legislador reconoce la influencia del estado puerperal en la capacidad de determinación de la madre, únicamente se configura esta atenuante cuando se da muerte al recién nacido, y no cuando se causa la muerte de terceros, que también pueden ser víctima de la reacción homicida de la madre bajo ese estado.

[913] *Ob. Cit.* pp. 591-595; 605-610.

[914] En tal sentido, la regulación que se advierte de esta figura delictual, en el Código Penal del Brasil, Guatemala y Portugal, resulta más apropiada.

Finalmente, consideramos que este delito no es un delito *sui generis* o un delito autónomo, sino que se trata de un parricidio privilegiado circunstanciado personalmente por el estado psíquico-físico de la madre[915].

9.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la vida humana independiente, debiendo precisarse que el presente tipo penal marca el inicio de la protección de la vida humana independiente, permitiendo distinguir el delito de aborto (protección de la vida humana dependiente) de los delitos contra la vida humana independiente (homicidio, parricidio, asesinato).

9.4. TIPO OBJETIVO

9.4.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

El tipo penal exige una calificación especial del sujeto activo (se trata de un delito especial impropio). Solo puede ser sujeto activo la madre, quien actúa bajo circunstancias especiales, determinadas por el desequilibrio psicofisiológico producto del embarazo y el parto. Es indiferente cual sea la reputación de la madre, ya que la norma no considera, para los efectos atenuatorios, cual sea su fama en el ámbito social. Nuestro legislador, ha rechazado el móvil del honor como fundamento de esta figura delictual.

La atenuante no alcanza a terceros. Si el padre, el abuelo o el hermano mata al recién nacido, su conducta será tipificada como delito de homicidio, parricidio o asesinato, según las circunstancias.

---

[915] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 123; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 588; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 24 señala que se trata de homicidio privilegiado, aunque después señala que se trata de un caso particular de parricidio; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 126. Consideran que se trata de un delito autónomo SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 153; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 202-203; VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 37.

Dada la determinación especial del sujeto activo, solo puede ser sujeto pasivo "el hijo naciente" y "el recién nacido" hasta el momento en que desaparezca en la madre la influencia del estado puerperal. De este modo, si la madre matara a otro hijo, bajo la influencia del estado puerperal, distinto del recién nacido, su conducta será calificada como parricidio, aunque atenuado si se aprecia su culpabilidad disminuida[916] determinada por el estado puerperal.

La ley no exige para la configuración de este delito que el nuevo ser sea o no viable, lo que no obsta a que esta circunstancia sea tomada en cuenta al momento de graduar la pena[917]. Es indispensable confirmar que el nuevo ser está con vida, para lo cual debe admitirse cualquier medio probatorio tendiente a ello, en especial las que deriven del examen de la función pulmonar, gástrico e intestinal (docimasias)[918].

9.4.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en la muerte del hijo recién nacido causado por la propia madre. Esto puede realizarse tanto por acción como por omisión impropia (comisión por amisión). Un ejemplo de comisión por omisión sería el supuesto en el que la madre deja de amamantar a su hijo recién nacido hasta que este fallezca.

La acción homicida debe desplegarse, conforme al tipo penal, bajo la influencia del estado puerperal, no siendo necesario sin embargo, que la muerte se produzca en este periodo (en el momento en que la madre estaba bajo la influencia de dicho estado), ya que puede darse

---

[916] BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 64.

[917] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 113.

[918] GARCÍA MAAÑÓN, Ernesto: *Aborto e infanticidio.* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 186, para mayor ilustración nos cita la sentencia en la Cámara 3ª de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata, del 24DIC48, en la que se absuelve al imputado Gilberto Fermín Fussi, por no haberse podido determinar con certidumbre si la criatura nació con vida.

el caso que el fallecimiento se produzca cuando la madre ya no se encuentra bajo la perturbación psíquica que le provocó el influjo puerperal pero la acción infanticida se produjo cuando aún lo estaba[919].

a) Influencia del estado puerperal

En lo que respecta al estado puerperal, tanto la doctrina como la jurisprudencia, no ha dejado de plantearse serias divergencias en lo referente a su definición, duración y a su entidad psicológica como para provocar, en el espíritu de la madre, ese estado mental que la hace proclive a la comisión del delito. Unos denominan "estado puerperal" al embarazo, al parto y al puerperio que le sigue; otros, solo a este último; algunos consideran que este estado dura todo el tiempo de la involución clínica del útero; otros hacen referencia a la involución histológica de ese órgano, que suele durar hasta dos meses; hay quienes lo limitan a la duración de los loquios (líquido que expulsa la mujer durante un período posterior al parto), y otros lo extienden hasta la aparición de la menstruación[920]. Respecto, a su duración tampoco puede fijarse un término o plazo *a priori*, existen al respecto, posiciones discordantes; así, se ha establecido como plazo 40 días, el plazo para la aparición de la primera menstruación o el de la total involución del útero-, lo cierto es que la duración de dicho estado también es imprecisa.

Entendemos por estado puerperal aquel proceso al cual la madre ingresa desde el parto, caracterizado por un conjunto de condiciones fisiológicas y psicológicas que alteran la personalidad de la madre.

---

[919] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 113.

[920] ROJAS, Nerio: *Medicina Legal.* Ateneo, Buenos Aires, 1976. p 203. Por el contrario, BONNET reconoce que el estado puerperal puede provocar un estado de semialienación no psicótica, que no llega a la alteración morbosa ni a la inconsciencia, un estado crepuscular –intermedio entre la salud mental y la alienación (trastorno mental transitorio incompleto)-, que puede estar situado -en el orden psicopatológico- con el estado de la emoción violenta Ver GARCÍA MAAÑÓN: *Ob. Cit.* pp. 153-154.

Generalmente, en condiciones normales, el parto y el puerperio fisiológico provocan en la parturienta dolores y un estado leve de excitación, de perturbación emotiva variable según las personas y las situaciones; sin embargo, estos efectos no alcanzan a perturbar la actividad cerebral hasta el punto de originar una alteración nerviosa capaz de llevar al crimen[921]. En sus formas patológicas, el parto y el puerperio, pueden generar perturbaciones transitorias de orden psíquico, que disminuyen la capacidad de entendimiento de la madre y sus frenos inhibitorios.

Estas perturbaciones solo deben provocar una disminución en la capacidad reflexiva de la mujer[922]. La madre que ha perdido totalmente la conciencia y los frenos inhibitorios, al experimentar una psicosis puerperal -que puede ser provocada por fenómenos autotóxicos o infecciosos, durante el embarazo, el parto o la lactancia- es inimputable.

En la doctrina se sostiene que una adecuada interpretación de la expresión "*influencia del estado puerperal*", pasa por asumir bien un criterio cronológico o uno fisiológico, o bien un criterio mixto (fisiológico-psicológico). Según la primera postura, con la referencia al estado puerperal, el legislador ha pretendido establecer que, para los efectos atenuantes, el homicidio debe producirse durante un período determinado -generalmente se toma en cuenta el período de la involución del útero, o la reaparición de la menstruación (entre los 35 a 45 días)-; sin embargo, esta postura no es defendible, ya que la duración del estado puerperal no puede ser determinada con exactitud[923], y no toma en cuenta que esta expresión fue escogida por el

---

[921] Según NERIO ROJAS, esto es lo que se observa en la experiencia obstétrica privada y en las maternidades de todo el mundo. *Ob. Cit.* p. 203.

[922] NERIO ROJAS considera que este tipo de perturbaciones tienen más una existencia bibliográfica que clínica. Señala que el estudio minucioso de los casos demuestra que estos estados de alienación, fueron simples excusas de criminales corrientes.

[923] NERIO ROJAS: *Ob. Cit.* p. 203.

legislador para evitar las injusticias que producía el señalamiento de un plazo rígido[924]. De acuerdo a la segunda postura, basta comprobar que la madre padeció el estado puerperal, y por otro lado, que la acción homicida se desplegó durante dicho estado[925].

Nosotros consideramos que, cuando el legislador recurre a la influencia del estado puerperal, lo hace para denotar que lo que interesa son los efectos que provoca dicho estado en la psique de la madre. En este mismo sentido, NUÑEZ sostiene que la fórmula no tiene un significado puramente cronológico, aunque tiene un significado temporal subsidiario, en cuanto señala que el delito se debe consumar en un lapso durante el cual la madre está sometida a los efectos que, sobre ella, produce el estado puerperal[926]. Por tales razones, resulta imprescindible comprobar en el proceso penal, el desequilibrio psicofisiológico en el que estaba sumida la madre al momento de desplegar la acción criminal, para lo cual deberá recurrirse al auxilio de los peritos médicos y psiquiatras[927]. Existen dificultades probatorias respecto a la acreditación del real estado psicológico de la madre, pues la pericia médica es siempre posterior al hecho, resultando que en la práctica este estado debe ser inferido a partir de elementos objetivos, y de no existir tales, deberá estarse a lo más favorable a la procesada[928].

9.5. TIPO SUBJETIVO

La conducta delictiva descrita en el presente tipo penal requiere del dolo. No existe inconveniente en admitir el dolo eventual.

---

[924] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 116.

[925] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 129; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 115; GÓMEZ, EUSEBIO: *Ob. Cit.* p. 110; FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 185.

[926] *Ob. Cit.* p. 131 y ss.; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 613-614; GARCÍA MAAÑÓN: *Ob. Cit.* p. 154.

[927] SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 158.

[928] FONTAN BALESTRA : *Ob. Cit.* p. 162; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 615.

La perturbación psíquica que experimenta la madre bajo el estado puerperal puede influir en la apreciación errónea de la magnitud del peligro -error de tipo-, lo cual posibilitaría la calificación del hecho como un homicidio imprudente, si este error fuese vencible[929].

9.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Este delito admite la tentativa al ser un delito de resultado, para lo cual se requiere que la madre dé comienzo a la ejecución del delito a través de actos encaminados a la realización de la muerte del hijo recién nacido; vg., el caso de la madre que bajo la influencia del estado puerperal, empieza a ahogar a su menor hijo recién nacido, pero el resultado final es evitado por intervención de un tercero.

9.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Como el estado puerperal constituye un estado psicofísico que determina una culpabilidad menor, beneficia únicamente a aquel que actúa bajo esta circunstancia, en este caso a la madre, no admitiéndose la comunicabilidad de esta circunstancia a los partícipes (art. 26° CP).

El infanticidio es un *delito de infracción de deber*. Por tal razón, la obligada especial -madre- responde siempre como autora y en ningún caso como partícipe (cómplice) o instigadora; pues, todos los actos que realice que deriven en una lesión al bien jurídico que está llamada a proteger, generan, para ella, una responsabilidad a título de autoría. Así, por ejemplo, la madre que, bajo el influjo puerperal, proporciona un arma de fuego a un tercero, o instiga a este para que mate a su hijo recién nacido, responde como autora del delito de infanticidio, ya que está incumpliendo su deber especial de proteger la vida de su hijo frente al ataque de terceros, no resultando relevante cuál haya sido el nivel de dominio del hecho que hubiese tenido, ya que el título de imputación es la infracción del deber y no el dominio[930]. Lógica-

[929] VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 38; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 116.

[930] Al respecto un sector de la doctrina sostiene que, en este caso, de todos modos la madre responde por delito de infanticidio, pues si cuando tiene

mente, si el tercero hubiese tenido el dominio del hecho, responderá por delito de homicidio o asesinato, según sea el caso, igualmente a título de autor; pero en este caso, el título de imputación del tercero se sustenta en el dominio del hecho, a diferencia del de la madre que se sustenta en la infracción del deber.

En el caso de que el tercero sea el padre del recién nacido u otra persona en quien recae la posición de garante de la vida del menor, el título de imputación de estos, igualmente, sería la infracción del deber, y por tanto, les corresponderá responsabilidad en calidad de autores, pero no del delito de infanticidio sino del delito de parricidio; no interesando si este tercero tuvo o no el dominio, bastando que haya colaborado en la materialización del hecho. Pues, aun cuando existiese un dominio del hecho conjunto con la madre, no estaremos ante la *coautoría,* pues esta no es posible en el infanticidio, determinado por el influjo del estado puerperal, ya que únicamente la madre es quien lo experimenta.

Igualmente, es posible la *autoría mediata,* cuando por ejemplo la madre instrumentaliza a un tercero a través de la coacción o haciéndolo incurrir error para que este dé muerte al recién nacido[931]. Al contrario, en el caso de que la madre, influenciada por el estado puerperal fuese la instrumentalizada por el tercero para que mate a su propio hijo, el tercero responderá por delito de homicidio, parricidio o asesinato, según el caso; no resultando punible la conducta de la madre, puesto que solo actuó como instrumento.

---

el dominio del hecho únicamente responde por infanticidio, con mayor razón responderá sólo por este delito cuando sólo preste su colaboración. Igualmente, CASTILLO ALVA (*Ob. Cit.* pp. 622 y 620 respectivamente), sostiene que, conforme a la Unidad del Título de Imputación, la madre será partícipe o cómplice del delito cometido por el autor: homicidio, parricidio o asesinato. Sin embargo, dicho criterio contradice, lo sostenido por este autor líneas antes, en cuanto sostiene que se trata de un delito de infracción de deber, en cuyo caso, cualquier tipo de participación implicaría la atribución de la autoría.

[931] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 621; PEÑA CABRERA-FREYRE: *Ob. Cit.* p. 129,

Un problema de difícil resolución, en el infanticidio, es el referido a la participación de los terceros *-extraneus-* únicamente como cómplices. Pues, tratándose de un delito de infracción de deber y estando a la teoría de la unidad del título de imputación, así como a la accesoriedad de la participación, únicamente responderían como cómplices del delito de infanticidio, pues, este sería el único delito que se habría cometido (estando a la calificación del autor), ya que la calificación especial de la madre (autora) no se comunica a dicho tercero, como para poder atribuirle la autoría. Sin embargo, esta solución aun cuando es técnicamente correcta, en términos de justicia y legitimidad no nos parece convincente; puesto que la atenuación significativa de la pena respecto al delito de parricidio, que es el que cometería la madre, se fundamenta precisamente en la presencia del estado puerperal, que disminuye en gran magnitud la culpabilidad, y obviamente, esta circunstancia es ajena a los partícipes, por lo que no pueden beneficiarse con tan importante atenuación de la pena. Pues, ello significaría generar lagunas de impunidad, desprotegiendo al bien jurídico "vida". Siendo así, será el Juez quien deba graduar la pena siempre en el extremo máximo de la prevista para el infanticidio; aun cuando este criterio no resulta satisfactorio para los casos en que los hechos calificarían como asesinato, de no mediar el influjo del estado puerperal.

10. HOMICIDIO CULPOSO

Art. 111°: *"El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.*

La pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de seis años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho."

La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme al artículo 36° -incisos 4), 6) y 7)-, si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos-litro en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

10.1. NOCIONES GENERALES

A. Es antecedente de la presente figura penal el art. 156° del Código Penal derogado[932], el mismo que se basó en el art. 104° del proyecto suizo de 1918. El Código Penal de 1863 no reguló el homicidio culposo en forma independiente, pues siguiendo la tradición española, estatuyó en forma genérica la responsabilidad penal por culpa[933], como una atenuante de la pena en relación a cualquier delito (art. 60°)[934].

Cabe precisar que la redacción actual del presente dispositivo legal es el resultado de sucesivas reformas legislativas; así, en virtud al art. 1° de la Ley N° 27753, publicada el 09 de junio de 2002, se elevaron las penas para los supuestos agravados, y se agregaron las siguientes agravantes: *i)* Cuando el agente haya estado conduciendo un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad; o, *ii)* Cuando el delito resulte de la inobservancia de las reglas técnicas de tránsito; y, finalmente, con el art. 1 de la Ley N° 29439, publicada el 19 de noviembre de 2009, se rediseñan los supuestos agravados, conforme al texto anotado.

B. A diferencia de lo previsto en el Código Penal derogado, el texto legal vigente emplea el término *culpa* -que es adoptado en el sistema italiano- y no el de *negligencia;* sin embargo, esta distinción no tiene mayor importancia, por cuanto la "negligencia", ha sido siempre entendida como sinónimo de "culpa"[935]. En la doctrina comparada,

---

[932] Art. 156° CP 1924: "El que por negligencia, causare la muerte de una persona, será reprimido con prisión no mayor de dos años. La pena será de prisión no menor de un mes ni mayor de cinco años, si por negligencia, el delincuente hubiere infringido un deber de función, de su profesión o de su industria".

[933] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 124.

[934] El Art. 60° establecía para todos los delitos, entre otras indicaciones, que debía rebajarse la pena en dos grados cuando "el reo hubiese delinquido por imprudencia temeraria o descuido punible".

[935] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 712.

especialmente en la española[936] y argentina, se prefiere emplear el término *imprudencia,* que proviene del sistema alemán; pues, se considera que es más comprensible para el ciudadano común y facilita su distinción respecto a la categoría de la "culpabilidad", que tiene un uso distinto[937].

El homicidio imprudente o culposo -como todo delito culposo-, es un *tipo abierto*, pues la ley, ante la imposibilidad de describir con certeza las innumerables formas de conducta que pueden afectar un deber de cuidado y lesionar o crear un peligro contra la vida[938], no precisa las características de la conducta típica (la misma que está descrita de manera indeterminada por el tipo) sino que se limita a realizar una regulación amplia o abierta, que debe ser completada por el juzgador, quien deberá identificar, en el caso concreto, la norma

---

[936] El Código Penal Español de 1995 recoge el término imprudencia en su art. 142°, donde se hace referencia a la imprudencia grave (temeraria), la misma que implica la falta de adopción de las precauciones más elementales de cautela o de diligencia exigibles en una determinada esfera de actividad; distinguiéndola de la imprudencia leve la misma que se haya tipificada como falta en el art. 621° del citado texto legal.

[937] MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal Español- Parte General.* Reppertor, Barcelona, 2004, p. 286; LUZÓN PEÑA: *Ob. Cit.* p. 492, señala que el término culpa tiene en el lenguaje común la misma polivalencia que el vocablo tenía en la época romana, como equivalente a infracción, hecho ilícito o pecado, a culpabilidad o responsabilidad por algo de que se es causa moral, lo cual puede inducir a confusión al no jurista; por el contrario, el término imprudencia (y el adjetivo imprudente) como falta de prudencia, cuidado o diligencia, como actuación con un riesgo excesivo, es perfectamente claro e inequívoco para el ciudadano en general. En nuestro medio, atendiendo a las consideraciones señaladas VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 383, considera que el uso del término "imprudencia" resulta el más apropiado. En el mismo sentido VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 122.

[938] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 134, precisa que la ley se ha limitado a establecer un simple tipo causal, dado que las posibilidades de discordancia entre la conducta realizada y la conducta exigida por el deber de cuidado son innumerables; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* pp. 711-712.

que permita identificar el correspondiente deber de cuidado, y con ello completar el tipo penal[939].

10.2. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido, al igual que los demás delitos que conforman este capítulo, es la vida humana independiente.

10.3. TIPO OBJETIVO

10.3.1. SUJETOS

El sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que el tipo penal no exige ninguna cualidad especial.

En cuanto al sujeto pasivo, al igual que el sujeto activo, este es indiferenciado. Como ya se ha indicado, existe una vida humana independiente desde que se producen las contracciones del útero que han de conducir a la expulsión del concebido, y en los casos de intervención quirúrgica (cesárea) desde el instante en el que se efectúa la incisión en la embarazada a fin de extraer al concebido; consecuentemente, es posible apreciar este delito desde dicha etapa. En ese sentido, se ha señalado que: "*Constituye delito de homicidio culposo el accionar del médico que no tomó el cuidado suficiente, que el caso y la ética médica exigían, para propender al nacimiento de una vida, permitiendo que muriera la menor por su negligencia, al no tomar las precauciones adecuadas para brindar la atención médica requerida*" (Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash, Exp. N° 98-054); asimismo, "*constituye acto de negligencia médica, reprochable penalmente, el que la obstetriz no haya intervenido a tiempo a la parturienta para inducir un alumbramiento sin riesgo para la madre e hija, haciéndola esperar un considerable lapso de tiempo, que conllevó a la muerte del recién nacido*" (Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 11 de setiembre de 1998, Exp. N° 1682-98).

---

[939] VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 383.

10.3.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

A. De igual modo, que en el delito doloso, el comportamiento típico supone la realización de una acción que supere el riesgo permitido, el cual debe concretarse en el resultado.

Mayoritariamente a nivel doctrinal y jurisprudencial se recurre a la infracción del deber de cuidado para explicar el contenido de los delitos culposos; sin embargo, estudiosos del Derecho penal, como ROXIN[940], consideran que la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de la imputación, es más vago que estos y por tanto prescindible, e incluso produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión, cuando al sujeto no se le reprocha haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por el riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en el resultado típico.

En esa línea, consideramos que el delito imprudente no es más que la producción de un peligro no permitido -quien obra dentro del riesgo permitido no puede infringir una norma de cuidado-, por consiguiente, la conducta típica del homicidio culposo o imprudente coincide en su aspecto objetivo con el delito doloso, pues, ambos están constituidos por los factores de la imputación objetiva que permite atribuir el resultado al agente[941], por lo tanto, han de aplicarse los mismos criterios expuestos sobre la imputación objetiva del comportamiento y del resultado.

B. En ese contexto, afirmada la relación de causalidad, la imputación requiere comprobar si la acción *ha creado un riesgo típicamente relevante* para lo cual debemos recurrir a criterios normativos que nos

---

[940] *Ob. Cit.* p. 1000.

[941] HURTADO POZO: *Ob. Cit.*p. 715.

permitan establecer si el comportamiento desplegado por el sujeto activo, desde una perspectiva *ex ante*, es decir, a partir de los datos reconocibles en el momento de la ejecución de la conducta, conlleva un riesgo jurídico penalmente relevante de producción del resultado lesivo, esto es, si resulta peligrosa[942]; lo que equivale a decir que ha existido una infracción al deber de diligencia o cuidado[943]; y desde una perspectiva *ex post*, es decir, a partir de todas las circunstancias conocidas después de la producción del resultado, que *este es la materialización del riesgo creado por el comportamiento del sujeto activo*[944]. La ausencia de un riesgo típicamente relevante excluye la *tipicidad de la conducta*, y la posibilidad de responder por tentativa; mientras que la no realización del riesgo en el resultado, al excluir*la imputación del resultado*, le quita relevancia penal al comportamiento imprudente, ya que en este, a diferencia del homicidio doloso, la tentativa no es punible.

i) Cabe señalar, conforme señala ROXIN, que en la determinación de lo que se ha de considerar "creación de un peligro no permitido", se debe tomar en cuenta todo el desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto a la constatación de la

---

[942] MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita: *La Imputación Objetiva del Resultado.* Edersa, Madrid, 1992. p. 54: "La peligrosidad como característica de la acción, como un elemento recognoscible y enjuiciable ex ante, constituye un requisito básico del desvalor de la acción".

[943] CHOCLÁN MONTALVO: *Ob. Cit.* p. 37; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 718, precisa que la comprobación de los criterios referentes a la imputación objetiva, son similares a los empleados para saber si el autor ha violado el deber de cuidado.
En la misma línea el siguiente fallo "Al no haberse probado que la causa del accidente y posterior muerte del agraviado haya sido por el aumento del riesgo permitido al conducir vehículos motorizados, es del caso absolver al procesado" (Exp. N° 8746-97 – Lima). En Coria: *Ob. Cit.* p. 280.

[944] MARTINEZ ESCAMILLA: *Ob. Cit.* p. 55., señala que el peligro como estado o como situación producto de la acción no influye para nada en el desvalor del comportamiento, sino que integra la otra parte del injusto: *El desvalor del resultado.*

infracción del deber de cuidado[945]. De esta manera al momento de establecer los límites del riesgo tolerado se deben tomar en cuenta las reglas de cuidado preventivas, establecidas para cada uno de los sectores de actividades, contenidas en las regulaciones primarias penales y extrapenales –normas de índole legal o reglamentaria (normas reglamentarias de tránsito, sobre accidentes de trabajo, sobre la práctica de deportes, etc.)-, y que implican una prevaloración de las condiciones óptimas de la conducta para la evitación del resultado lesivo. Estas reglas de cuidado son producto del razonamiento y de la experiencia, y en determinados ámbitos se encuentran reguladas jurídicamente (vg., tráfico vehicular o aéreo), por lo que su infracción, cuando se trate de prohibiciones legales de puestas en peligro abstractas –prioridad de paso, exceso de velocidad-, fundamenta ya el riesgo jurídicamente desaprobado; sin embargo, estas reglas establecidas para situaciones de normalidad, pueden ceder ante una regla más general que obliga a adaptar el cuidado a las circunstancias especiales concomitante en el caso concreto; así por ejemplo, los límites generales de la velocidad se ven derogados en la práctica en casos en que por lluvia o nieve, la vía se torna deslizante. En estos casos el conductor está sujeto a otra norma que le obliga a disminuir la velocidad, por tal motivo, es necesario, para afirmar la infracción del deber de cuidado, que se infrinja la *norma particular de cuidado*, que no siempre coincidirá con las regulaciones concebidas solo de manera general[946]. Distinto es el caso de las reglas de arte o reglas técnicas, normas no jurídicas, que solo ejercen una función indiciaria debido a que son productos de una previsión de posibles peligros apoyada en la experiencia y en el razonamiento; se trata de un sistema de regulación no formal y por ello no vinculante

[945] *Ob. Cit.* p. 1001.

[946] CHOCLÁN MONTALVO: *Ob. Cit.* p. 94.

que solo representa un indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo[947]. Por último cuando en un determinado sector no estén establecidas determinadas reglas, se debe recurrir a las reglas vigentes para ámbitos sociales comparables, para técnicas de similar peligrosidad y en general a las reglas de la experiencia general de la vida[948].

ii) Verificar que en un supuesto concreto se ha sobrepasado el límite de actuación permitida por la norma, no es suficiente para la imputación de la conducta. Se debe determinar, además, la competencia del autor por el riesgo creado con su actuación; ello es así, porque no siempre la competencia recae en el titular del ámbito de organización del que se deriva fácticamente el riesgo prohibido, sino que también puede recaer en terceros (principio de confianza y prohibición de regreso) o incluso puede ser atribuida a la misma víctima (ámbito de responsabilidad de la víctima)[949].

C. El tipo penal *in comento* no establece un determinado comportamiento típico, por lo que, al igual que en el homicidio doloso, dicha conducta puede ser activa u omisiva. Al respecto, se debe precisar que el verbo rector "ocasionar", que emplea el tipo penal, no significa otra cosa que "causar", mediante un comportamiento culposo (activo u omisivo), la muerte de un tercero[950].

---

[947] CHOCLÁN MONTALVO: *Ob. Cit.* p. 97.

[948] CHOCLÁN MONTALVO: *Ob. Cit.* p. 98.

[949] GARCIA CAVERO: *Ob. Cit.* pp. 336 a 336.

[950] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 712. En nuestro medio, niega la posibilidad del homicidio culposo por omisión, ROY FREYRE. *Ob. Cit.* pp. 224-225, pues considera que el homicidio culposo y, en general todos los delitos realizados por negligencia, sólo se cometen por acción, puesto que el sujeto hace precisamente lo que prohíbe la norma de cultura a través de la ley conminativa; asimismo, señala que en la comisión por omisión existe la conciencia del agente de estar quebrantando un deber, elemento que se encuentra ausente en el homicidio culposo.

El tipo de omisión imprudente coincide con la estructura de comisión culposa en su totalidad, "salvo en que el autor no infringe el cuidado con un acto positivo, sino omitiendo la realización de una acción ordenada"[951], es decir, la inobservancia del cuidado objetivamente debido tiene lugar mediante una omisión, que puede generarse por un erróneo -pero vencible- enjuiciamiento acerca: *i)* De la asunción de la propia posición de garante; así por ejemplo, actúa imprudentemente la maestra que desde la sala de profesores contempla el juego peligroso de unos niños que trepan, y en el que posteriormente uno de ellos sufre un accidente mortal que le causa la muerte, cuando no verifica que se trata de niños de su propia escuela a los que debería haber prohibido el juego[952]. *ii)* De la concurrencia de una situación típica; es el caso del salvavidas que cree que el bañista que estaba pidiendo socorro estaba haciendo una broma y, por eso, no lleva a cabo la acción mandada de salvamento[953], o del médico que no atiende al herido por estimar que su estado de salud no es tan grave como el del otro paciente[954]. *iii)* De las posibilidades de realización de la acción salvadora; como el caso de quien no sabe nadar, y cree que el estanque donde se ahoga un niño es profundo, cuando en realidad es de poca altura[955]. *iv)* De la innecesariedad de la intervención, como el caso del salvavidas que cree suficiente con lanzarle un neumático al niño que se está ahogando, cuando necesita extraerlo de las aguas[956]. *v)* También entra en consideración la ejecución defectuosa de la acción de rescate; como el caso del salvavidas que lanza una cuerda para

---

[951] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. (Editorial Temis S.A: Colombia, 2004). Ob. Cit. p. 339; VILLAVICENCIO. Ob. Cit. p. 676.

[952] JESCHECK: *Ob. Cit.* p. 683.

[953] BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* p. 986.

[954] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Ob. Cit.* p. 339.

[955] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Ob. Cit.* p. 339.

[956] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Ob. Cit.* pp. 339-340; JESCHECK: *Ob. Cit.* p. 682.

salvar a una persona que se está ahogando, pero lo lanza con tanta fuerza que se le escapa de sus manos[957].

Finalmente, se puede apreciar un homicidio culposo por omisión cuando el sujeto activo no realiza la acción típicamente indicada debido a su incapacidad de hacerla, la misma que, imprudentemente, ha sido provocada activamente "*omissio libera in agenda culposa*", vg., el caso del guardagujas que se embriaga hasta quedar inconsciente, por lo que no baja las barreras (o no cambia la aguja) en el momento debido, produciéndose el respectivo accidente ferroviario con varias muertes; o no ha sido evitada por el sujeto cuando este podía haber impedido su aparición "*omissio libera in omittendo culposa*", vg., el guardagujas que, sintiendo que está a punto de quedarse dormido por los vapores de la estufa de su caseta, no hace nada por evitar quedarse dormido (por ejemplo, salir de aquella), produciéndose un accidente ferroviario al no haber bajado las barreras en el momento indicado por encontrarse dormido[958].

10.4. TIPO SUBJETIVO

Como se ha indicado la conducta típica del homicidio imprudente coincide, en el aspecto objetivo con la del homicidio doloso consumado; la diferencia únicamente radica en la relación personal o subjetiva del homicida con el hecho, que resulta más intensa en el caso del dolo, que en el de la imprudencia.

Como se dijo al analizar el dolo en el homicidio simple, a quien mata dolosamente se le reprocha que, conociendo el riesgo concreto que entraña su comportamiento para la producción de la muerte de otro, realiza o continúa con su conducta; mientras que en el homicidio imprudente, en el caso del homicida que actúa con *culpa consciente*, se le reprocha que teniendo conocimiento del riesgo que implica su

---

[957] BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* p. 986.

[958] Ver más detalles en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Estudios sobre los delitos de omisión.*Grijley, Lima, 2004. *Ob. Cit.* pp. 46-53.

acción, supone erróneamente, que el riesgo está bajo su control, y que el resultado se evitará; es decir realiza una evaluación equivocada de un riesgo que se podía captar en su verdadera dimensión. En este caso el homicida actúa bajo un error sobre las condiciones y la magnitud del riesgo, su representación no está acorde con la realidad, no es consciente de crear con su acción una situación de total inseguridad para el bien jurídico[959]. En el supuesto de la *culpa inconsciente,* el autor ignora el peligro que deriva de su acción lesiva, es decir, en este caso no hay una representación del peligro, pero en atención a las circunstancias concomitantes, un examen cuidadoso de la situación o el contexto donde actúa, y de acuerdo a sus capacidades individuales, le hubieran llevado a conocer los factores del riesgo.

Como puede apreciarse, en ambos casos el agente actúa bajo un *error de tipo vencible,* en el caso de culpa inconsciente, el error proviene de la ignorancia; mientras que en el caso de culpa consciente el error deviene de la evaluación inadecuada de un riesgo que se podía captar en su real dimensión[960].

10.5. AGRAVANTES

El tipo penal *sub análisis* contempla las siguientes agravantes:

*i) **Inobservancia de las reglas de profesión, de ocupación o industria***

El fundamento de esta agravante no discurre en función del daño producido, por el contrario, se agrava la pena porque al agente le era más exigible un comportamiento conforme a las reglas técnicas de cuidado, debido precisamente a la pre-

[959] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 291; LOPEZ BARJA DE QUIROGA: *Ob. Cit.* p. 529, de modo clarificador señala que en este supuesto el agente tiene conocimiento del peligro abstracto y podía conocer (aunque no conoció) el peligro concreto.

[960] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* pp. 291-292.

paración y formación que tiene en una determinada profesión para desarrollar determinadas actividades, o por el desempeño en una determinada ocupación o industria.

La norma hace referencia a la inobservancia de las reglas de profesión, de ocupación o industria, que no son sino aquellos mandatos, jurídicos o no, que regulan una determinada ocupación, profesión o industria, cuyo contenido versa sobre las precauciones que se deben tomar al iniciar, desarrollar y controlar la ejecución de una conducta, cuya finalidad es evitar la creación de un peligro o controlar uno existente[961].

Esta agravante comprende la impericia profesional, que comprende las infracciones de la norma de cuidado que se producen como consecuencia de la falta de conocimientos, de capacidad o pericia de quien ejerce una profesión o desarrolla una actividad industrial especializada, cuyo desarrollo requiere de una particular cualificación; asimismo, la negligencia profesional o industrial, que supone la infracción del cuidado debido por falta de atención, por desinterés, o por abandono en el desempeño de la conducta[962]. Se requiere que el actuar culposo se haya producido en el ejercicio de profesión, ocupación o en el desarrollo de una actividad industrial, o con ocasión de la misma y que haya existido una especial transgresión de los específicos deberes técnicos que competen al profesional en el desarrollo de su actividad; en tal caso, no incurren en esta agravante aquellos efectivos policiales que impiden la salida de una persona de un lugar cerrado invadido por un gas lacrimógeno, ya que no concurre una específica infracción de las normas técnicas de procedimiento propias y exclusivas de la profesión policial, sino de reglas objetivas de cuidado comunes a todas las personas.

---

[961] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 747.

[962] GONZALES RUS: *Ob. Cit.* p. 43.

En el ámbito de la actuación médica, se puede citar el siguiente fallo: "*Si bien es cierto el deceso del agraviado se produjo luego de casi tres semanas de producida la intervención quirúrgica, no es menos cierto que la inobservancia a las reglas generales de la profesión de la medicina fue lo que motivó tal hecho lamentable; acreditándose lo expuesto con el certificado de defunción, el mismo que certifica que el agraviado falleció directamente por septicemia –schock séptico causado por cirrosis hepática– HDA y neumonía aguda, habiendo contribuido al resultado trágico una infección de herida, concordándose tal dictamen con la propia versión del procesado, en el sentido que tiene conocimiento que es imposible someter a una operación de cirugía a los que padecen de cirrosis hepática, enfermedad que no fue detectada por el procesado al no haber adoptado las medidas necesarias e imprescindibles exigidas en este tipo de operaciones*" (Ejecutoria Suprema del 07 de enero de 1998, Exp. N° 6095-97).

ii) Cuando son varias las víctimas del mismo hecho

Se agrava el homicidio culposo cuando son varias las personas que fallecen como resultado de la conducta imprudente del agente. El fundamento de esta agravante radica básicamente en la cantidad de las personas (objetos de protección) afectadas, lo que denota una mayor *gravedad del injusto (mayor disvalor del resultado).*

La referencia a las "víctimas del mismo hecho", no debe ser interpretada de una manera amplia, es decir entender que la agravante se presenta cuando exista un muerto y otras personas perjudicadas en su aspecto físico o patrimonial. No es este el sentido de la norma, y una interpretación en ese sentido desbordaría su sentido, cuyo bien jurídico protegido es la vida humana independiente[963]. Asimismo cabe precisar

[963] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 336: "Es inaceptable la interpretación del término "víctimas" en un sentido amplio como si se refiriera únicamente

que estas muertes deben ser el resultado del riesgo creado por el agente con la infracción de la norma de cuidado, siéndole imputable ya sea a título de culpa consciente o inconsciente, vg., no sería imputable al autor la muerte del sujeto que sufre un paro cardiaco al presenciar el accidente de tránsito, donde fallece un ser querido.

Por último no es necesario que la muerte de las víctimas se produzca en el mismo instante, basta como que sea imputable al autor el acaecimiento posterior, aun cuando sea con una diferencia temporal[964].

iii) Cuando el resultado es consecuencia de la conducción de vehículo motorizado bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas o bajo los efectos del alcohol[965]

A. Como se ha señalado, mediante Ley No. 27753 de fecha 09 de junio de 2002, se incluyó esta nueva agravante en el delito de homicidio culposo, contemplando aquellos casos en

---

al número de perjudicados con la inobservancia del deber de cuidado, independientemente del bien jurídico que se ha dañado. Un procedimiento de esta índole representaría una operación analógica que desborda el sentido literal posible y la finalidad de la norma que se ha de rechazar abiertamente"; Sigue además esta posición SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 134.

[964] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 335-336; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 134.

[965] En el derecho comparado, en el Código Penal Colombia se agrava el homicidio imprudente por conducción en estado de ebriedad (art. 110. inc. 1): "Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello ha sido determinante para su ocurrencia". También de Costa Rica (Art. 117°): "(...) Si el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas alcohólicas o de drogas enervantes, la cancelación de la licencia será por un período de diez a veinte años"); de Guatemala (Art. 127°: "(...) Si el delito culposo fuere cometido al manejar vehículo en estado de ebriedad o bajo efecto de drogas o fármacos que afecten la personalidad del conductor o en situación que menoscabe o reduzca su capacidad mental, volitiva, o física (...)".

los que el hecho delictivo es el resultado de la conducción de un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad.

Se debe destacar que la actual regulación (introducida por el Art. 1° de la Ley N° 29439, publicada el 19 de noviembre de 2009), supera las deficiencias de la anterior. En efecto: *i)* La anterior regulación solo contemplaba el caso del agente que conducía bajo el efecto de estupefacientes, vg., morfina o cocaína, lo cual resultaba criticable ya que inexplicablemente se dejaba de lado a otro tipo de sustancias igualmente aptas para provocar una grave alteración en la capacidad de conducción[966]; en cambio, la actual regulación llena ese vacío abarcando, además, los casos en los que el agente conduce bajo los efectos de *drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o sintéticas*, vg., marihuana, éxtasis, scan, etc.; *ii)* La actual regulación ya no exige que el conductor se encuentre en estado de ebriedad cuya sintomatología resultaba complicado acreditar en los casos de ingesta leve de alcohol; ahora solo basta comprobar que el agente estuvo conduciendo con una determinada cantidad de alcohol en la sangre, en el caso de transporte particular con un porcentaje mayor a 0.50 gramos litro, y en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general con un porcentaje mayor a 0.25 gramos litro.

B. El fundamento de esta agravante reside en la mayor gravedad del injusto, ya que en este caso el conductor desarrolla una actividad riesgosa con una clara disminución de sus capacidades, aumentando la posibilidad de los accidentes de tránsito y la lesión de los bienes jurídicos. De esta manera debemos descartar una interpretación meramente objetiva de

[966] Lo cual obligaba a un sector de la doctrina a interpretar la norma según su finalidad, englobando a cualquier circunstancia que pueda influir sobre las condiciones del conductor, afectando la seguridad en el tráfico (Así, CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 734).

esta agravante, es decir, además del resultado muerte y la presencia de alcohol en la sangre del agente (en una proporción mayor a 0.25 o 0.5 g/l) para que se configure esta agravante, es necesario establecer que la creación del riesgo no permitido (de producción de accidentes de tránsito con lesión de bienes jurídicos) al infringirse la norma de tránsito, es la que se realiza en el resultado muerte de los transeúntes o pasajeros. En efecto, el hecho debe tener su origen por ejemplo en una prolongación de los tiempos de respuesta a un determinado estímulo o en la disminución de los reflejos y del campo visualdel conductor que precisamente son consecuencia de la ingesta de alcohol[967].

iv) Cuando el resultado es consecuencia del empleo de armas de fuego bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas o bajo los efectos del alcohol

Al igual que en el caso anterior, el fundamento de esta agravante radica en la mayor gravedad del injusto, ya que en este caso el agente utiliza o emplea un instrumento altamente riesgoso encontrándose en estado de una clara disminución de

[967] Se debe tener presente de modo referencial la sintomatología que se describe en la Tabla de Alcoholemia (Ley No. 27753): *i)* En el 1er. Período de 0.1 a 0.5 g/l: No existen síntomas o signos clínicos, pero las pruebas psicométricas muestran una prolongación en los tiempos de respuesta al estímulo y posibilidad de accidentes. No tiene relevancia administrativa ni penal. *ii)* En el 2do. Período de 0.5 a 1.5 g/l: Ebriedad, Euforia, verborragia y excitación, pero con disminución de la atención y pérdida de la eficiencia en actos más o menos complejos y dificultad en mantener la postura. Aquí está muy aumentada la posibilidad de accidentes de tránsito, por disminución de los reflejos y el campo visual. *iii)* En el 3er. Período de 1.5 a 2.5 g/l: Ebriedad absoluta, excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control. *iv)* En el 4to. Período de 2.5 a 3.5 g/l: Se evidencia grave alteración de la conciencia, estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres. *v)* En el 5to. Período (niveles mayores de 3.5 g/l): Existe riesgo de muerte por coma y el paro respiratorio con afección neumonológica, bradicardia con dilatación y afección intestinal.

sus capacidades. De la misma forma que en el caso anterior, debemos descartar una interpretación meramente objetiva de esta agravante, es decir, no solo es necesario el resultado muerte, la presencia de la droga o alcohol en la sangre del agente, en una proporción mayor a 0.5 g/l, y el empleo de un arma de fuego para que se configure esta agravante, sino que es imprescindible que la creación del riesgo no permitido al infringirse la norma de cuidado en el empleo de armas de fuego, sea el que se realice en el resultado.

Es irrelevante que el agente detente una posesión legítima o ilegítima del arma de fuego que emplea; sin embargo, en este último caso estaremos ante un concurso real con el delito de tenencia ilegal de armas (art. 279° CP).

v) Cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito

Finalmente, el tipo penal agrava el hecho cuando el resultado es consecuencia de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

La agravante en cuestión nos remite a las reglas técnicas que se encuentran prescritas en el Reglamento Nacional de Tránsito, cabe precisar que este reglamento no solo establece ciertas reglas con relación a los conductores, sino también respecto a los peatones y al uso de la vía; sin embargo, el adjetivo "técnico" de la regla, nos permite restringir la aplicación de esta agravante solo a los conductores y no a los peatones, ya que la técnica está referida a la utilización de determinados instrumentos, en este caso, los vehículos automotores.

Respecto a las reglas técnicas de tránsito el Reglamento Nacional de Tránsito, establece para los conductores una serie de prescripciones relacionadas a la conducción, a los dispositivos de control, de seguridad, de velocidad, de estacionamiento y detención, entre otros. En todos estos casos el resultado (muerte), a efectos de configurar esta agravante, debe ser

producto del riesgo creado debido a la inobservancia de estas reglas técnicas de tránsito. Sobre este punto, se debe relievar que nuestra jurisprudencia ha venido consolidando la posición consistente en no atribuir responsabilidad penal al conductor de un vehículo motorizado cuando el hecho es imputable a la actuación negligente de la víctima, inclusive cuando al imputado ha tenido una responsabilidad contributiva a la producción del hecho (en estricta aplicación del criterio de imputación objetiva –competencia de la víctima-) así se ha señalado que:

"*En lo que respecta al delito de homicidio culposo, cabe relievar (sic) las conclusiones arribadas tanto en el atestado policial como en el informe técnico formulado por la unidad de investigaciones de accidentes de tránsito de la Policía Nacional del Perú, donde se precisa como factor predominante causante del evento, los actos del propio agraviado, quien de manera imprudente cruzó la vía por un lugar no permitido ingresando al eje de marcha del vehículo sin prever el peligro inminente dada la cercanía del vehículo; en tanto que el operativo del conductor es considerado tan solo como un factor contributivo, quien habría estado conduciendo a "una velocidad no razonable", no habiéndose determinado el nivel de velocidad para poder considerarse como no razonable; de manera que siendo esto así, el agente no puede ser pasible del reproche penal por un acto provocado por tercero*" (Exp. N° 325-98-Lima).

"*Al haberse acreditado que los hechos se han producido por exclusiva responsabilidad de los agraviados, quienes cruzaron en forma intempestiva y temeraria una vía rápida, pese a existir un puente peatonal a pocos metros del accidente, circunstancias en que fueron atropellados por el sentenciado quién discurría en forma normal por la carretera, no pudiendo hacer nada por evitar tal acontecimiento, se confirma la sentencia absolutoria*" (Exp. N° 4199-97).

"*Si bien se ha acreditado que el vehículo se desplazaba a velocidad mayor a la permitida, no se le puede imputar objetiva-*

mente al procesado el fallecimiento de los agraviados, al haberse acreditado que estos ingresaron temerariamente a una zona vial de alta velocidad, en circunstancias en las que al manejar bajo la velocidad permitida no hubiese evitado el resultado" (Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, de 14 de diciembre de 1998, Exp. N° 4988-98).

"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 procesado (...), no se desprende ninguna infracción del deber de cuidado imputable a dicho encausado" (Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 06 de agosto de 1998, Exp. N° 8653-98).

"Si el procesado conducía su vehículo a una velocidad prudencial y sin infraccionar las reglas de tránsito vehicular, no cabe imputarle una falta al deber de cuidado, más aún si el accidente que motivó la muerte del agraviado ocurrió cuando este 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 tendientes a salvaguardar su integridad física; en consecuencia no se configura el delito de homicidio culposo tipificado en el artículo 111° del Código Penal" (Ejecutoria Suprema del 10 de abril de 1997, Exp. N° 2151-96).

Finalmente, no debemos perder de vista que las reglas técnicas de tránsito, si bien son consecuencia de la experiencia y del razonamiento, están establecidas para situaciones de normalidad, sin embargo, pueden ceder ante circunstancias especiales del caso concreto. Aun cuando existen criterios que todavía no se han consolidado, en el sentido que en los delitos culposos también es posible la tentativa.

10.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la muerte de la persona. Cabe señalar que para la existencia de la responsabilidad penal por un delito culposo o imprudente no basta con realizar los actos ejecutivos de una conducta imprudente, es necesario que se produzca el resultado material -la muerte de la víctima-, por tanto no es admisible la tentativa. Si la muerte de la víctima no se produce la conducta es penalmente irrelevante, salvo que se subsuma en otro tipo penal.

10.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

No es posible la participación, por cuanto esta solo tiene sentido en los delitos dolosos, no existiendo una distribución de actividades que le competa a cada uno de los partícipes. En tal sentido, en el caso en que dos o más personas realizan una acción culposa de la cual se deriva un resultado muerte, cada uno de los partícipes responderá a título personal por su falta de cuidado en la realización del hecho. Aun cuando, al igual que para la tentativa, también existen criterios en el sentido que es posible la coautoría, la autoría mediata y las diversas formas de participación en estos casos de delitos culposos; sin embargo, esta es una posición que recién está madurando y en el futuro de verá si se consolida o se descarta.

10.8. CONCURSO

Es muy frecuente el concurso de este delito con el delito de fuga del lugar de accidente de tránsito (Art. 408° CP), o el delito de omisión de socorro; así por ejemplo en el caso del conductor que después de ocasionar un accidente de tránsito, huye del lugar omitiendo dar cuenta del hecho a la autoridad, se deberá apreciar un concurso real de ambos delitos. Igualmente, en el supuesto agravado por uso de arma de fuego en estado de ebriedad, si es que el agente no tuviera licencia para portar dicha arma, responderá por los delitos de homicidio culposo agravado y por delito de tenencia ilegal de arma de fuego.

11. HOMICIDIO A PETICIÓN O PIADOSO

Art. 112°: *"El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años."*

11.1. ANTECEDENTES

Esta norma no tiene precedente en nuestro ordenamiento penal, fue a partir del Proyecto de Agosto de 1985 –en el proceso de reforma del Código Penal de 1924-, que se comenzó a prever esta figura atenuada del homicidio, y a excepción del proyecto de 1990, en todos los demás, se consagró una descripción típica semejante al texto actual[968].

En el derecho comparado consagran legislativamente esta atenuante el Código Penal de Bolivia (Art. 257°: *"Se impondrá la pena de reclusión de uno a tres años, si para el homicidio fueren determinantes los móviles piadosos y apremiantes las instancias del interesado, con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales probablemente incurables, pudiendo aplicarse la regla del artículo 39° y aun concederse excepcionalmente el perdón judicial"*); de Colombia *(Art. 106°: "El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal*

---

[968] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 136.

o enfermedad grave o incurable ..."); de Costa Rica *(Art. 116°: "... al que, movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aun cuando medie vínculo de parentesco")*; de El Salvador *(Art. 130°: "El homicidio causado por móviles de piedad, con el fin de acelerar una muerte inminente o poner fin a graves padecimientos, será sancionado con prisión de uno a cinco años siempre que concurran los requisitos siguientes: 1) Que la víctima se encontrare en un estado de desesperación por sufrimientos observables, que fueren conocidos públicamente y que la opinión de los médicos que la asistan así lo hubiere manifestado; 2) Que el sujeto activo estuviere ligado por algún vínculo familiar, amistad íntima o de amor con el enfermo; y, 3) Que el sujeto pasivo demostrare su deseo de morir por manifestaciones externas de ruegos reiterados y expresos")*; de Paraguay *(Art. 106°: "El que matare a otro que se hallase gravemente enfermo o herido, obedeciendo las súplicas serias, reiteradas e insistentes de la víctima, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años")*; de España *(Art. 143°.4: "El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, ...")*.

11.2. DEFINICIÓN

Al homicidio a petición generalmente se le conoce como *eutanacia*[969], término que está constituido sobre las voces griegas: *"eu"*, bien y *"thanatos"*, muerte; traduciéndose como "buena muerte", "muerte dulce", o "muerte sin dolor". La Real Academia de la Lengua define

[969] Nuestro Código no utiliza este término, quizás por los problemas de naturaleza conceptual que pueden derivarse del empleo de este término; además para muchos autores esta expresión se encuentra desacreditada por el así llamado programa eutanásico de la época nacional – nacionalista, que tenía por objetivo la muerte de los enfermos mentales.

a la eutanasia como la "muerte sin sufrimiento físico y, en un sentido estricto, la que así se provoca sin sufrimiento".

La eutanasia puede definirse como la producción o anticipación de la muerte del enfermo incurable -según el estado actual de la ciencia médica- que se realiza a petición de este,con la finalidad de poner fin a su sufrimiento, por razones humanitarias[970]. En este caso identificamos la eutanasia con el *homicidio a petición,* aun cuando algunos diferencian ambos conceptos indicando que en el segundo existe una petición expresa o tácita, mientras que la primera no está supeditada a tal petición, pudiendo presentarse en casos de pacientes en estado de coma, por ejemplo. Sin embargo, para efectos del análisis del presente tipo penal, en nuestro medio, no necesitamos realizar precisiones al respecto, puesto que la norma expresamente establece que el homicidio debe ser a petición del enfermo.

En este sentido, con la eutanasia se pone fin a la agonía del moribundo, quien más allá de prestar su voluntad informada, expresa o tácitamente, pide al agente de la eutanasia que dé fin a su vida; con ello, dicho agente, cumple una acción solidaria, caritativa o afectiva. De este modo, la eutanasia se diferencia de los llamados *homicidios eugenésicos, económicos o profilácticos* que persiguen finalidades seudocientíficas de preservación y mejoramiento de la raza o de la especie humana, los mismos que configuran actos autoritarios contra la vida.

Se puede diferenciar entre eutanasia en sentido estricto y eutanasia en sentido amplio. La primera se presenta cuando la ayuda es

---

[970] ROMEO CASABONA: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética. Ob. Cit.* pp. 121-122; DIEZ RIPOLLÉS, J. L: *En Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997. p. 226; ROXIN, Claus: *Tratamiento jurídico de la eutanasia.* En Eutanasia y Suicidio. Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal. Ara Editores, Lima, 2008. p. 15 define a la eutanasia como: "La ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitar una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones".

suministrada después de que el suceso mortal comenzó a desarrollarse, es decir, cuando la muerte se encuentra irremediablemente próxima. La segunda se da cuando se causa o colabora con la muerte de una persona que, en realidad, podría vivir todavía más tiempo, pero que quiere poner fin a su vida que le resulta insoportable por causa de una enfermedad grave y terminal[971].

También se distingue entre modalidades de eutanasia, aunque, como ya hemos indicado, para efectos el análisis del tipo penal en comentario, dicha diferenciación no reviste mayor relevancia, puesto que se da el mismo tratamiento a las conductas comisivas, a las omisivas, así como a las de comisión por omisión. En este sentido, se habla de:

11.2.1. EUTANASIA ACTIVA

Consiste en realizar actos dirigidos a concretar o ayudar a la perpetración de la muerte de otro, poniendo fin a su sufrimiento. La acción consiste en causar de manera directa la muerte de la persona que agoniza o sufre; en este caso, el agente produce un curso causal que, ya sea de manera independiente o sobre la base de la acción preexistente, genera de manera directa e inmediata la muerte del afectado[972]. Puede ser *directa:* Cuando la conducta consiste en acortar la vida del paciente mediante actos positivos; esta conducta se enmarca dentro de los alcances del homicidio a petición. O *indirecta:* Cuando la conducta se concreta con la realización de actos perpetrados con la finalidad de eliminar o mitigar los graves padecimientos que sufre la víctima, pero con ello se está acortando la vida del enfermo de modo indirecto[973]; vg., la administración de morfina para paliar los dolores de la víctima, lo que sin embargo, en altas dosis, tiene efectos nocivos para la respiración por depresión de la función respiratoria, lo que

[971] ROXIN, CLAUS: *Ob. Cit.* p. 15.

[972] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 810.

[973] DIEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 232.

obviamente, puede acelerar la muerte, sobre todo, conociéndose la necesidad de administración de dosis cada vez mayores[974].

Sin embargo, existen quienes sostienen que la protección de la vida no abarca en su finalidad, un acortamiento insignificante generado con el objeto de mitigación del dolor, de una vida que se extiende atormentada por los sufrimientos. A esto se contesta arguyendo que ello implicaría negar a la vida que se extingue, la posibilidad de ser protegida frente a posibles acortamientos abusivos[975]. Sin embargo, creemos que estos comportamientos deberían ser impunes ya que el deber de alargar la vida cede frente a la finalidad de atenuar el sufrimiento. Más aún, desde una perspectiva constitucional, una vida más corta, sin graves dolores, es más valiosa que otra mucho más larga acompañada de un sufrimiento insoportable[976]. Una solución contraria implicaría someter al enfermo a *tratos inhumanos y degradantes.* A la vez, si tenemos como referente a la dignidad de la vida humana, se puede sostener que, al médico no solo le asiste la obligación de curar, sino también la de aliviar al enfermo de los dolores o sufrimientos intolerables. En tal sentido, la actuación médica que tenga por finalidad aliviar los graves padecimientos que sufre el enfermo, aun cuando indirectamente provoque el acortamiento de su vida, no crea un peligro típica o penalmente prohibido.

Si en de este contexto, la actuación médica no se ajusta a los deberes objetivos de cuidado, en lo que respecta *a la indicación de la medida terapéutica,* por ejemplo, desde una perspectiva *ex ante,* el tratamiento que escogió el facultativo no fue el más eficaz para lograr un óptimo grado de salud (alivio del sufrimiento) con riesgos mínimos para el paciente, infringiendo de este modo la *lex artis,* ha-

---

[974] ROMEO CASABONA: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana.* p. 421.

[975] ESER, Albin: *Problemas de justificación en la actividad médica.* En Derecho Penal, Medicina y Genética. Idemsa, Lima, 1998. *Ob. Cit.* p. 42.

[976] ROXIN. Ob. Cit. pp. 19-20.

brá una superación del riesgo permitido, lo cual permitirá imputarle el resultado típico a título de culpa o de imprudencia, si el resultado fue previsto o si era previsible[977].

Dos temas que son discutidos en el ámbito de la *eutanasia indirecta*, es si esta solo puede darse en el caso de los moribundos, y si presupone únicamente situaciones gravemente dolorosas para el paciente. Respecto al primer tema, a nivel doctrinal predomina la posición que estima que la aplicación de medios eficaces contra el dolor (pero que acortan la vida), pueden darse incluso en un momento en que el enfermo todavía no está muriendo –es el caso por ejemplo de los enfermos con cáncer, quienes durante semanas o incluso meses, antes del desenlace fatal, padecen de dolores insoportables-[978]. Respecto al segundo tema, la doctrina dominante tampoco encuentra mayor inconveniente para admitir la eutanasia indirecta, en aquellos casos en los que el tratamiento tiene por finalidad mitigar graves situaciones de sufrimiento que no podrían desaparecer de otro modo, vg., el miedo a la asfixia que puede suscitarse a consecuencia de los procesos asmáticos que padece el enfermo[979].

En el tratamiento médico (que puede acortar la vida) para mitigar los graves dolores o las graves situaciones de sufrimiento que padece el enfermo, es indispensable contar con la aprobación del paciente, para lo cual debe ser informado previamente de las consecuencias de su decisión. Caso contrario, la cuestión dependerá de su voluntad presunta, para cuya determinación se deberá tomar en cuenta no solo sus eventuales manifestaciones anteriores, sino el grado de cercanía de la muerte, su probabilidad, la medida en que se acorta la vida, así como la dificultad para soportar el dolor.

---

[977] ROMEO CASABONA: *El derecho y la bioética...* pp. 429-430. En nuestro medio CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 783.

[978] ROXIN: *Ob. Cit.* pp. 20-21; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 781.

[979] ROXIN: *Ob. Cit.* p. 21; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 782.

11.2.2. EUTANASIA PASIVA

En esta el comportamiento se concreta al no adoptar medidas tendientes a prolongar la vida del paciente que está llegando a su fin, omitiendo o interrumpiendo el tratamiento médico, con dicha finalidad; este comportamiento, obviamente le es imputable normalmente al médico o sus auxiliares. En esta modalidad pueden presentarse 3 situaciones:

i) Cuando la omisión de las medidas tendientes a prolongar la vida, *son adoptadas de acuerdo con el deseo del paciente.* En estos casos, en virtud del principio "*solo decide el paciente*", consideramos que el hecho es impune (aun cuando a la vista de un observador imparcial esta conducta puede aparecer irresponsable[980]); pues, resulta inadmisible tratar a un paciente en contra de su voluntad, vg., si alguien que sufre de cáncer renuncia a una operación, que únicamente va a alargar su vida, esta operación simplemente no debe llevarse a cabo[981]; lo cual no obsta a que obligatoriamente se informe al paciente de la magnitud de su renuncia y de las consecuencias de ella.

Siguiendo a ROXIN, consideramos que aquellos casos en los que a petición del paciente, se le desconecta de un aparato de respiración artificial, en donde la presión del interruptor es un hacer, a pesar de ello, este acto debe ser interpretado normativamente como *un cese del tratamiento*, en consecuencia como una omisión en sentido jurídico, que al apoyarse en la voluntad del paciente, resulta ser impune[982].

---

[980] ROXIN: *Ob. Cit.* p. 24, citando el caso de la madre con cuatro hijos que por motivos religiosos se niega a una transfusión de sangre que puede salvarle la vida.

[981] Al respecto debemos tener presente que en el art. 4° (primer párrafo) de la Ley General de Salud se reconoce el derecho del paciente si acepta o no un determinado tratamiento de su enfermedad.

[982] CASABONA: *Ob. Cit.* p. 131: "... Se ha venido discutiendo si la desconexión de determinados aparatos sustentadores de funciones vitales constituye

La interrupción del tratamiento puede ser realizada por un médico o por un particular, al respecto no hay mayor inconveniente, vg., un familiar o alguien encargado del cuidado del paciente[983].

ii) Cuando la omisión de las medidas tendientes a prolongar la vida, *son adoptadas en contra del deseo del paciente o cuando no ha manifestado nada al respecto*, de acuerdo a nuestra legislación, existe un homicidio en comisión por omisión, ya que la inactividad ha conducido a la muerte del paciente, y el omitente –médico o pariente-, ocupa una posición de garante. En caso de no existir tal posición de garante, podrá entrar en consideración la punibilidad por una omisión del deber de socorro.

En el caso de que el tratamiento omitido no contribuya a la prolongación de la vida, o cuando no contribuya a mitigar el

---

normativamente una conducta activa o pasiva, lo que significa preguntarse si el hecho es punible o impune. Si no cabe duda de que, aisladamente considerada, una desconexión de esta naturaleza es un comportamiento activo, no es menos cierto que la valoración global del hecho es omisiva, en cuanto supone interrumpir o continuar un tratamiento determinado en este caso vital (un respirador)". Entre nosotros CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 790, coincide que en estos casos, desde una perspectiva normativa, estamos ante un caso de cese de un tratamiento.

[983] En un caso conocido por el Tribunal de Ravensburg en el año 1987, se enjuicio a un hombre que cuidaba a su mujer enferma que padecía de una parálisis progresiva, finalmente cuando fue ingresada moribunda al hospital fue conectada a un aparato de respiración artificial, lo cual le hizo experimentar un tormento insoportable, y en uso de sus facultades mentales, con ayuda de una máquina de escribir eléctrica especial con la que podía hacerse entender, hizo la siguiente declaración: "Quiero morir porque mi situación es insoportable. Cuanto más rápido mejor. Lo deseo de todo corazón", y de acuerdo a esa petición su marido la desconecto del aparato de respiración artificial, aprovechando un descuido de los médicos. De esta manera si se considera que este acto constituye un comportamiento activo, habría existido en nuestro caso un homicidio piadoso, pero considerada la "interrupción técnica del tratamiento" como una eutanasia pasiva aplicada con la aprobación del paciente, el marido queda impune.

dolor del paciente, consideramos que la omisión es impune, ya que no se puede exigir al profesional médico realizar una actividad carente de sentido, que más bien le apartaría de sus verdaderas funciones.

iii) Cuando la omisión de las medidas tendientes a prolongar la vida, *son adoptadas en mérito a la voluntad presunta del paciente que se encuentre en una situación en la que no puede expresar su voluntad,* caso de los pacientes en coma profundo, la solución resulta muy complicada; sin embargo, consideramos que el tratamiento no puede interrumpirse sino se establece la voluntad presunta de morir del paciente en coma, para lo cual atendiendo al caso concreto deberán tomarse en cuenta sus manifestaciones previas, ya sean orales o escritas –testamentos eutanásicos o instrucciones previas-, así como sus convicciones religiosas u otros valores personales, su expectativa de vida de acuerdo a su edad o al padecimiento de dolores. En caso de duda, la protección de la vida tiene preferencia sobre las convicciones del médico o de sus parientes cercanos[984].

11.2.3. EUTANASIA "PRECOZ"

Es la referida a la posibilidad de la interrupción de la vida de un recién nacido, que obviamente no está en condiciones de expresar su voluntad. Este caso escapa propiamente a la eutanasia que estamos tratando (homicidio a petición); se trata pues, de niños cuya viabilidad está descartada, o de niños que presentan enfermedades graves irreversibles genéticas o congénitas que les causa dolores o sufrimientos insoportables. No se considera dentro de estos a niños con malformaciones o deformaciones estéticas.

En estos casos, la posibilidad de curación debe quedar descartada conforme al avance de la ciencia médica o de las proyecciones de la misma. En caso de duda acerca del pronóstico deberá decidirse a

---

[984] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 791.

favor del tratamiento del menor, cualquiera que este sea y cualquiera que pudiera ser su costo; pero claro, este tratamiento debe existir y significar una esperanza de tratamiento del menor, descartándose los tratamientos que solo signifiquen un alargamiento innecesario de los sufrimientos sin lograr estabilizar su salud[985].

11.3. ENTRE EL HOMICIDIO A PETICIÓN Y LA INSTIGACIÓN O AYUDA AL SUICIDIO

Resulta muy difícil la delimitación entre el homicidio piadoso y la instigación o ayuda al suicidio, piénsese por ejemplo en el caso del sujeto que al padecer de un cáncer incurable que se le extiende al cerebro, causándole dolores insoportables, toma un veneno (cianuro potásico), que le fue proporcionado por un médico y fallece al poco tiempo de un modo apacible, sin visos de agonía penosa.

La posición mayoritaria sostiene que para delimitar ambas figuras, es necesario establecer quién tiene el dominio último del acto que conduce irremediablemente a la muerte. Si este dominio lo tiene el tercero, ya sea porque inyecta o dispara a la víctima, estamos dentro de los alcances del homicidio a petición; si por el contrario, es el mismo suicida quién tiene el dominio último de su muerte, cuando por ejemplo el mismo se dispara o inyecta, cabría responsabilizar al tercero –en el ejemplo propuesto: el médico-, si este proporcionó el arma, la inyección, o veneno, conociendo el destino que le iba a dar el suicida a dichos medios, por el delito de ayuda al suicidio conforme lo prevé el art. 113° del CP.

Para los efectos de la determinación de la pena, en este último caso, debemos tener en cuenta que la pena conminada para la instigación o ayuda el suicidio comprende una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, es decir superior en su grado máximo a la del homicidio piadoso, en un año, por lo que, en aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la

[985] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 466.

pena a imponerse en estos casos -cuando se colabora en la muerte de un suicida enfermo aquejado por los insoportables dolores que le produce su enfermedad- no debe ser mayor a los tres años[986].

Un caso que puede presentarse problemático, es el que fue conocido por el Tribunal Federal Alemán *("caso Scophedal")*, en el cual un sujeto había decidido quitarse la vida, en pleno uso de sus facultades, inyectándose un analgésico con fuertes efectos narcóticos *(Scophedal)*, como creía que sus fuerzas no le iban a ser suficientes, pidió la ayuda de su sobrino. Después de inyectarse el analgésico cayó en un estado de sueño profundo, pero cuando llegó el sobrino, y por temor a que la tentativa de suicidio fracase, le suministró otra inyección adicional. El sujeto terminó por fallecer una hora después, pero también probablemente hubiera fallecido como consecuencia de la inyección que el mismo se aplicó. El Tribunal Supremo Federal castigo al sobrino por homicidio a petición, ya que el sobrino con su acción acortó aún más la vida del tío, y por tanto, es un comportamiento homicida de acuerdo a las reglas de la causalidad e imputación[987].

11.4. INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE HOMICIDIO A PETICIÓN

La eutanasia suscita los más profundos debates, no solo en el ámbito del Derecho penal, sino que comprende a otras ciencias como la sociología, la medicina, la antropología e incluso la propia política y la religión.

---

[986] Cabe señalar que para nosotros la tipificación del homicidio piadoso es inconstitucional, y por los mismos fundamentos que se van a analizar en el siguiente punto, consideramos que la ayuda al suicidio, en los casos en que este sufre una enfermedad incurable que provoca insoportables dolores, también debe ser impune desde un análisis constitucional.

[987] ROXIN es de otra posición, pues, entiende que el tío, de propia mano, había puesto en marcha su muerte de manera irreversible, por lo tanto la ayuda posterior del sobrino, al suministrar una inyección adicional, es una promoción insignificante de la marcha del acontecimiento, constituyendo una mera complicidad de ayuda al suicidio.

Algunos autores como RODRÍGUEZ MOURULLO señalan que el precepto constitucional que consagra el "derecho a la vida es argumento inobjetable para asentar la prohibición de la eutanasia, siendo este derecho una garantía frente al Estado que lo obliga a respetar y proteger la vida de todos[988]; mientras que otros autores como CARBONELL MATEU, consideran que una interpretación integradora de vida y libertad, obliga a considerar que solo la vida libremente deseada por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido[989].

Existe un consenso en señalar que el derecho a la vida, constituye el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder, no tiene sentido o deviene inútil, ante la inexistencia física de un titular al que le pueden ser reconocidos[990]; sin embargo, respecto a la problemática del deber de vivir, cuando se sufre de una grave enfermedad incurable que causa intolerables dolores, se pueden distinguir dos posiciones: a) Los que asumen la tesis de la santidad de la vida, según la cual, este derecho merece una protección absoluta, independientemente de las condiciones en las que se encuentre su titular, pues, la muerte debe llegar únicamente por medios naturales, siendo inadmisible cualquier forma de eutanasia; y, b) Los que sostienen que la protección a la vida no debe socavar la expectativa de una vida *"cualitativamente valiosa"*, por lo que el individuo puede decidir si continúa o no con vida, cuando las circunstancias concretas no la hacen deseable ni digna de ser vivida.

---

[988] Contrariamente, a juicio de BUSTOS RAMÍREZ, la previsión constitucional tiene un sentido garantista que en ningún caso podría limitar la voluntad del sujeto, el único mandato deducible es, por tanto, el deber del Estado de favorecer la vida y no de impedir la libre disposición de su titular. Hecho que se ve confirmado por la irrelevancia jurídico penal del suicidio. Citado por VALLE MUÑIZ, José Manuel: *Comentarios al Nuevo Código Penal.* p. 698.

[989] CARBONELL MATEU, Juan Carlos en Tomas Vives Antón (Ed.): *Comentarios al Código Penal de 1995*Vol II. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. p. 749.

[990] STC Exp. Nº 2012-2004-AA/TC (FJ 25).

Para resolver este problema debemos recurrir a los valores que informan nuestra Constitución Política. Así el artículo 1° de este cuerpo normativo, establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Esto significa que la dignidad de la persona es un valor supremo, y cualquier derecho fundamental debe comprenderse desde esa perspectiva. En este sentido se ha señalado que: "*...la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse* a priori, *es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona*"[991].

Desde esta perspectiva, si todos los derechos se reconducen al principio-derecho de la dignidad humana, la vida no puede verse como algo simplemente sagrado, sino que implica también el derecho de *vivir adecuadamente en condiciones de dignidad.* En consecuencia, nadie puede ser obligado a continuar viviendo, cuando por las circunstancias extremas en que se encuentre su titular –padecimientos oprobiosos-, su existencia no es compatible con su propia dignidad.

Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no deben ser interpretados de manera absoluta, por el contrario deben armonizarse entre sí con los demás bienes y valores protegidos por nuestra Constitución; pues, de lo contrario, la convivencia social y la vida institucional serían imposibles.

Es desde esta perspectiva que debe interpretarse la protección que dispensa nuestra Constitución al derecho a la vida; pues esta

[991] STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC (FJ.21).

obligación no implica que el Estado deba protegerla de un modo absoluto, prescindiendo de la autonomía y la dignidad de sus titulares. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado: "*Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas los planes de acción social del Estado, suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas. Consecuentemente, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares*"[992]. Por ello, nuestro legislador ha contemplado[993], que toda terapia debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede rehusar determinados tratamientos que si bien objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica, son incompatibles con sus más hondas convicciones personales. El derecho a la vida, como todo derecho fundamental, no es absoluto; por consiguiente, el deber de garantizarlo tampoco es absoluto, y este deber puede encontrar límites en la decisión de los individuos, respecto de aquellos asuntos que les conciernen.

De todo lo expuesto se puede colegir que el deber del Estado de proteger la vida de sus ciudadanos, debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

Bajo este contexto, consideramos que no solo en aquellos casos en los que nos encontramos frente a *enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal de protección debe ceder*[994], sino en todos los casos en los que se encuentre frente a un

---

[992] Exp. N° 2015-2004-AA/TC.

[993] Art. 4 de la Ley General de Salud.

[994] La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-239, de fecha 20MAY97 señalo respecto a los enfermos terminales que: "...El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo

consentimiento informado del paciente, que desea morir de manera digna, ya que no está optando entre la muerte y varios años de vida plena, sino de morir en condiciones que él considera adecuadas a su dignidad; una interpretación opuesta para estos casos, que condene a una persona a prolongar su vida, ya sea por tiempo escaso o no, pese a sufrir dolores intolerables *es inconstitucional*, pues equivaldría a dispensarle un tratamiento cruel e inhumano, anulando no solo su dignidad sino su autonomía personal en aquellos asuntos que solo le incumben a él.

En conclusión, el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo en situaciones extremas, y que solicita de manera expresa la ayuda a morir, cuando sufre una enfermedad incurable que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad; en tal sentido, tampoco se puede sancionar al tercero, que le ayuda a hacer uso de tal opción, ya que en este caso "... *la actuación del sujeto activo carece de antijuricidad, porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquel que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide que le ayuden a morir*"[995].

---

y que solicita que le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el artículo (...) considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción".

[995] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-237 de fecha 20MAY97: "*(....) el consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, en consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y en cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomare la decisión. Por ello la Corte concluye que el sujeto activo debe*

En nuestro medio asume esta tesis VILLA STEIN[996], quién señala que este tipo penal colisiona con lo dispuesto en el art. 1° de nuestra Constitución, pues se mata por piedad y en salvaguardia de la vida y muerte digna, dirigido por un acto supremo de amor, que no puede ser castigado sin caer en la inmoralidad y la estupidez. PEÑA CABRERA[997], si bien no se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de este tipo penal, señala que la eutanasia no es antijurídica, ya que no solo se funda en la autonomía y la libertad de la persona, sino que se alimenta del principio de solidaridad social; en estos casos –agrega- se alza enfáticamente el sentido y la dignidad de la muerte por sobre la vida, ya que las posibilidades de humanidad han desaparecido, y el suicidio, el morir con dignidad, aparece como el intento de dar sentido a una vida que ya ha perdido significación[998].

La posición que aquí se asume no impide, sin embargo, el análisis dogmático de esta figura penal, conforme se verá a continuación, pues muchos de los criterios que se van a desarrollar, van a permitirnos establecer *prima facie* si estamos frente a un homicidio por piedad o no, y solo después de ello, el Juzgador decidirá si dicha figura merece ser sancionada penalmente o no, en este último caso, por ser inconstitucional, como se viene sosteniendo, no deberá ser sancionada.

---

ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren"

[996] *Ob. Cit.* p. 135.

[997] *Ob. Cit.* p. 154.

[998] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 810, considera que dejar de castigar los casos de eutanasia activa importaría privar a la vida del valor ético-social que está presente en los miembros de la comunidad.

11.5. TIPO OBJETIVO

11.5.1. SUJETOS

Agente del delito, puede ser cualquier persona, no requiriéndose ninguna vinculación de parentesco entre este y el sujeto pasivo, así como tampoco la actividad que desarrolle o la profesión que desempeñe.

El Sujeto Pasivo, es un sujeto determinado: "el enfermo incurable".

El tipo penal requiere que el sujeto padezca de una *enfermedad*, es decir, que sufra una alteración de su salud. Al respecto CARBONELL MATEU considera que si no se quiere llegar a una situación absurda y sumamente discriminatoria, habrá de interpretarse el término "enfermedad" extensivamente, de manera que también se consideren las alteraciones de la salud y calidad de vida que no procedan de un proceso patológico natural, congénito o adquirido, sino también las derivadas de cualquier traumatismo vg., un accidente[999].

Esta enfermedad debe ser *incurable*, es decir, que el enfermo, según la ciencia médica, no tenga posibilidades de recuperación, o que por los daños irreparables o irreversibles sufridos en el cuerpo, ya no se pueda curar, siendo indiferente que el enfermo vaya o no a fallecer[1000]. Si bien la incurabilidad tiene una connotación netamente científica y médica, para lo cual se requiere el auxilio de los peritos médicos a fin de poder determinar aquella circunstancia[1001], no debemos dejar de lado, como bien señala GÓMEZ LÓPEZ, que la incurabilidad de la enfermedad es algo que ha de valorarse atendiendo a las particulares condiciones objetivas y subjetivas, no solo del enfermo sino del autor del delito, es decir, si de las condiciones que

---

[999] CARBONELL: *Ob. Cit.* p. 763.

[1000] BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 69.

[1001] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 146.

lo impulsaron a obrar podía racionalmente inferir que la víctima no tenía salvación y que estaba abocada a la muerte o a padecimientos incurables[1002].

El tipo no exige que se trate de enfermos terminales, por lo que puede comprender además a aquellos que padecen de una enfermedad que no provoca una muerte próxima, pero que padecen intolerables dolores (físicos o psíquicos), vg., a los parapléjicos, tetrapléjicos o con invalidez general por atrofia nerviosa o muscular[1003]. Se pueden incluir a los enfermos crónicos[1004] siempre que la enfermedad padecida sea incurable y provoque dolores intolerables.

De otro lado, se exige que la víctima esté padeciendo "*intolerables dolores*", de tal forma que si la enfermedad incurable que el sujeto pasivo padece no trae consigo *sufrimiento y dolor* intenso, no estaremos ante un homicidio por piedad; este requisito debe constarle al sujeto activo, no es suficiente que un tercero le haya comunicado tal circunstancia[1005].

[1002] GÓMEZ LÓPEZ, Orlando: *El homicidio*, Tomo II. Temis, Bogotá, 1997. p. 96; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* pp. 136-137: "(...) no puede tratarse de cualquier enfermedad para lo cual la ciencia médica no conoce la manera de curarla y, de otro lado, que la noción de incurable es una noción relativa que debe precisarse de acuerdo con las circunstancias sociales y personales particulares del caso concreto. Una enfermedad curable en la Capital puede ser incurable en el interior del país y, sobre todo, si la persona enferma o su familia no tiene los medios financieros como para trasladarla y curarla"; De la misma opinión PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 165; SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 199; VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 68.

[1003] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 276.

[1004] En Medicina, se denomina enfermedad crónica a aquella patología de larga duración, cuyo fin o curación no puede preverse claramente o no ocurrirá nunca. Una enfermedad crónica no siempre es incurable. Sólo que esta curación es impredecible y siempre será en plazos largos. Por ejemplo: algunos casos de asma o bien la falla renal crónica.

[1005] BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 69.

La apreciación de este padecimiento tiene *connotaciones subjetivas*, es decir no se requiere una apreciación médica sobre la situación real de este padecimiento, sino que basta la representación subjetiva del agente, de que estos dolores, son realmente intolerables (graves e intensos), y que producen un desmesurado sufrimiento a la víctima[1006]. Este padecimiento debe ser *permanente* aunque puede manifestarse de manera cíclica. Una interpretación restrictiva puede conducirnos a sostener que la fórmula: "intolerables dolores" únicamente hace referencia a los padecimientos físicos y no a los padecimientos psicológicos; sin embargo esta perspectiva es errada ya que no existe ninguna razón válida para excluir esta última del tipo *in comento*[1007].

11.5.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en matar a otra persona "enfermo incurable", siendo cometido este delito a través de una conducta activa o de una comisión por omisión[1008]. No interesa el medio empleado, la forma o el procedimiento de cómo debe realizarse el homicidio[1009].

Son elementos fundamentales establecidos en la presente figura penal: la petición expresa y consciente de la víctima para acortar su vida y el móvil de piedad que impulsa al autor[1010]. Asimismo, se requiere

---

[1006] SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 201; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 827, refiere que la determinación de los dolores insoportables debe estar sometida a criterios de valoración concreta, atendiendo al caso particular, relacionada con la especial situación del enfermo; por lo cual sólo se pueden recurrir a parámetros objetivos.

[1007] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 137 apelando a la *ratio legis* de la norma; SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 200.

[1008] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 146; SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 198. CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 773.

[1009] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 815.

[1010] Contrariamente el Código Penal Español de 1995 ha prescindido de la exigencia de móvil alguno, coincidiendo con las posiciones que ponen énfasis en la voluntad y condiciones del afectado y no del autor. Con este

que los actos dirigidos a ocasionar la muerte del enfermo incurable, estén directamente encaminados a producir la muerte, o que exista relación causal entre la omisión, teniendo el agente la posición de garante (comisión por omisión).

a) Manifestación expresa y consciente

El art. 112° del CP exige una petición o solicitud -que es más que un simple consentir-, expresa y consciente por parte del sujeto pasivo; con ello se resta validez al consentimiento tácito o presunto, o a cualquier otra presunción. Se debe verificar que la iniciativa haya partido del mismo afectado[1011]; nota que diferencia a esta figura de un simple homicidio consentido. Esta petición puede expresarse de manera escrita o verbal. Puede ocurrir que la solicitud de muerte haya sido expresada a terceros, y no al autor de la muerte, en cuyo caso estimamos que se ha cumplido con este requisito[1012], razón por la cual no vemos mayor inconveniente para aceptar casos de representación o mandato expresamente establecidos por el enfermo capaz para autodeterminarse, no así cuando se trata de un menor o un incapaz que no poseen capacidad de juicio o comprensión, en estos casos no cabe que los representantes legales puedan formular la petición en su lugar[1013]. El *testamento vital o instrucciones previas* pueden considerarse como petición expresa[1014].

---

criterio se corre el riesgo de aplicación de esta forma atenuada a quien obra por móvil distinto; incluso por simple interés económico o por cualquier otra razón incluso más baja.

[1011] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p 820.

[1012] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 275, quién precisa que si el autor no conocía la petición de la víctima, cometería un homicidio putativo impune, debiendo imponérsele únicamente la pena del art. 143.4.

[1013] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 133

[1014] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 275.

No nos afiliamos a la posición que considera que la petición puede ser expresada a través de actos concluyentes inequívocos[1015], ya que en estos casos aún nos movemos dentro del ámbito de la manifestación tácita de voluntad, la cual se debe establecer por deducción a partir de los actos o hechos concluyentes.

La petición o solicitud debe ser *inequívoca*, es decir, no debe dejar dudas o ambigüedades sobre la pretensión del sujeto de morir, no siendo suficientes las manifestaciones de desesperanza o de lamento por los padecimientos que sufre[1016].

La petición o solicitud debe ser anterior o simultánea a la acción de matar[1017]; además debe ser *consciente*, es decir, debe ser meditada y firme, después de tomar conocimiento pleno de su situación, pronóstico y posibilidades de tratamiento; en otras palabras, la voluntad no debe verse enmascarada por situaciones *momentáneas* de depresión, desánimo o desesperación[1018].

Respecto a la capacidad para formar y expresar la voluntad, basta comprobar la capacidad de juicio del solicitante, es decir, de su capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la decisión. Este aspecto se determina atendiendo a las circunstancias personales y a la madurez del solicitante, de acuerdo a su situación concreta, sin sujeción a las reglas de ordenamiento penal o civil. En el caso de menores de edad basta que tengan la capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de su decisión[1019]. Se entiende que esta

---

[1015] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 822.

[1016] GONZÁLES RÚS: *Ob. Cit.* p. 66.

[1017] CASTILLO ALVA. *Ob. Cit.* p. 819.

[1018] CASABONA: *Ob. Cit.* p. 134.

[1019] CARBONELL MATEU: *Ob. Cit.*, p. 761 sostiene que: "Cualquier regulación sobre la eutanasia habrá de considerar, pues, los siguientes puntos: primero, habrá de atenderse a la libertad del sujeto pasivo; segundo, habrá de asegurarse la libertad con que ésta es emitida; tercero, no cabrá la suplantación de la

solicitud o petición del sujeto, no deben tener origen en una voluntad viciada por el engaño o la amenaza.

Particular dificultad presentan aquellos casos de personas inconscientes[1020], niños de corta edad, o de enfermos con graves deficiencias psíquicas, que no pueden manifestar por sí la voluntad que reclama el precepto, que sin embargo, debido a la enfermedad incurable que padecen sufren dolores intolerables[1021]. En estos casos, aun cuando desde una perspectiva de *lege lata*, no podemos aceptar la posibilidad de aplicación de este tipo penal, consideramos que hubiera sido preferible conceder razonablemente, la posibilidad de prestar el consentimiento o realizar la petición a los representantes legales del menor o de las personas inconscientes. En este sentido, creemos que debe modificarse nuestra norma penal.

11.6. TIPO SUBJETIVO

Se requiere necesariamente el dolo. Además, ha de concurrir un elemento subjetivo del tipo: el móvil de *piedad*[1022]; la presencia de otra

---

voluntad del paciente por terceros: en tal sentido, debe llamarse la atención sobre la problemática de los menores o incapaces, sobre quienes la aplicación de medidas eutanásicas supondría una suplantación de la voluntad sumamente discutible; cuarto, la constancia de la voluntad, en las condiciones señaladas ha de trascender a todos los ciudadanos, para los que surge un deber de respeto a la decisión, cuya obstaculización o impedimento injustificado podrá, en su caso, dar lugar a las consecuencias jurídicas previstas en el Código Penal en orden a la tutela de la libertad y la seguridad.

[1020] En estos casos la doctrina comparada está aceptando la validez de los *testamentos vitales*, en virtud de los cuales el sujeto manifiesta expresamente qué debe hacerse en el caso de que llegare a encontrarse en una situación como la que describe el tipo *in comento*.

[1021] En la doctrina nacional niegan la aplicación del homicidio piadoso en estos supuestos: SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 201; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 147; Una solución distinta asume BRAMONT ARIAS -GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 68, quienes consideran que estos casos deben solucionarse aplicando una causal de justificación, específicamente, el estado de necesidad.

[1022] En la legislación comparada el Código Penal Español de 1995, en el art. 143°.4 hace una descripción puramente objetiva de los presupuestos de la

motivación en el agente –vg., la finalidad de quedarse con la herencia, de vengarse por un amor no correspondido-, excluye esta atenuante, posibilitando la calificación de un delito de homicidio o asesinato.

El móvil de "piedad" concurre cuando el homicidio es impulsado por un sentimiento piadoso o misericordioso de mitigar los sufrimientos que viene padeciendo una persona. En tal sentido, no se requiere, a los efectos de esta atenuante, verificar que la muerte del paciente fue el único camino para acabar con los dolores insoportables del enfermo, solo basta constatar que el homicidio fue producido con el fin de acabar con los dolores insoportables que padecía la víctima[1023].

El agente incurre en un error de tipo si desconocía el carácter incurable de la enfermedad; si no llegó a tener conocimiento que el enfermo solicitó o peticionó su eliminación, como se ha indicado, estará incurso en un delito de homicidio putativo debiéndosele imponer la pena del homicidio a petición.

11.7. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la muerte de la persona. Este tipo penal admite la tentativa, al ser un delito de resultado, requiriéndose para la tentativa que el sujeto dé comienzo a la ejecución del delito a través de actos encaminados a su ejecución.

---

atenuación de responsabilidad, refiriéndose a la situación del sujeto pasivo (petición, enfermedad grave), pero sin exigir propósito, ánimo o intención alguna en el cooperador o causante de la muerte.

[1023] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 826.

12. INSTIGACIÓN Y AYUDA AL SUICIDIO

Art. 113°: *"El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.*

La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actúa por un móvil egoísta."

12.1. EL SUICIDIO

12.1.1. ANTECEDENTES

La decisión de no intervención del Derecho penal en una conducta suicida tiene arraigo en nuestra cultura desde el Proyecto de 1859; sin embargo, esto no siempre fue así, basta recordar que en el Código Penal de Santa Cruz (1836), se sancionaba al suicida frustrado con el arresto de un mes a un año en un hospital, y con sujeción a la vigilancia especial de su administrador y de su médico por el mismo tiempo (Art. 519°); pero si el suicida era sorprendido en tentativa de suicidio, dicha medida se ejecutaba en la cárcel o establecimiento donde se encontraba (Art. 520°)[1024].

[1024] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 141, quien precisa que el arresto del suicida impedido de lograr su objetivo, no constituía una pena sino una medida que tenía la finalidad de evitar nuevas tentativas de suicidio.

a) Fundamento de la impunidad del suicidio

Por razones de política criminal, el suicidio es impune en nuestro ordenamiento penal[1025], aun cuando se dice que se trata de un acto ilícito contrario a los intereses de la sociedad y el Estado. Sin embargo, sostener la ilicitud no nos parece correcto, pues, como ya se ha señalado, el ciudadano puede disponer libremente de su propia vida[1026], criterio que se deduce del propio contenido de nuestra Constitución. En tal sentido, *el suicidio no es un hecho ilícito o antijurídico*[1027]. Ahora bien, el respeto a la libertad individual tampoco autoriza a su titular a dejar voluntariamente a este bien jurídico en manos o bajo el dominio de terceros, vg., garantizar una prestación con la vida, o el que en el juego a la "ruleta rusa" permita que otro le dispare con un arma; pues, en este supuesto el sujeto ya no realiza una mera disposición –pues ya no mantiene el control del suceso-, sino que estaría efectuando una renuncia al derecho a la vida frente a un tercero, lo cual esta constitucionalmente proscrito, ya que la vida, como cualquier otro derecho fundamental, es irrenunciable. En ese sentido, la disponibilidad de la vida es una facultad personalísima que no se extiende a los terceros[1028].

Ahora bien, que el suicidio sea impune no obsta para que el Estado pueda intervenir penalmente, respecto de las personas que participan en él, en virtud del *interés directo* que tiene el Estado en la protección de la vida de sus ciudadanos, con la finalidad de prevenir abusos; más aún, si el suicidio en la mayoría de los casos se presenta como un aprendizaje defectuoso en un determinado medio socio cultural, en el

---

[1025] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 150; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 66.

[1026] Desde esta perspectiva impedir violentamente un suicidio constituiría un delito de coacciones, pero que en todo caso deberá resolverse aplicando el estado de necesidad.

[1027] Por todos GONZÁLES RUS; *Ob. Cit.* p. 79; ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 95; PEÑA CABRERA: *Ob.Cit.* p. 150.

[1028] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 850.

que los actos de instigación o auxilio pueden constituirse en factores que acentúen el riesgo de consumación de la tendencia suicida[1029].

Sostener por un lado, que el suicidio no es antijurídico, y por otro, que la ayuda o participación por parte de terceros en este hecho ilícito, sí lo es, aparentemente encierra una contradicción; sin embargo, no existe tal, puesto que no se sanciona al instigador por su participación accesoria en el hecho del suicida, sino de modo autónomo por la acción que dicho instigador realiza en contra del derecho a la vida; en este caso el suicidio en sí no fundamenta la punibilidad sino la propia acción realizada por el instigador.

HURTADO POZO señala que la represión de la instigación o la ayuda al suicidio se debe explicar como un esfuerzo para salvaguardar la libertad del titular del derecho a la vida, y de impedir acuerdos sobre la disponibilidad de este derecho, por cuanto el simple consentimiento no basta para su cesión o renuncia[1030].

b) Definición jurídico-penal del suicidio

Etimológicamente el término suicidio proviene del latín *sui* "sí mismo" y *caedere* "matar". Según el diccionario de la Real Academia se entiende por suicidio a la acción y efecto de "quitarse violenta y voluntariamente la vida".SILVA SÁNCHEZ afirma, "...suicidarse (*seoccidere*) es un término que incorpora inequívocas connotaciones de *autoría*; y por ello el verbo se conjuga en forma reflexiva. Suicidarse es matarse a uno mismo, es una conducta en la que autor y víctima

---

[1029] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: En *Compendio de Derecho penal. Parte especial. Vol.I.* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 2003. p. 251; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 851, señala que la criminalización de esas conductas responde a criterios preventivo generales y al deseo de evitar el resquebrajamiento del respeto del derecho a la vida, mediante conductas de participación en el suicidio.

[1030] *Ob. Cit.* p. 144, precisando además que el derecho a la vida no significa la obligación de seguir viviendo en contra de la voluntad de su titular.

coinciden"[1031]. En ese sentido, el suicidio puede ser definido como la provocación violenta y voluntaria de la muerte por uno mismo. Es violenta porque supone la aparición de un proceso distinto a la muerte natural; y voluntaria porque existe la decisión o intención de quitarse la vida.

c) Características del suicidio

Conforme se desprende de su definición el suicidio es un acto netamente *personal*[1032]. El suicida es el único autor, él tiene el dominio último del proceso de producción de su muerte, lo que supone que el suicida dirige y controla todo el proceso, al menos hasta que pierda la conciencia o el proceso en sí se vuelva irreversible, teniendo la posibilidad de interrumpir dicho proceso en cualquier momento[1033].

El que conjuntamente con el suicida comete el acto en que consiste el suicidio, responderá por el delito de homicidio, parricidio o asesinato, dependiendo de las circunstancias, vg., cuando implique la utilización de medios que ponen en peligro la vida o salud de terceros, pues la acción realizada por el tercero constituye la acción material de matar[1034].

A diferencia de los supuestos de cooperación, participación o inducción, en que el partícipe o inductor únicamente responde por el delito cometido por el autor (no existiendo una calificación específica y autónoma por el hecho del partícipe), en el caso del suicidio la calificación de la conducta del partícipe o inductor es autónoma y configura delito (de ayuda al suicidio) a pesar que la conducta del "autor-suicida" no resulta penalmente relevante.

[1031] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Estudios sobre los delitos de omisión*. Grijley, Lima, 2004. Ob. Cit. p. 175.

[1032] CASABONA: *Ob. Cit.* p. 98.

[1033] CASABONA: *Ob. Cit.* p 100.

[1034] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 146.

Se ha discutido mucho si el acto suicida también puede desarrollarse en virtud de actos omisivos (*suicidio pasivo).* Al respecto, consideramos que no existe mayor inconveniente, vg., cuando se interrumpe un tratamiento médico, se rechaza un determinado medio salvador, o se rechaza la ingesta de alimentos.

Cuando se señala que el suicidio es un *acto voluntario*, se debe entender que se está haciendo referencia a un acto en el cual el sujeto presenta *voluntad de matarse;* no estamos ante un acto voluntario, cuando se coloca a la víctima en la disyuntiva de perder su honra o suicidarse, o aquellos casos en que la víctima muere al arrojarse, presa del terror, de un vehículo en marcha a fin de evitar su ultraje sexual o robo. En estos casos no cabe hablar siquiera de inducción al suicidio, debiendo responder el autor por un delito de homicidio o asesinato según las circunstancias. No existirá acto de voluntad en el *simple hecho de dejarse morir* (*suicidio pasivo)*, cuando alguien se negara a recibir una transfusión de sangre por sus creencias religiosas, o rechaza un determinado medio salvador a favor de otro menos seguro o más complejo -el caso de quien se niega a tomar un medicamento que es esencial para su vida-, y los casos de interrupción de un curso salvador ajeno, como rechazar un tratamiento vital, vg., los casos de huelga de hambre o de rechazo de la transfusión de sangre por motivos religiosos[1035];

[1035] DÍEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 215; SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 175. En contra BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 257, quién señala que, en los casos del testigo de Jehová que se niega a la transfusión de sangre o del que asume una huelga de hambre, la persona quiere vivir, pero no a toda costa, ni a cualquier precio, por tanto estos actos ni psicológica ni jurídicamente, pueden ser calificados como suicidio; sin embargo consideramos que no es correcta esta tesis, pues como se ha señalado no interesa tanto el deseo de morir, sino la conducción voluntaria del proceso que ha de llevar a ese resultado.

La voluntad suicida *no debe estar viciada* por la violencia o intimidación (física o psicológica[1036], coacción o amenaza grave), por error derivado del engaño u otro medio fraudulento, siempre y cuando se afecte a la cualidad letal de la acción, vg., se induce a una persona desprevenida a que sujete un cable eléctrico de alta tensión[1037]. Por el contrario, es irrelevante el error en los motivos, cuando por ejemplo se induce al suicidio de una persona por amor, en la creencia de que su amante tomará también la misma decisión de manera simultánea o sucesiva; o aquel caso en el que un médico engaña a su paciente diciéndole que tiene una enfermedad muy grave –sida o cáncer incurable-, sabiendo que tal conocimiento lo va a llevar al suicidio; pues, el error en los motivos si bien afecta el sentido de la acción, no afecta a la conciencia de que se está disponiendo de la propia vida[1038].

En el caso de que la voluntad del suicida se encuentre viciada, el que induce o ayuda al suicidio, responderá por la muerte de la persona a título de homicidio, parricidio o asesinato en autoría mediata[1039], según las circunstancias del caso.

No puede significar un acto voluntario de suicidio, el solo hecho de llevar a cabo una conducta peligrosa descuidada o consentir en la

---

[1036] Conocido fue el caso de un líder de una secta religiosa, que con argumentos salvatíficos y como interlocutor de su peculiar Dios, invitó a los miembros que se encontraban alrededor del altar, a rociarse con gasolina y autoinmolarse, como puede apreciarse en este caso, a través de la presión psicológica a la que tiene sometido a sus adeptos, el predicador los ha instrumentalizado, mediatizando su decisión.

[1037] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 146.

[1038] MUÑOZ CONDE. *Cit.* por DÍEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 217; BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* pp. 38-39 si bien acepta la posibilidad de la voluntad suicida en el primer caso, la niega para el caso del engaño de la enfermedad incurable, ya que en este caso la creación consciente de un error en el sujeto, que lo lleva al suicidio, implica un comportamiento complejo, caracterizado por el comportamiento activo (que absorbe la no intervención posterior).

[1039] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 146.

realización de dicha conducta, o realizar actividades profesionales o de oficio que entrañan un cierto riesgo[1040].

En el *plano subjetivo* basta el dolo eventual del suicida respecto de su propia muerte, ya que lo relevante no es tanto el deseo de morir, sino como bien ha señalado SILVA SÁNCHEZ, la conducción voluntaria del proceso que ha de llevar a su muerte, y para esto basta con el dolo eventual; por otro lado, si para el homicidio basta el dolo eventual, no existen razones de peso para no admitirlo en el caso de suicidio[1041].

d) El suicida como sujeto responsable

Se ha señalado que para hablar de un *suicida* en términos jurídico-penales, este debe tener la capacidad para tomar la decisión de morir, esto es, la capacidad de comprender la trascendencia de su acto, y de actuar libremente de acuerdo a dicha comprensión[1042]. La doctrina sobre este punto no es uniforme, sin embargo, un gran sector asume el criterio penal de imputabilidad, esto es que el suicida es capaz, cuando tenga la capacidad de culpabilidad; es decir, cuando es responsables penalmente; sin embargo, consideramos que esta tesis no es correcta, ya que una cosa es establecer cuándo una persona es responsable penalmente, y otra, cuándo puede consentir válidamente; entre ambas situaciones hay mucha diferencia[1043]. En efecto, "(...) la imputabilidad penal de una persona persigue un objetivo muy preciso en Derecho penal: establecer cuando una persona es susceptible

---

[1040] BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* p. 38.

[1041] SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 177 y 178. Un punto de vista opuesto es la de BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 257, quién sólo admite el dolo directo, pues argumenta que en los casos del denominado dolo eventual, no hay suicidio sino asunción de riesgos.

[1042] DÍEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 212; CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 101.

[1043] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 330; CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 102. En igual sentido DÍEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.*, p. 214.

de ser sometida a una pena, por ser responsable (culpable) del delito cometido. En cambio, en los supuestos suicidas se trata de averiguar si la decisión del sujeto es válida para el Derecho, y este no mantiene una equivalencia valorativa entre el responsable de un hecho y aquel cuyo acto va a ser reconocido jurídicamente".

Bajo estas consideraciones, entendemos que la capacidad del suicida debe establecerse atendiendo a sus circunstancias personales y a su madurez, siendo lo decisivo, por consiguiente, *su capacidad real natural de juicio o de madurez*[1044]; es decir, su capacidad para comprender el sentido y trascendencia de su decisión para el bien jurídico vida, y comportarse de acuerdo a dicha comprensión. En este sentido, para establecer la capacidad del suicida, no debemos guiarnos de los límites establecidos por nuestro ordenamiento penal para ser sujetos de imputabilidad, ni tampoco de las reglas del Código Civil que regulan la capacidad de ejercicio; siendo perfectamente posible que menores de edad, e incluso con algún tipo de debilidad mental –siempre y cuando no implique un supuesto de ausencia de discernimiento-, tengan la capacidad para adoptar una decisión válida para el Derecho[1045], lo que deberá analizarse en el caso concreto.

Por el contrario no puede reconocerse esta capacidad natural de juicio en un niño o enfermo mental grave, o a quien, de manera pasajera, presenta alguna alteración emocional, intelectual o psíquica grave como depresiones profundas, síndrome presuicida, influencias en el estado psíquico tras la ingestión de medicamentos o drogas,

---

[1044] CEREZO MIR: *Ob. Cit.*, pp. 326-331; CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 102; DÍEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 13; SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.*, p. 183.

[1045] DÍEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.*, p. 214: "Por consiguiente, reconoceremos la capacidad para tomar la decisión de morir a toda aquella persona que comprenda la significación de su decisión, con independencia de si estamos ante un menor o un enajenado"; Sin mayor argumentación en nuestro medio SILFREDO: *Ob. Cit.*, p. 206 considera como sujeto pasivo de este delito al menor o inimputable; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 237.

etc.[1046]. En estos casos, cuando el suicida no tiene capacidad para optar por el suicidio, el que ayuda o instiga responderá como *autor mediato* de un delito de homicidio, parricidio o asesinato según las circunstancias concretas del caso.

12.2. LA INSTIGACIÓN O AYUDA AL SUICIDIO

12.2.1. ANTECEDENTES Y TÉCNICA LEGISLATIVA

Esta figura penal tiene como antecedentes el art. 238° del CP de 1863[1047] y el art. 157° del CP del 1924[1048], el mismo que tiene su fuente en el art. 133° del Proyecto Peruano de 1916[1049].

Conforme al principio de la accesoriedad de la participación, una participación es perseguible penalmente cuando el hecho principal también lo es. Por esta razón nuestro legislador, a fin de evitar que se acentúe el riesgo de la consumación de la tendencia suicida, ha incorporado la ayuda e instigación al suicidio como figuras delictivas independientes, que de otra manera quedarían impunes, al no estar sancionado penalmente el suicidio; lo que implica que este comportamiento, en relación a otras formas de participación típica, se ubica en un plano axiológicamente distinto[1050].

[1046] CASABONA: *Ob. Cit.*, p. 103.

[1047] Art. 238° CP 1863: "El que a sabiendas preste a otro medios para que se suicide, será castigado con cárcel en quinto grado. (cinco años). El que lo ayude a la ejecución del suicidio, cooperando personalmente, sufrirá la pena del homicida (doce años de penitenciaría)".

[1048] Art. 157° CP 1924: "El que por un móvil egoísta instigare a otro al suicidio o lo ayudare a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con penitenciaría o con prisión no mayor de cinco años".

[1049] ROY FREYRE: *Ob. Cit.*, p. 235., acota que equivocadamente Peña Cabrera sitúa la fuente del presente tipo penal en el texto suizo de 1918.

[1050] CASABONA: *Ob. Cit.* p. 97.

En la mayoría de legislaciones, sobre todo en las latinoamericanas está previsto este delito; sin embargo, en países como Francia, Suecia o Finlandia no se castigan expresamente esta forma de participación en el suicidio; mientras que en Alemania, se castiga algunas formas de participación en el suicidio.

12.2.2. LA MUERTE COMO RESULTADO MATERIAL DEL TIPO

Se ha discutido en la doctrina si la muerte constituye el resultado propio del tipo penal *in comento*. Al respecto, BAJO FERNANDEZ[1051] informa que en una época se consideró que este delito se consumaba con la mera inducción, sin necesidad de que se produjera o se comenzara a ejecutar el acto suicida; mientras que otro sector consideró a la muerte del suicida como *una condición objetiva de punibilidad,* por lo que si esta no acaecía, la instigación o colaboración quedaba impune.

Por nuestra parte, consideramos que la muerte constituye el resultado típico de este delito, por lo que mínimamente se requiere la realización de actos ejecutivos del suicidio para que se sancione la instigación o su colaboración. En tal sentido, si el suicida fracasa en su intento, de todos modos existe una instigación o ayuda al suicidio, según sea el caso; no siendo factible la subsunción en un delito de lesiones, dado que en nuestro catálogo penal no se ha tipificado la instigación o auxilio a la autolesión[1052].

Siendo esto así el dolo del partícipe debe abarcar este resultado, ya que es inimaginable un dolo referido a la inducción o auxilio de un suicidio, sin querer la producción de la muerte[1053].

[1051] *Ob. Cit.* p. 259.

[1052] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 865.

[1053] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 159.

12.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la vida humana independiente.

12.4. TIPO OBJETIVO

Agente del delito, puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo, es la persona que ha sido instigada para suicidarse; sin embargo no se le puede considerar perjudicado, ya que con el intento o realización de la propia muerte, está aceptando el daño respecto a un bien que se considera disponible. De esta manera, si la muerte no llega a consumarse, en principio, el autor (el que instiga al suicidio) no podrá ser condenado al pago de una reparación civil a favor del suicida; sin embargo, los familiares de este, que pudieran verse perjudicados con la acción suicida, puedan constituirse en actores civiles, y solicitar la respectiva indemnización[1054].

12.4.1. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Las modalidades establecidas en la presente figura penal son:

c) Instigar a otro al suicidio

Conforme al art. 24° de nuestro Código Penal la instigación consiste en "*determinar dolosamente a otro a cometer el hecho punible*", desde esta perspectiva podemos definir a la instigación al suicidio, como aquella conducta *activa mediante la cual el agente dolosamente determina la voluntad del sujeto pasivo para tomar la decisión de suicidarse*[1055]. Esto es, el agente sugiere y convence al suicida respecto a la conveniencia de quitarse la vida, actuando desde un inicio, esto es, antes que el suicida haya pensado en tal posibilidad; asimismo,

---

[1054] En este sentido BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 258.

[1055] Debe precisarse que la figura no es técnicamente una participación criminal, la referencia al art. 24° del CP, se realiza porque tiene un sentido muy similar a la instigación al suicidio.

la conducta del agente puede concretarse cuando el suicida ya tenía la idea de suicidarse, pero lo tiene como simple posibilidad, y es el agente de este delito, quien convence al suicida de que, efectivamente, el suicidio es lo mejor, llegando a determinar su voluntad en este sentido; debiendo resaltarse el hecho que la acción orientada a quitarse la vida, la realizará el propio titular de este derecho. En tal sentido, no estamos ante una instigación al suicidio, sino ante una complicidad de un homicidio, cuando el convencimiento tiene por objeto que el sujeto pasivo se deje matar por otro; y de instigación de un homicidio cuando se convence al agente para que ejecute la acción homicida contra aquel a quien se ha convencido previamente para que se deje matar[1056].

La instigación al suicidio tiene lugar mediante un *influjo psíquico*, es decir, debe influirse en el psique del suicida a fin de que tome la decisión de suicidarse, de este modo la mera creación de una situación favorable, que pueda originar en el suicida la decisión de suicidarse, no constituirá propiamente una instigación; vg., no comete instigación al suicidio el que incita al marido celoso a retornar a su casa para que sorprenda a su mujer con su amante y a consecuencia de ello el marido decide suicidarse.

Como se ha indicado, no es necesario que el instigador haga surgir la idea misma del suicidio, esta puede haber estado en la mente del autor, lo que interesa es que el instigador haya determinado al suicida a ejecutar la acción homicida en contra de sí mismo[1057]. Si el suicida ya hubiese estado determinado a cometer el suicidio, no podrá ser sujeto idóneo para la instigación[1058]. Sin embargo, si la acción del tercero sirvió para un reforzamiento de la decisión de suicidarse, podrá constituir una complicidad intelectual en la forma de un aporte psíquico

---

[1056] CREUS: *Ob. Cit.* p. 50; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 867.

[1057] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. *Manual de Derecho penal. Parte general.* Ediar, Buenos Aires, 2005. *Ob. Cit.* p. 629.

[1058] VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 514.

al suicidio, que típicamente quedaría abarcada por la cooperación o ayuda al suicidio[1059]. Tampoco constituyen instigación al suicidio los supuestos en los cuales no se incita directamente al suicidio, de esta manera, por ejemplo, la separación y fricciones de las relaciones amorosas que motivaron un suicidio no se encuentran abarcadas por este tipo penal[1060].

Los *medios* de los que puede valerse el instigador pueden ser variados, así podrán ser consejos cualificados, promesas, apuestas, ruegos, persuasiones, etc.; y pueden expresarse por cualquier medio (escrito, oral o simbólico –mostrar una seña que indica la conveniencia de matarse-)[1061]; eso sí, estos medios deben ser *eficaces* en la generación de la idea de cometer el suicidio[1062] o en la decisión de concretar la idea ya concebida; no puede tratarse de meras sugerencias o consejos en abstracto, ni la motivada por el mal ejemplo o por doctrinas glorificadoras del suicidio en un plano abstracto filosófico o literario o religioso[1063].

La instigación al suicidio tiene que ser *directa*, es decir tiene que estar dirigida a una persona o personas concretas determinadas, por consiguiente si el instigador se dirige a una colectividad o a un sector

---

[1059] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: *Ob. Cit.* p. 629.

[1060] FELIPE I SABORIT, David: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial.* Atelier, Barcelona, 2006. p. 41.

[1061] CREUS: *Ob. Cit.* p. 50, quien admite que los medios pueden adquirir la forma de actos realizados directa o indirectamente sobre la víctima, intencionalmente dirigidos a que tome la determinación de darse muerte (prolongados malos tratos, infligidos para instigar sufrimientos morales); sin embargo consideramos que en estos casos se anula la voluntad del que se mata, configurándose una autoría mediata del homicidio. En el mismo sentido SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 208; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 174.

[1062] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 261; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 68.

[1063] QUINTANO RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 341, señala a manera de ejemplo que sería absurdo achacar a Goethe la epidemia de suicidios que, según se dice, subsiguió a la publicación de Werther; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 175 precisa que: "Las insinuaciones o bromas no pueden reputarse como instigación; las sugerencias deben ser categóricas".

de la misma, de manera indiferenciada, este acto no puede calificarse de instigación, vg., incitar al suicidio colectivo mediante un medio masivo de comunicación[1064]. Sin embargo, cuando se instiga a un grupo más o menos determinado a que se quite la vida, para lo cual el instigador se ampara en su credibilidad, ascendencia o influencia que tiene sobre el grupo, o la estima, prestigio o temor que inspire en los destinatarios, vg., miembros de una secta religiosa alienada, el hecho entraría en la instigación al suicidio, siendo posible incluso constatar una autoría mediata de un homicidio o asesinato en los casos de temor, o cuando los destinatarios del mensaje no sean capaces de conducirse normalmente[1065].

La instigación *no debe anular la voluntad del suicida*, pues en este caso el agente ya no sería un simple instigador, sino un autor mediato al tener el dominio del hecho de un delito de homicidio, parricidio o asesinato. Este dominio se obtiene: *a)* por violencia o intimidación (física o psicológica –coacción o amenaza grave-), cuando por ejemplo, tras amenazar a una persona con una navaja, se la obligan a que salte a un precipicio; *b)* por error, ya sea por el engaño u otro medio fraudulento, siempre y cuando se incida sobre la cualidad letal de la acción de la víctima, vg., cuando el suicida si bien reconoce el riesgo de la acción, confía en el tercero, quién le oculta el riesgo real. Por el contrario, es irrelevante el error en los motivos, como ya se ha indicado, por cuanto si bien este afecta el sentido de la acción, no afecta a la conciencia de que se está disponiendo de la propia vida[1066]. El sujeto

---

[1064] CASABONA: *Ob. Cit.* p. 108; DÍEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 22; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 261; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 68; GONZÁLES RUS: *Ob. Cit.* p. 60; CREUS: *Ob. Cit.* p. 50.

[1065] CASABONA: *Ob. Cit.* p. 108; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 261; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 69 admite la posibilidad de los casos de inducción al suicidio colectivo por líderes espirituales con gran capacidad de influencia sobre grupos fanatizados.

[1066] MUÑOZ CONDE, citado por DÍEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 217; BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* pp. 38-39 si bien acepta la posibilidad de la voluntad suicida en el primer caso, la niega para el caso del engaño de la enfermedad

en estos casos conoce el efecto de su acción sobre el bien jurídico, aunque haya actuado por impulsos equivocados[1067].

La instigación *por omisión es inadmisible*, ya que la omisión (sea propia o impropia –comisión por omisión-) puede no impedir una resolución suicida, pero de ninguna manera puede hacer surgir dicha resolución[1068].

Respecto al *tipo subjetivo*, como se ha señalado, el instigador debe actuar dolosamente. El dolo debe estar dirigido a la producción de la resolución de cometer el suicidio, así como a la ejecución del hecho principal por parte del suicida; en tal sentido el contenido del dolo se acentúa y se habla de un *doble dolo* del instigador[1069]. Por ello consideramos que el dolo del agente tiene que ser *directo*, no siendo suficiente el *dolo eventual*[1070].

---

incurable, ya que en este caso la creación consciente de un error en el sujeto, que lo lleva al suicidio, implica un comportamiento complejo, caracterizado por el comportamiento activo (que absorbe la no intervención posterior).

[1067] CASABONA: *Ob. Cit.* p. 109; DIEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 217; BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 76, siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ y GIMBERNAT, señalan que para el caso de la persona que se suicida al tener un conocimiento errado, de padecer una enfermedad incurable, por información falsa de su médico, éste respondería por el delito de homicidio en autoría mediata ya que, por un lado, habría un comportamiento activo –decir al paciente que padece una enfermedad-; y, por otro, una omisión que quedaría absorbida por la acción realizada al inicio; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 69, señala que en estos casos no cabe hablar de inducción al suicidio ni de autoría mediata de homicidio o asesinato, pero sí por cooperación al suicidio en comisión por omisión, pues con la ficción de la enfermedad se crea una situación de peligro para la vida del presunto enfermo, originando la posición de garante de quién crea la ficción.

[1068] VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 516.

[1069] MAZUELOS COELLO, Julio: *Código Penal Comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004. p. 927; VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 516.

[1070] Excluyen el dolo eventual, QUERALT: *Ob. Cit.* p. 22; CASABONA: *Ob. Cit.* p. 110; BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* p. 38; entre otros.

La tentativa de instigación, esto es cuando el instigador a pesar de sus esfuerzos, no logra convencer al que debe suicidarse, o cuando habiéndolo convencido el suicida no comienza la ejecución del hecho punible, resultan impunes[1071], ya que nuestra norma requiere de la consumación o al menos de la tentativa del suicidio, en este último caso es indiferente que el suicida se haya desistido voluntariamente o que el hecho no se haya consumado por causas ajenas a su voluntad, siempre que haya dado inicio a la ejecución del suicidio[1072]. El tipo requiere para su consumación, como se ha indicado, que al menos los actos del suicidio se hayan realizado. En este sentido, con mayor razón *los actos preparatorios* son impunes.

No cabe la inducción a la inducción al suicido (inducción en cadena), ni la inducción referida a formas de participación (inducir a otro a que coopere en el suicidio ajeno), ya que la inducción debe ir referida a la ejecución del suicidio[1073], pero es factible la inducción mediata –cuando se utiliza a otro para que instigue- y la coinducción, cuando dos o más personas bajo un acuerdo previo, logran inducir al suicidio a la víctima.

Por último, en el llamado doble suicidio por amor, o en aquellos casos de "pactos suicidas", en los que uno de los intervinientes sobrevive, no cabría castigar al sobreviviente puesto que ambos determi-

---

[1071] HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2005. p. 895; Confusamente VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 147 señala que "según el tenor del artículo 113, para la instigación, el delito se consuma cuando la víctima, por el esfuerzo persuasivo serio del agente, y como consecuencia de este esfuerzo, ha decidido ya suicidarse, aunque no lo haga o intente". También SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 155.

[1072] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p.147.

[1073] GONZÁLES RUS: *Ob. Cit.* p. 60; DÍEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 230, señala que la naturaleza excepcional del castigo de estas forma de participación, unida al hecho de que tales participaciones acaban, a través de una participación intermedia, en una contribución a un hecho vinculado al ejercicio por uno mismo del derecho a la disponibilidad de la propia vida, son las razones que aconsejan una interpretación restrictiva.

naron la conveniencia de quitarse la vida; salvo que se establezca que el sobreviviente fue quien indujo al otro al suicidio; igual criterio se aplicará si ambos sobreviven, descartándose en este caso la inducción mutua[1074]. También constituiría una forma de inducción, la condicionada a un acontecimiento o a la suerte, en este último caso vg., el duelo a la americana, que consiste en el compromiso de que cada uno de los duelistas, han de suicidarse, si el azar le depara el arma cargada; sin embargo, tal como destaca PEÑA CABRERA, es la víctima la que realiza su propia muerte[1075], y no se aprecia propiamente la acción inductora del otro duelista.

b) Ayuda al suicidio

Es la conducta desplegada por el agente que consiste en favorecer la acción del suicida. Como bien precisa HURTADO POZO[1076] la ayuda al suicidio constituye un caso de complicidad que engloba a toda forma de cooperación, que no signifique acto ejecutivo sobre el cuerpo del suicida o actos ejecutivos propios de la acción de matar por sí mismo[1077]. Se comprende el auxilio sin los cuales no se hubiera podido ejecutar el suicidio (*complicidad primaria*), como cualquier otro modo de prestar asistencia para su comisión (*complicidad secundaria*).

Los *medios* del auxilio pueden ser de cualquier tipo, como consejos sobre la forma de realización el suicidio, el procedimiento más letal, indicación del veneno adecuado, obtención de los medios comisivos,

---

[1074] En contra, MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 69.

[1075] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 175.

[1076] *Ob. Cit.* p. 148.

[1077] CREUS: *Ob. Cit.* p. 51: "La distinción entre ayuda y el homicidio, está en la circunstancia de que en ella el agente no debe haber realizado actos materiales sobre el cuerpo de la víctima que importen la acción de matar"; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 240, precisa que el auxilio de nuestro Código, no comprende al auxilio ejecutivo de la doctrina española, en el que el agente realiza personalmente el acto de matar.

ayuda de tipo moral (complicidad psíquica) que implican un reforzamiento de la resolución suicida.

La factibilidad de realizar el auxilio al suicidio en *comisión por omisión*–no impedimento de un suicidio- a nuestro entender es inadmisible, ya que el reconocimiento constitucional de la disponibilidad de la propia vida por uno mismo determina la desaparición de la posición de garante por parte de los terceros, cuando el interesado ha tomado y manifestado a esos terceros su decisión en ese sentido[1078]. Sin embargo, estaremos ante un delito de homicidio, parricidio o asesinato, si el suicidio no proviene de una persona autoresponsable, siempre que concurra una posición de garante.

En el caso que se ayude o auxilie a una persona que quiere matarse, a fin de poner fin a sus dolores intolerables, que le produce la enfermedad incurable que padece, consideramos que estas conductas no son antijurídicas, por lo ya expuesto al analizar la constitucionalidad del homicidio piadoso, y una sanción penal en estos casos, devendría en *inconstitucional.*

Respecto al *tipo subjetivo*, el cómplice debe actuar dolosamente. El dolo debe estar dirigido al acto de colaboración y a la ejecución del suicidio, por lo que también en este caso se habla de un *doble dolo* del cómplice[1079], y por ello mismo, no bastaría el dolo eventual.

[1078] CASABONA: *Ob. Cit.* p. 104, quien precisa que nada obsta para que puedan persistir otros deberes de asistencia para no dejar completamente abandonado al sujeto pasivo en la medida en que no se interfiera en la decisión principal (tratamientos paliativos si se rechaza el tratamiento vital); DÍEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 234: "(...) la voluntad de morir del suicida cierra el paso a la concurrencia de la posición de garante, si no queremos convertir en algo ficticio el reconocimiento de un derecho limitado a la disponibilidad de la propia vida".

[1079] MAZUELOS COELLO, Julio: *Código Penal Comentado.* Gaceta Jurídica, Lima, 2004. p. 927; VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 516.

La tentativa de la complicidad o ayuda al suicidio, cuando por ejemplo no se ha realizado de manera completa dicho auxilio, o cuando no se han llevado a cabo todos los actos necesarios para su eficacia resultan impunes, ya que nuestra norma requiere que se haya contribuido efectivamente al suicidio.

12.4.2. AGRAVANTE

Se agrava la responsabilidad penal cuando el sujeto actuó con móvil egoísta. El egoísmo está relacionado con la obtención por parte del partícipe (instigador o cooperador) de un beneficio personal (patrimonial, sexual o de otra índole), que obtendrá a consecuencia del suicidio.

CAPÍTULO II
DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE (ABORTO)

1. NOCIONES GENERALES

En el presente capítulo se abordará el estudio de las figuras penales que protegen la vida humana dependiente; la misma que se determina por su dependencia fisiológica respecto de la madre, la cual se prolonga durante todo el período del embarazo (desde la concepción y anidación hasta el parto). La afectación a esta forma de vida humana está constituida por las diversas formas del aborto.

En la historia de la humanidad el aborto no siempre fue considerado como un hecho que mereciera algún tipo de represión penal; así, para los pueblos imbuidos de una filosofía pagana, la mujer podía lícitamente causarse su propio aborto o consentir que un tercero le ocasione, pues se entendía que el feto era parte de las entrañas maternas de las cuales la mujer podía disponer libremente, como, libremente, podía disponer de su cuerpo. Así sucedió, por ejemplo, en la Roma antigua donde se consideraba al aborto no consentido como una falta contra la mujer, y al aborto consentido como un acto de libre disponibilidad de su cuerpo; aunque en los tiempos de Severo y Antonio el aborto fue penado *extra ordinem*, fundándose la penalidad en el derecho que tiene el marido sobre la prole esperada, mientras que el aborto practicado con su consentimiento era impune[1080].

[1080] CARRARA: *Ob. Cit.* pp. 333-334; FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 205.

Con el advenimiento de la era cristiana (año 2000) estas tesis ya no pudieron sostenerse; pues, se consideró que el feto era una criatura de Dios, la esperanza de una vida humana que debía ser protegida por la sociedad, introduciéndose la represión penal para el aborto, cuya penalidad fue equiparada a la del homicidio. Posteriormente se combatió tal equiparación, lográndose la atenuación de las penas del delito de aborto respecto del homicidio, hecho que se concretó en la mayoría de las legislaciones del siglo XX[1081].

En España, el Fuero Juzgo (Lib. VI, Tit. III, Leyes 1° a 7°) reprimía con la muerte, la ceguera, azotes y penas pecuniarias a las mujeres que se produjeran el aborto, a las embarazadas que tomaban yerbas abortivas, y a quienes se las suministraran o a quienes hiriéndolas les hicieran abortar. Las partidas (Ley 8°, Tit. VIII, partida VII) sancionaron todas las formas de aborto, apareciendo la distinción, proveniente del derecho canónico, entre la muerte del feto animado ("con alma"), que se producía después de la concepción, en cuyo caso se imponía la muerte; y la del feto no animado, que se castigaba con el destierro[1082]. En el Perú, en todos los Códigos penales de la historia republicana ha estado tipificado el aborto como una conducta punible.

1.1. POSICIONES RESPECTO AL ABORTO

1.1.1. POSICIÓN MORTÍCOLA

Los que sustentan esta posición se encuentran a favor de la legalización del aborto, pues consideran que el derecho de la mujer a su libertad personal, desarrollo de su personalidad y a la intimidad, entre otros, otorgan primacía total o absoluta al interés de la madre respecto del concebido, considerando al feto o embrión como un apéndice

[1081] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 206.

[1082] CUELLO CALÓN: *Derecho Penal. Parte Especial.* T. II, Vol. II., Editorial Bosch, Barcelona, 1980. pp. 528-529.

corporal sin mayor importancia y absolutamente dependiente de la madre y, por ello, eliminable a voluntad de esta[1083].

Esta posición, sin embargo, no ha logrado prosperar, pues son muy pocas las legislaciones que han consagrado la impunidad del aborto. En América, por ejemplo, solo el Código Penal del Uruguay de 1934 dejó de reprimir el aborto, con el argumento proveniente del derecho romano antiguo expuesto por Irureta Goyena, según el cual el feto es parte de las entrañas maternas y su destrucción no es punible; sin embargo, a los pocos años se restableció la penalidad del aborto mediante Ley 9763 del 28 de febrero de 1938 criterio que se ha ratificado en su legislación reciente[1084].

En contra de esta posición, debemos señalar que, si bien la propia Constitución reconoce el derecho de toda persona a la libertad personal y a su libre desarrollo, este derecho no justifica la posibilidad de poder decidir respecto a la vida de otro, debiendo tomarse en cuenta que el feto o embrión, si bien es un ser dependiente de la madre, es un ser individualizado y distinto a esta, y tiene protección jurídica autónoma. Por tanto, la libertad de la mujer para disponer de su propio cuerpo no le permite atentar contra la vida de otro ser.

1.1.3. POSICIÓN VITALISTA

Según esta posición, la cual asumimos, la vida debe ser protegida desde que se inicia, es decir, desde su concepción o desde la anidación, ya que a partir de ese momento se ha generado un nuevo ser, un *tertium* existencialmente distinto de la madre, que de no interrumpirse su proceso vital, alcanzara plena independencia; convirtiéndose el concebido en una persona a través del nacimiento.

[1083] BUSTOS: *Ob. Cit.* p. 43.

[1084] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 208.

1.2. TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DEL ABORTO

La forma como se viene abordando el delito de aborto en las distintas legislaciones, no es uniforme, presentándose distintos sistemas, siendo los más comunes el sistema de plazos y el de las indicaciones.

1.2.1. SISTEMA DE PLAZOS

En este sistema se parte de la impunidad general del aborto practicado a solicitud de la mujer, dentro de un determinado período de la gestación (normalmente, doce semanas). Se considera que durante ese período el aborto resulta menos peligroso para la vida y la integridad de la madre y, de otro lado, dado el carácter progresivo de la valoración de la vida en formación, en este momento la valoración del feto sería inferior; sobre todo, en relación al derecho de libre desarrollo de la personalidad de la madre[1085]. Este sistema se ha introducido en algunas legislaciones europeas; sin embargo, no resultaría posible en nuestro medio debido a la existencia de diversos convenios sobre derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros, que protege a la vida humana a partir de la concepción (Art. 4°.1), a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos que no tiene una disposición semejante[1086]; aun cuando la Corte Europea de Derechos Humanos no ha excluido la protección de la vida del concebido, habiendo dejado a los Estados un margen amplio de discrecionalidad para usar sus propios términos.

[1085] CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.*, p. 776.

[1086] El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 2, reconoce la protección de la vida a favor de toda persona, sin hacer alusión a la vida del concebido. Ver BURGORGUE-LARSEN, Lawrence: *El derecho a la vida y la dignidad personal: una aproximación de la Corte Europea de los Derechos Humanos*. En: AA.VV. *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 73 a 74.

1.2.2. SISTEMA DE INDICACIONES

Este sistema parte de la siguiente regla general: prohibición del aborto durante toda la gestación; sin embargo, se introducen una serie de excepciones (indicaciones), que vienen a resolver el conflicto entre el interés de la madre y del concebido[1087].

Las principales indicaciones son:

a) Indicación terapéutica

Se considera no punible la interrupción del embarazo cuando es practicado con la finalidad de evitar un serio peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada, peligro que es imposible de evitar de forma distinta. Para ello se establecen generalmente, requisitos previos, como el consentimiento de la mujer y la obtención de un informe médico favorable. Se acogen a este sistema: Argentina, Alemania, Noruega, Suecia, Gran Bretaña, EE.UU, España, Francia e Italia, entre otros.

b) Indicación ética

Según esta indicación la interrupción del embarazo no es sancionada cuando este es el resultado de un atentado contra la libertad sexual de la mujer. Se acogen a este sistema países como Argentina, Uruguay, Brasil, México, EE.UU, Suecia, Grecia, Polonia, Alemania, España, Francia e Italia.

[1087] El Código Penal Español actual, ha optado por el sistema de indicaciones al haber dejado vigente el art. 417° del código derogado, el mismo que señala que no será punible el aborto practicado por médico siempre que se de alguna de las siguientes circunstancias: 1° que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; 2° que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación; y 3° que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación.

c) Indicación eugenésica

En estos casos se permite el aborto para evitar el nacimiento de niños con taras degenerativas. Los países que se acogen a este sistema son: Dinamarca, Suecia, Finlandia, Alemania, Gran Bretaña, España, Francia e Italia.

d) Indicación social

Se permite la interrupción del embarazo cuando el nacimiento habría de suponer un gravísimo quebranto social y económico para la embarazada. Se acogen a este sistema: Polonia, Gran Bretaña, Islandia, Finlandia, Dinamarca e Italia.

En nuestra legislación penal, de cierta forma, se ha adoptado el sistema de indicaciones, puesto que el "aborto terapéutico" no es punible, conforme lo prescribe el art. 119° del Código. Asimismo, se reduce la sanción penal a pena privativa de la libertad no mayor de tres meses, en el caso del aborto de un embarazo ocasionado como "consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio" (Art. 120°.1 del C.P) y "cuando es probable que el ser en formación vaya a nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico" (Art. 120°.2 del CP). Cabe precisar, que la existencia de penas irrisorias para los supuestos antes descritos, conlleva a considerar que, en realidad, de lo que se trata es de una verdadera despenalización del aborto en estos casos.

1.3. DEFINICION DEL ABORTO

El término aborto proviene de la voz latina *abortus* (*ab*: privación; *ortus*: nacimiento), que equivale a mal parto, parto anticipado, nacimiento antes de tiempo[1088], así como privación del nacimiento. En cuanto a la definición jurídico penal del aborto, nuestro Código Penal

[1088] CABANELLAS Guillermo: *Diccionario enciclopédico de derecho usual.* Editorial Heliasta, Argentina, 2003. Ob. Cit. p. 41.

de manera acertada no introduce ninguna definición. Frente a este panorama, cierto sector doctrinal define este delito como la interrupción dolosamente provocada del proceso de gestación, con o sin expulsión del feto o producto de la concepción[1089]. Si bien esta definición tiene la virtud de excluir del delito de aborto la interrupción del embarazo como consecuencia de un proceso espontáneo (aborto espontáneo o no provocado), y la destrucción de los óvulos fecundados *in vitro* que no llegan a implantarse; sin embargo, presenta dificultades al no poder adaptarse a los avances actuales de la medicina; por ejemplo, no abarcaría los casos de abortos múltiples en los que es posible realizar abortos selectivos de los embriones, pues en estos casos el proceso de la gestación sigue su curso aunque con menos embriones; por el contrario, abarcaría aquellos casos en los que se produce la interrupción del proceso de gestación para la implantación del embrión en otra gestante, sin destruir el objeto material del delito de aborto –el concebido-[1090]. Frente a estas dificultades, proponemos la siguiente definición del delito de aborto afirmando que es: "*La acción comisiva u omisiva, tipificada en la ley penal, de destruir o eliminar la vida del producto de la concepción anidado en el claustro materno, realizada dentro del claustro materno o fuera de este al haber provocado su expulsión prematura, antijurídica y culpablemente*"[1091].

[1089] Así en nuestro medio siguiendo a GÓMEZ LÓPEZ, PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 207, aunque este autor precisa que debe producirse la muerte del feto o producto de la concepción; VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 78; GONZÁLES RUS: *Ob. Cit.* p. 116; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 109.

[1090] ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y los Relativos a la Manipulación Genética.* Editorial Comares, Granada, 2004. p. 153, quién además precisa que esta definición no es operativa porque se invierte en ella el proceso real (primero es la destrucción del *nasciturus* y su efecto es la interrupción de la gestación); LAURENZO COPPELLO: *Ob. Cit.* p. 296.

[1091] Definen al delito de aborto como el aniquilamiento del producto de la concepción ya sea por expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre materno, sin hacer referencia a la interrupción del embarazo o del proceso de la gestación entre otros ROY FEYRE: *Ob. Cit.* p. 251;

Cabe precisar que, para que se configure el delito de aborto, en el caso de la muerte del embrión o feto *fuera del claustro materno*, estaremos ante supuestos de inviabilidad extrauterina, no solo por su inmadurez, sino como consecuencia de las maniobras abortivas que se han efectuado en el feto, de manera tal, que este fallece con posterioridad a la expulsión prematura[1092] -vg., la mujer embarazada de 34 semanas que consiente que se le practique un aborto, sin embargo da a luz a un niño, el que como consecuencia de las maniobras abortivas presenta una afección en su salud, lo que le causa la muerte unos días después del parto-.

Queda fuera del tipo penal de aborto la muerte del feto que sobrevivió a su expulsión prematura y tiene viabilidad extrauterina, debiendo por consiguiente calificarse como homicidio, infanticidio, parricidio o asesinato; sea que la expulsión se haya producido por causas naturales o por prácticas abortivas. Sostiene un punto de vista opuesto CASTILLO ALVA[1093], para quien la muerte producida por acciones que atentan contra un feto que ha sido expulsado y que está en condiciones de vivir autónomamente, sigue constituyendo un delito de aborto, toda vez que no se ha producido, el parto o nacimiento, con lo cual se inicia la vida humana dependiente; llegando a esta conclusión por respeto al principio de legalidad; por cuanto nuestro

---

VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 157; SILFREDO: *Ob. Cit.* pp. 217-218; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 95; LAURENZO COPPELLO: *Ob. Cit.* p. 295; ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 5; BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* pp. 45-46; FEIJÓO SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 288; RODRÍGUEZ DEVESA: *Ob. Cit.* p. 74; también CARRARA: *Ob. Cit.* p. 340 definía al feticidio como: "La muerte dolosa del feto dentro del útero, o como su violenta expulsión del vientre materno, de la que se sigue la muerte del feto". SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 156 si bien en un primer momento se afilia a esta definición; sin embargo, siguiendo a BRAMONT ARIAS acota luego que el aborto es la interrupción del embarazo.

[1092] Por todos CREUS: *Ob. Cit.* pp. 54-55; FEIJOO SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* pp. 288-289.

[1093] *Ob. Cit.* p. 101.

texto punitivo establece que la protección de la vida en el homicidio comienza "durante el parto" (Art. 111° CP) y no antes.

Sin embargo, esta tesis no nos parece correcta, en principio, porque hace un análisis meramente literal de la norma, dejando de lado el hecho real y constatable que existe una vida humana que puede sobrevivir con autonomía de la madre. Asimismo, con este criterio no se resuelve el problema respecto a cómo debemos considerar a un ser humano que ya puede desarrollar su vida fuera del claustro materno, esto es, tener una vida humana independiente. En este caso, si bien no se ha producido el proceso del parto, con el cual se inicia la vida humana independiente, lo importante es que nos encontramos ante este tipo de vida humana, la misma que por su autonomía merece el mismo tratamiento que el ordenamiento jurídico penal le prodiga a otros tipos de vida independiente. En tal sentido, estando ante el principio de primacía de la realidad, por encima de cualquier formalidad establecida por disposición legal, tenemos que proteger este tipo de vida humana (independiente) con las normas correspondientes al delito de homicidio; pues, de lo contrario, estaríamos estableciendo una protección legal diferenciada sin que medie una razón que lo justifique; más aún, si se trata de un derecho fundamental como la vida. Y más todavía, si el proceso fisiológico del parto, ya no se producirá, por lo que no podemos condicionar la protección de esta vida humana independiente a un hecho imposible; en tal sentido, en este caso, el análisis de la expresión "durante el parto", señalada en el artículo 111° ya no tiene ningún sentido ni operatividad; sobre todo, si se tiene en cuenta que puede iniciarse la vida humana independiente por sucesos que no necesariamente constituyen un parto natural, como el caso de la cesárea. Consecuentemente, consideramos que el razonamiento esbozado por CASTILLO ALVA no resulta funcional y acorde con la protección y defensa de la vida, plasmada en el artículo 1° de la Constitución Política del Estado.

Por tanto, dar muerte a al feto viable luego de la expulsión o extracción prematura constituirá los delitos de homicidio, infanticidio,

parricidio o asesinato, según sea el caso. Pues, la conducta orientada a extinguir este tipo de vida constituye un nuevo riesgo (diferente de la práctica abortiva) contra una persona viva.

Más aún, si al manejar este criterio en la definición jurídico-penal, coincidimos con el criterio médico que diferencia propiamente entre aborto y "parto prematuro"; considerando como aborto a la *expulsión* prematura, *natural o provocada*, del producto de la concepción antes de su *viabilidad*, el mismo que de acuerdo a los avances médicos se estima que solo podrá producirse dentro de los cinco primeros meses de gestación; a diferencia del "parto prematuro", consistente en la expulsión o extracción del feto, producido después del referido término, cuando la vida de la criatura ya es viable; de donde se aprecia que la viabilidad del concebido fuera del claustro materno, determina un tratamiento diferenciado entre ambas fases del desarrollo de la vida humana y toma en cuenta como criterio fundamental de la ciencia médica la viabilidad del ser humano.

1.4. BIEN JURIDICO Y OBJETO MATERIAL

El bien jurídico protegido, conforme ya lo hemos señalado al inicio de la presente obra, es la vida del concebido (embrión o feto), que se constituye como un bien jurídico constitucionalmente protegido[1094]. Junto a este bien jurídico se acepta que existen otros bienes secundarios, como el de la autodeterminación de la embarazada, al castigarse más gravemente el aborto perpetrado sin su consentimiento.

El objeto material del delito de aborto es el embrión o feto, lo cual dependerá del momento en que se produce la interrupción del

[1094] Exp. N° 5821-97 Lima de 26ENE98: "En esta clase de delitos se protege la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o feto, teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política consagra en su artículo segundo inciso primero como derecho fundamental de la persona, la vida humana y establece además que el concebido es sujeto de derecho en todo cuando le favorezca".

embarazo. El inicio de la protección penal, como también ya se ha indicado, comienza a partir de la implantación, anidación o adhesión del producto de la concepción en el útero de la madre hasta el momento del parto.

El objeto material no solo debe estar vivo para que pueda hablarse de aborto, sino que debe tratarse de una vida viable, es decir debe tener la aptitud para desarrollarse fisiológicamente hasta alcanzar el parto[1095]. Por consiguiente, el producto de la concepción muerto o aquel que no podrá nacer, o que nacerá pero vivirá pocas horas o días, no puede ser considerado como objeto material del delito de aborto. En nuestro medio sostiene una posición contraria CASTILLO ALVA[1096], para quien la posibilidad de que la tutela penal dependa de que el feto sea viable, implicaría que el objeto de la protección ya no sería la vida humana, sino la vida humana que fisiológicamente pueda alcanzar el nacimiento; además, que establecer cuándo fisiológicamente el feto puede alcanzar el parto, es una cuestión que no puede, hasta el momento, recibir una respuesta exacta.

Al respecto, desde una perspectiva constitucional consideramos que en estos casos el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* decae, precisamente por estar ante la vulneración de una vida inviable, de ahí que los derechos de la mujer deben prevalecer, sin que el legislador pueda obligarla (acudiendo a la sanción penal) a llevar a término el embarazo de un feto que, según la certificación médica respectiva, se encuentra en tales condiciones. La no penalización de la madre en este supuesto extremo, obedecería a que la protección penal

---

[1095] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 113; LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 294, quien precisa que en estos casos no es que se niegue la presencia de vida humana en los embriones inviables, sino que el Derecho no les puede dispensar su tutela porque está descartado desde el principio que puedan evolucionar e incorporarse plenamente a la sociedad; ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 162; FEIJOO SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 295; GONZÁLES RUS: *Ob. Cit.* p. 77; CARBONELL MATEU- GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 102

[1096] *Ob. Cit.* p. 75.

de la vida en gestación implicaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a cualquier madre, puesto que la mujer no solo soportaría la carga del embarazo, sino además la pérdida de la vida del ser que, por su grave malformación es inviable, lo que implicaría someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectarían su dignidad, además de desconocer su derecho a una salud integral; pues, obligar a la futura madre a terminar un embarazo cuyo desenlace fatal se conoce de antemano, puede desencadenar un cuadro de depresión con severas repercusiones en la futura salud mental de la mujer.

Los seres deformes o "monstruosos" también son objeto de protección del delito de aborto, siempre y cuando tales malformaciones no impliquen su inviabilidad como se ha indicado líneas arriba[1097]; por el contrario, si son viables y se causa su destrucción estaremos dentro de los alcances del aborto eugenésico (Art. 120° inc. 2 del Código Penal), aunque como veremos más adelante esta regulación resulta inconstitucional.

De lo expuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Los embriones fecundados in vitro, y no implantados en el útero de la madre no pueden ser objetos del delito de aborto.

Las molas (óvulos fecundados y abortivos), que en lugar de morir se hacen parásito de la sangre de la madre, deben equipararse al feto muerto, y por tanto no pueden constituir objeto material del delito de aborto.

En los casos de embarazos ectoscópicos, en los que el óvulo fecundado se anida y desarrolla fuera de la cavidad uterina, hay un objeto material merecedor de protección penal, mientras no se conozca con

[1097] GARCIA VITORIA citado por FEIJO SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 296, distingue entre seres deformes y monstruosos, a partir de la idea de que los segundos son siempre inviables, se tratan de casos de fetos sin cabeza, cerebro o corazón.

seguridad y certeza que el producto de la concepción no podrá nacer, es decir, hasta que se determine que no son viables.

Las malformaciones del feto certificadas médicamente, que por su gravedad, lo hacen inviable, no configura objeto de protección del delito bajo análisis.

1.5. SUJETO PASIVO

Si entendemos que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida humana dependiente, es decir la vida del concebido, consecuentemente, el sujeto pasivo del delito de aborto será el propio concebido, en cuanto portador del bien jurídico lesionado; sin embargo, comparecerán como actores civiles en el proceso quienes hayan tenido legítimo interés en la continuación del embarazo y el nacimiento final del producto de la concepción.

Al respecto, no son objeciones válidas el criterio que señala que el concebido no puede ser titular de derechos y obligaciones; pues, los bienes jurídicos no son derechos subjetivos que requieran de su titular las condiciones necesarias para poder ejercerlas[1098]. Igualmente, no resultan válidas las objeciones en el sentido que el concebido no ostente la calidad de persona como indica por ejemplo RODRÍGUEZ RAMOS[1099], pues con ello se olvida que el sujeto pasivo no es igual a persona. Finalmente, no se pueden admitir como objeciones válidas el argumento que señala que el concebido no puede disponer sobre su propia vida o de otros bienes, puesto que con ello no se toma en cuenta que el ordenamiento jurídico, al igual que en otros casos de bienes jurídicos individuales, como en el caso de los niños de corta edad, opta por la indisponibilidad del interés tutelado en aras de la protección de sus titulares[1100].

[1098] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 291.

[1099] *Ob. Cit.* p. 69.

[1100] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 291.

La madre únicamente puede ser sujeto pasivo, cuando el aborto constituye al mismo tiempo un atentado contra su libertad (aborto no consentido), pero no si conlleva un atentado contra su vida o integridad física, ya que en estos casos los hechos se subsumirían en el delito de lesiones o de homicidio[1101]. La sociedad tampoco puede ser sujeto pasivo de este delito, por cuanto más allá del temor a los abusos a los que podamos exponernos si afirmamos que el titular de la vida prenatal es la sociedad, es la esencia individual –y no colectiva- del bien jurídico que es materia de protección, la que determina una protección autónoma. A decir de LAURENZO COPELLO, "admitir la titularidad colectiva de la vida en gestación implica tanto como eliminar los caracteres que le son propios, convirtiéndola simplemente en un valor social que en nada se distingue de la "esperanza de vida"[1102].

Los perjudicados, y por tanto aptos para constituirse en ***parte civil*** en el proceso penal a fin de solicitar la respectiva indemnización ante el daño moral sufrido por la pérdida de la criatura, puede ser la madre, siempre y cuando no haya consentido el aborto, en cuyo caso el daño ocasionado contaba con su aprobación, y nadie puede promover acción penal fundándose en su propio dolo[1103]; el padre también puede constituirse en parte civil siempre y cuando no haya consentido la práctica abortiva, al igual que los familiares de la mujer si esta falleció[1104], así como también los del padre.

[1101] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 163.

[1102] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 291; ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 164 señala que: "... con mayor motivo debe ser descartado el Estado como sujeto pasivo, puesto que aunque tampoco hay inconveniente en reconocerle esa condición en algunos delitos que afectan a las instituciones y a la organización político jurídica del Estado, no debe confundirse la titularidad del bien jurídico con los deberes de protección y con el ejercicio exclusivo del *ius puniendi* que constitucionalmente le corresponde".

[1103] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 87.

[1104] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 164.
Nuestros operadores jurisdiccionales tienden a considerar a la sociedad

1.6. EL EMBARAZO

Es el estado de gravidez de la mujer, determinado por la anidación del producto de la concepción en el claustro materno (útero de la madre). Durante todo este estado, iniciado con la anidación hasta el nacimiento del ser, la madre porta en su vientre al *"concebido"* o feto. La constatación de este estado de preñez o gravidez es *conditio sine qua non* para hablar del delito de aborto[1105]; por tanto, es imprescindible que se haya demostrado dicho estado por medio del dictamen de los peritos médicos[1106]; ello sin embargo, no significa que necesariamente se tenga que hallar el cadáver del feto, pues resulta suficiente que el estado de embarazo se constate por otros medios, a la vez, que se constate las maniobras abortivas que llevaron a la extracción o expulsión del feto.

No obstante, resulta pertinente precisar que existen manifestaciones conocidas con el nombre de *embarazo nervioso,* consistente en la suspensión de la menstruación, dilatación del vientre, y en general, en la presencia de otras señales que harían suponer un estado de gravidez, pese a que tal estado no existe, encontrándonos únicamente ante una sintomatología patológica en la salud de la mujer; obviamente, en estos casos no está presente el feto, y por ello mismo, aun cuando se practiquen maniobras abortivas encaminadas a ocasionar el aborto, únicamente estaremos ante un delito imposible, y de ser el caso ante un delito de lesiones.

---

como la parte agraviada del delito cuando consintió el aborto, lo cual no nos parece correcto conforme ya se ha indicado (Así por ejemplo la resolución recaída en el Exp. N° 1410-97 del 6AGO97).

[1105] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 210; SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 223; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 256; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 107; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 163; CREUS: *Ob. Cit.* p. 54; CARRARA: *Ob. Cit.* p. 342.

[1106] Exp. N° 4241-97 Lima de fecha 28NOV97:"Para la configuración de este ilícito se requiere no solo que esté probado el estado de gestación sino su interrupción con la consiguiente muerte del feto atribuibles a los procesados".

1.7. MEDIOS

El legislador no ha puesto ningún límite respecto a los medios que pueden emplearse para la comisión de esta modalidad delictiva. En tal sentido, pueden utilizarse medios físicos, químicos (sustancias farmacéuticas, vegetales, etc.) o mecánicos, que pueden ser extragenitales –traumatismos ubicados cerca del útero-, y genitales –taponamiento vaginal, cauterizaciones del cuello uterino, punción de las membranas de la cavidad uterina, el vaciamiento uterino (raspado uterino), aspiración al vacío-, que pueden producir la muerte del feto dentro del claustro materno o su expulsión prematura. También pueden utilizarse medios morales, como una fuerte conmoción síquica a consecuencia de la cual se producen los resultados antes referidos[1107].

[1107] Ver con más detalle PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* pp. 212-213.

2. AUTO - ABORTO

Art. 114°.- *"La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas."*

Esta figura penal tiene como antecedentes inmediatos el art. 159° del Código Penal de 1924[1108], y el art. 243° el Código Penal de1863, donde se consideraba como atenuante la buena fama de la mujer embarazada[1109].

El fundamento de la menor punibilidad del delito de aborto en estos casos, respecto de la penalidad establecida para el tercero que causa el aborto con consentimiento de la madre, se explica porque en este supuesto se aprecia un menor grado de culpabilidad de la mujer, ya que le es menos exigible el respeto a las normas que protege la vida humana prenatal, cuando ve condicionada su libertad, su autonomía, y

---

[1108] Art. 159°: "La mujer que por cualquier medio adoptado por ella, o por otro con su consentimiento, causare su propio aborto, sufrirá prisión no mayor de cuatro años".

[1109] Art. 243°: "La mujer embarazada que de propósito causare su aborto ó consintiere que otro lo cause sufrirá reclusión en cuarto grado. Si fuere de buena fama, y cometiere el delito obcecada por el temor de que se descubra su fragilidad, se rebajará un grado de la pena".

en definitiva, su forma de vida; situación que no se presenta respecto de los terceros que carecen de motivos tan intensos para infringir las normas penales; por tal motivo ante injustos valorativamente equivalentes la mujer recibe un reproche menor que cualquier tercero en virtud de sus circunstancias personales[1110].

En base a lo expuesto precedentemente, consideramos que este artículo no debe considerarse como un tipo autónomo o independiente, sino como un tipo atenuado del art. 115° CP, que como se va a explicar más adelante, constituye el tipo básico de los delitos contra la vida humana dependiente. Su configuración en un artículo diferente obedece a que nuestro legislador ha optado por sancionar a la mujer que causa su propio aborto o consiente en ello, con pena inferior a la prevista para los terceros. Asimismo, cabe precisar que la naturaleza de la atenuación, conforme se puede deducir de lo expuesto, es estrictamente personal, no pudiendo beneficiar a los terceros –inductores o cómplices- que participan en el hecho, quienes responderán a partir del tipo básico (Art. 115° CP).

2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico tutelado es la vida humana dependiente.

2.2. TIPO OBJETIVO

2.2.1 SUJETOS

a) Sujeto activo

Solo puede ser la mujer gestante. Aun cuando se presentan dos supuestos.

[1110] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* pp. 286-287, señala que el fundamento de la menor punibilidad debe interpretarse como una circunstancia personal basada en la menor exigibilidad de la conducta, que por afectar las condiciones de motivabilidad de su destinataria, encuentra su ubicación sistemática adecuada en la culpabilidad; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 62.

En el primer supuesto, es la mujer quien provoca su propio aborto, siendo ella la única autora del delito referido.

En el segundo supuesto, la mujer simplemente presta su consentimiento para que un tercero provoque su aborto. En este caso, si bien existen dos autores de este hecho, una la mujer que consiente y otro el tercero que le practica el aborto, no estamos ante un caso de coautoría; puesto que la conducta de la mujer se adecua al tipo penal en comento (artículo 114° del CP) y la conducta del tercero se tipifica en el artículo 115° del CP.

d) Sujeto Pasivo

Tanto el sujeto pasivo así como el objeto material de este delito es el embrión o feto. Pudiendo concurrir en su representación, quien tenga legítimo interés en el nacimiento.

2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

La acción típica consiste en causar el aborto, pudiendo darse en dos modalidades. La primera, cuando es la mujer quien causa su propio aborto, y la segunda, cuando otra persona es quien causa el aborto de la mujer con el consentimiento de esta, sin importar los medios que utilice (físicos, mecánicos o químicos). En ambos casos debe comprobarse la existencia de una relación de causalidad entre las maniobras abortivas y la destrucción o muerte del producto de la concepción, además, debe ser objetivamente imputable a la conducta de la mujer o del tercero respectivamente, es decir, que el riesgo creado permita explicar la destrucción del embrión o feto.

a) La mujer causa su aborto

Este supuesto exige que sea la propia mujer quien realice los actos ejecutivos del aborto, por lo cual a nivel doctrinal se denomina a esta modalidad delictiva "aborto activo". El resultado -muerte del embrión- puede causarse también en virtud de un comportamiento pasivo (comisión por omisión), este caso se presentará por ejemplo

cuando la embarazada sabe perfectamente que la vida de su hijo corre peligro y decide no adoptar ningún tipo de medida o pedir ayuda para evitar dicho resultado.

Como se ha detallado *ut supra,* la mujer es la única autora de este delito; en tal sentido, el tercero que induzca o solo coopere en la realización del mismo, sin tener dominio funcional del hecho, responderá a título de instigador o de cómplice de dicho acto. Es factible la autoría mediata; esto es, la embarazada puede servirse de un tercero como instrumento para la consecución del aborto; aun cuando resulta difícil que dicho tercero no conozca que está provocando un aborto[1111].

La conducta negligente de la mujer embarazada respecto de su vida o su salud, el poco cuidado en la conservación de su embarazo, o incluso las maniobras suicidas, que sin intención, determinen la eliminación del producto de la concepción no son punibles como auto aborto[1112].

b) La mujer que consiente que otro le practique el aborto

Este supuesto también es denominado auto-aborto pasivo, el mismo que exige que sea un tercero quien materialmente practique el aborto de la mujer, obviamente con el consentimiento de esta. Se debe precisar que no se trata de una mera participación del tercero en calidad de cómplice de la mujer que consiente el aborto, sino que el tercero realiza las maniobras abortivas con dominio del hecho; sin embargo, no se trata de un supuesto de coautoría, porque cada uno de ellos realizará su propio delito, la mujer el tipo penal previsto en el artículo 114° y el tercero el previsto en el artículo 115° del Código Penal.

El consentimiento de la mujer en esta modalidad constituye un elemento del tipo tendiente a autorizar en la mayoría de los casos,

---

[1111] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 100.

[1112] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 111; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 181.

las maniobras que es preciso realizar sobre ella para producir el aborto[1113], basta que la gestante apruebe la muerte del embrión o feto y no tanto las maniobras abortivas para que se configure esta modalidad de aborto[1114]. El consentimiento necesariamente deberá prestarse con anterioridad a la acción típica, el *consentimiento posterior* o *perdón* carece de validez. De otro lado, cabe acotar que el consentimiento puede revocarse en cualquier momento previo a la consumación del delito; si esto sucede y el tercero continúa con el procedimiento abortivo estará incurso en el delito de aborto no consentido. Por último, cabe precisar, que no es necesario que la gestante, durante el proceso abortivo o posterior a ello, exponga constantemente su consentimiento a la práctica abortiva[1115].

Respecto a la validez del consentimiento en el ámbito jurídico penal CEREZO MIR[1116] refiere que depende de diversos factores: *a)* De la capacidad natural de juicio, es decir de la capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la decisión. Este aspecto se determina atendiendo a las circunstancias personales y nivel de madurez de la embarazada de acuerdo a su situación concreta, sin sujeción a las reglas del ordenamiento penal o civil. En este sentido, para establecer la validez del consentimiento, no debemos guiarnos de los límites que establece nuestro ordenamiento penal para ser sujetos de imputabilidad, ni tampoco de las reglas del Código Civil que regulan la capacidad de ejercicio[1117]. Por consiguiente, es perfectamente posible

---

[1113] GONZÁLES RUS: *Ob. Cit.* p. 80.

[1114] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 113.

[1115] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 113.

[1116] *Ob. Cit.* p. 326-331.

[1117] En contra ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 262 quien niega la posibilidad de que un débil mental pueda consentir válidamente un aborto; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 161, para quién el consentimiento debe ser prestado válidamente por quien tiene capacidad legal para otorgarlo, situación que se presenta recién cuando adquiere la mayoría de edad, es decir cuando cumple los 18 años de edad, antes de esa edad no se puede apreciar un consentimiento

que mujeres menores de edad, e incluso con algún tipo de discapacidad mental consientan una práctica abortiva, siempre y cuando tal estado no sea grave, es decir que no implique un supuesto de ausencia de discernimiento; de esta manera cuando concurre este presupuesto, la voluntad del representante legal o de los padres carece de eficacia para enervar la voluntad de la gestante[1118]. *b)* El consentimiento ha de ser eficaz, para lo cual la gestante debe tener información suficiente sobre el acto que consiente, este requisito tiene mayor relevancia de lo que se piensa; así por ejemplo, en los casos de abortos selectivos, en los cuales no se le informa a la mujer embarazada sobre los riesgos de la intervención dirigida a destruir solo a un embrión, no podríamos hablar de un consentimiento eficaz si se produce la destrucción de los demás embriones, siendo factible la subsunción de este resultado en el delito de aborto no consentido[1119]. *c)* Por último, es imprescindible que la embarazada actúe consciente y libremente, es decir que el consentimiento no deba haber sido obtenido mediante violencia, amenazas y engaños, en cuyo caso, el consentimiento estaría viciado.

La ley no precisa si el consentimiento de la gestante debe ser expreso o tácito; en tal sentido, es válido cualquiera de estos tipos de consentimiento. El consentimiento es expreso cuando la mujer manifiesta verbalmente, por escrito o mediante signos inequívocos que consiente que el tercero atente contra la vida del embrión o feto. No es necesario exigir para la configuración de esta modalidad abortiva, que la iniciativa del aborto parta necesariamente de la mujer, pues, puede tratarse de un caso en que ella asiente la iniciativa proveniente de un

---

válido. Al respecto, cabe precisar que una cosa es establecer el límite de edad para determinar cuando una persona es responsable penalmente, y otra determinar cuando una persona puede consentir válidamente por razón de su edad. Ver. CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 330.

[1118] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 63: "(...) una mujer menor de edad puede consentir si es suficientemente madura. No puede oponérsele la voluntad contraria de su representante legal"; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 130-131.

[1119] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 309.

tercero[1120]. El consentimiento es tácito cuando la mujer realiza actos que signifiquen la expresión de voluntad de la mujer de someterse a la práctica abortiva[1121], como por ejemplo internarse en una clínica donde se efectúan prácticas abortivas. No es admisible el consentimiento presunto. Carece de esa certidumbre la sospecha o conjetura fundada en actos de la mujer indirectamente vinculados con el aborto, *verbi gratia,* su manifestación de que no quiere ser madre, o de que odiará a su futuro hijo[1122].

La menor reprochabilidad del aborto consentido se funda en la certidumbre del autor de que la mujer quiere la muerte del feto en las circunstancias concretas del caso.

La responsabilidad criminal requiere que el tercero realice actos ejecutivos del aborto, la mera circunstancia de que la mujer haya prestado su consentimiento constituye un acto preparatorio impune.

2.3. TIPO SUBJETIVO

El tipo penal es doloso, y es posible el dolo eventual.

2.4. AUTORIA Y PARTICIPACION

La única autora es la propia mujer, ya sea porque realiza los actos ejecutivos de su propio aborto, o consiente que otro realice sobre su cuerpo maniobras abortivas. La autoría mediata es factible, así, cuando la madre utiliza a un tercero como instrumento de su propio aborto, ya sea por haberle coaccionado o engañado. Por ejemplo, cuando se entrega al médico que realiza el aborto exámenes falsos que concluyen que el embarazo pone en riesgo su salud con un peligro grave y permanente.

[1120] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 170; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 112. En contra ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 258; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 162.

[1121] CREUS: *Ob. Cit.* p. 56.

[1122] NÚÑEZ: *Ob. Cit.*, p. 169.

Como se ha señalado, el tercero que induzca o solo coopere en la realización del mismo, sin tener el dominio del hecho, responderá a título de instigador o de cómplice de dicho acto, estando a la teoría de la unidad del título de imputación; aun cuando la pena se equiparará a la de la autora (la embarazada) puesto que la pena atenuada respecto del tipo básico, prevista en este caso, es estrictamente personal[1123]. En el mismo sentido HURTADO POZO[1124], señala que el agente que presta asistencia a la mujer será siempre reprimido como cómplice en el art. 114° CP, conforme a las reglas generales de la participación, atendiendo a que el legislador de 1991 ha eliminado la hipótesis del art. 160° del CP de 1924[1125], en el que se establecía que también cometía delito de aborto el que prestaba asistencia a la mujer con tal objeto.

Existe inducción cuando se determina dolosamente a la embarazada a cometer su propio aborto a o permitir que otro le cause. La

---

[1123] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 288: "Esta solución resulta adecuada a los contenidos valorativos de la regulación del aborto, puesto que los terceros están tomando parte sin más en la lesión del bien jurídico protegido –en la producción de un aborto-, supuesto éste cuyo merecimiento de pena viene fijado en el tipo básico. De extenderse a ellos el privilegio, se les beneficiaría injustamente frente a quienes realizan el mismo aporte en el aborto causado por alguien distinto de la mujer. No veo ninguna diferencia, por ejemplo, entre el facultativo que proporciona a la mujer un abortivo para que ella misma lo ingiera y aquél que le entrega una sustancia al novio de la embarazada para que éste se le inyecte y cause así el aborto. (...) Atendiendo a la finalidad de le Ley en lo atinente al privilegio de la embarazada, estos resultados carecen de toda lógica"; GONZÁLES RUS: *Ob. Cit.* p 81, señala que si bien en rigor los inductores u cooperadores que participan en los autoabortos, deben responder como partícipes en el hecho principal que se castiga expresamente (Art. 114° de nuestro CP), la voluntad legal es diferenciar la responsabilidad de la propia madre, de los terceros que responderán siempre por el art. 145°. 1 (Art. 115° de nuestro Código Penal).

[1124] Ob. Cit. p. 64.

[1125] Art. 160° CP 1924: "El que causara el aborto de una mujer con el consentimiento de ella, o le prestare asistencia con tal objeto –resaltado nuestro-(...)".

complicidad es punible si se realiza con la conciencia de que se va a facilitar la comisión de un aborto, y este al menos comience a ejecutarse; así, por ejemplo, los actos de expendio o venta de abortivos, son punibles a título de complicidad, si se realizan con la conciencia de que va a ser utilizado en un caso concreto y este al menos comience a ejecutarse[1126]; sin embargo si dichos abortivos no son utilizados, sino otros, no habrá participación punible[1127]. También constituyen actos de complicidad la facilitación del nombre de la persona que realiza estas actividades ilícitas, sufragar los gastos del aborto, indicar la dirección del lugar donde se realizan los abortos, o facilitar su propio domicilio para tal acción, entre otros.

2.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Se consuma el delito de autoaborto con la muerte del embrión o feto ya sea dentro o fuera del claustro materno, en este último caso como consecuencia de su inviabilidad extrauterina ya sea por su inmadurez, o como consecuencia de las maniobras abortivas que se ha efectuado en el feto o embrión. En este sentido, el aborto se consuma tanto cuando hay expulsión parcial del huevo y la placenta, y la posterior y obligada intervención quirúrgica -de legrado o raspado-, solo se realiza para extraer todos los restos del embarazo[1128], como por ejemplo cuando es necesario realizar el legrado para salvar la vida de la madre, que se encuentra en peligro por una septicemia provocada por anteriores maniobras abortivas[1129]. La operación posterior de los médicos, que se limitan a extraer el feto muerto como consecuencia de las maniobras abortivas, no constituye, como es obvio, un delito de aborto. Si el embarazo es múltiple basta con la destrucción de

---

[1126] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 306.

[1127] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 123.

[1128] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 128.

[1129] GONZÁLES RUS: *Ob. Cit.* p. 79.

uno de los fetos[1130]; sin embargo, ello no obsta para que un tercero también incurra en el delito de aborto si es que realiza la extracción o da muerte al otro de los fetos que aún estaba vivo en condiciones de viabilidad. No es necesario que la muerte del feto o embrión se produzca inmediatamente a la realización de las maniobras abortivas, basta con que pueda afirmarse la relación causal y la imputación objetiva de dicho resultado.

Al tratarse de un delito de resultado, la tentativa es plenamente admisible, siempre y cuando se hayan realizado los actos ejecutivos correspondientes[1131], como por ejemplo la ingesta de determinadas sustancias abortivas, la introducción de instrumentos por la vagina, etc. Si después de realizadas las maniobras abortivas, mediante las cuales se logra la expulsión prematura del feto, este logra sobrevivir, estaremos ante un supuesto de tentativa acabada[1132]. Si la madre logra la expulsión del feto, pero es un tercero quien le da muerte, ya fuera del claustro materno, dependerá de si el concebido se encuentra en condiciones de viabilidad fuera del claustro materno; pues, si no era viable, la conducta del tercero será impune, pues el aborto necesariamente iba a consumarse como resultado de la propia acción abortiva; pero si el concebido, luego de extraído del claustro materno, estaba

---

[1130] CASABONA: *Ob. Cit.* p. 177.

[1131] Respecto a la punibilidad de la tentativa en este delito, PEÑA CABRERA sostiene que debe ser impune, así señala que: "La doctrina nacional se inclina a favor de la represión de la tentativa. Nosotros estimamos errado este criterio, puesto que en aras de rendir culto a un excesivo formalismo jurídico, sacrificamos valores de una mujer, bastante afectada ya por el hecho dramático de haber decidido abortar o, más aún, de haberlo intentado". PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.*, p. 217. Nosotros discrepamos con esta posición, por cuanto consideramos que la protección a la vida del embrión o el feto debe ser integral. Asimismo, asumir la posición vertida por el insigne tratadista implicaría incentivar aún más las prácticas abortivas; es por ello que con buen criterio el legislador peruano ha incorporado en el catálogo pena el tipo penal de lesiones al concebido (Art. 124°-A C.P), a fin de cautelar la salud y normal desarrollo del mismo.

[1132] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 119.

en condiciones viables (de poder tener una vida independiente de la madre), el tercero responderá por un delito de homicidio, asesinato o parricidio según sea el caso.

Como es obvio, es factible el desistimiento, el mismo que puede producirse tanto por la interrupción voluntaria de las maniobras abortivas antes de que se completen las acciones necesarias para producir la muerte del feto, vg., el retiro de una aguja de coser antes de que llegue al útero; como por la realización de actos positivos que eviten el resultado, vg., después de ingerir una pastilla abortiva, se recurre al hospital a fin de detener el proceso de aborto[1133].

Los actos preparatorios son impunes. Así, la adquisición de abortivos, la venta, indicación, o expendió de abortivos, salvo que se realicen con plena conciencia de que el abortivo será utilizado en un hecho concreto y este por lo menos comience a ejecutarse.

[1133] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 306.

3. ABORTO CONSENTIDO

Art. 115°: *"El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.*
Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años"

Esta figura penal tiene como antecedentes inmediatos el art. 160° del Código Penal de 1924[1134], y el art. 244° (2do párrafo) del Código Penal de 1863, en este último, se regulaba esta figura como una atenuante del tipo básico[1135] con mayor técnica legislativa[1136], aunque se incurría en una enumeración innecesaria de los modos en que podía cometerse el delito de aborto por un tercero.

Respecto a la regulación del Código Penal de 1924, cabe precisar que consideraba como autores de este delito a los terceros que

---

[1134] Art. 159°: "El que causare el aborto de una mujer con el consentimiento de ella, o le prestare asistencia con tal objeto, será reprimido con penitenciaría no mayor de cuatro años o con prisión no mayor de dos años. El tiempo de la pena puede extenderse hasta seis años, si el aborto o el procedimiento empleado para él, causare la muerte de la mujer y si el delincuente pudo prever este resultado".

[1135] Art. 244°: "El que de propósito ocasione el aborto de una mujer empleando violencias, bebidas u otros medios, sufrirá cárcel de cuarto grado".

[1136] Art. 244°: "...Se rebajará en un grado de esta pena, si la mujer hubiere solicitado el aborto".

se limitaban a prestar asistencia a la mujer embarazada, es decir se equiparaba a la acción de prestar asistencia a la mujer con la de causarle el aborto[1137]. En suma, se trataba de un caso de complicidad considerado como un "*delito especial*" o como una "*figura autónoma*", situación que ha cambiado con la actual regulación.

Para analizar este tipo penal, es necesario precisar que la sistemática de la elaboración de los tipos penales contenidos en este título (delitos contra la vida humana dependiente –aborto) no nos parece la más adecuada, pues no tenemos un tipo básico que pudiera aplicarse para evitar supuestos de impunidad, como el caso de ciertos errores de parte del agente respecto a alguno de los elementos objetivos del tipo, como por ejemplo, el consentimiento de la embarazada en el tipo penal previsto en el artículo 115°, materia de análisis. En este caso, si el tercero, pese a actuar diligentemente, cree que cuenta con el consentimiento de la embarazada, pero dicho consentimiento no existe, estaremos ante un error de tipo invencible (Art. 14° del CP), al desconocer el agente uno de los elementos del tipo; por tanto, su conducta no se tipificará en dicho artículo 115°; pero claro, este tercero, en todo momento sabía que estaba cometiendo el aborto de la embarazada, y por tanto, tenía pleno conocimiento de la naturaleza penal de su accionar; sin embargo, no le resulta aplicable ninguna de las normas referidas al aborto; con lo que se genera un área de impunidad no compatible con la obligación de proteger la vida humana dependiente.

Este problema, obviamente, debe resolverse, desde una perspectiva de *lege ferenda*, a través de la formulación de un *tipo básico* que comprenda todo tipo de conductas que atenten contra la vida humana dependiente, al igual que lo hace el homicidio simple en los delitos contra la vida humana independiente. No obstante, mientras no exista una norma de estas características, debemos interpretar la normatividad existente, conforme a su sentido y finalidad político criminal orientada

[1137] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 64, precisa que esta fórmula se hizo siguiendo al legislador suizo, con la finalidad de resolver el problema de la complicidad.

a prodigar una verdadera protección a la vida humana dependiente, a fin de dotar de funcionalidad a nuestra normatividad penal al respecto y evitar las lagunas de punibilidad.

En tal sentido, podemos considerar a la figura penal prevista en el artículo 115° CP, materia de comentario, como el tipo básico de los delitos contra la vida humana dependiente, tal como lo señala HURTADO POZO[1138]. Para sustentar esta tesis se debe tener en cuenta que, entre todas las figuras que integran este capítulo, existe una relación de interdependencia, por cuanto giran en torno a una misma conducta "causar un aborto"; las particularidades o circunstancias de los tipos penales específicos –vg., la calidad del sujeto activo, el no consentimiento de la embarazada, el origen ilícito del embarazo, la calidad del objeto material, etc.-, únicamente concurren para graduar el contenido del injusto o de la culpabilidad, pero no alteran la esencia prohibitiva de las normas que protegen la vida humana dependiente (aborto)[1139]; esto es, su ausencia no niega la tipicidad de la conducta. Más aún, los elementos básicos de esta norma (Art. 115°) se encuentran presentes en los demás tipos penales de este capítulo. En tal sentido, la referencia en este tipo penal, al consentimiento de la mujer, no puede llevarnos a concluir que estamos frente a una figura atenuada respecto del art. 116° del CP (aborto no consentido), que bajo esta perspectiva constituiría el tipo básico[1140].

En efecto, es pertinente responder la siguiente pregunta: ¿Se atenúa la hipótesis del art. 115°, respecto del art. 116°, porque se tiene el consentimiento de la mujer? La respuesta es negativa, sencillamente porque, como se ha señalado, en todos los delitos que integran este capítulo, el sustrato común es la protección del bien jurídico "*vida humana dependiente*", de la cual no puede disponer la madre emba-

[1138] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 61.

[1139] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 283.

[1140] Así por ejemplo HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 61.

razada; considerar que se atenúa porque se tiene el consentimiento implicaría reconocer efectos jurídicos a algo que no tiene una valoración jurídica positiva –en este caso la potestad de la madre de interrumpir el embarazo-. Por esta razón, la referencia que se hace al consentimiento en este tipo penal, no constituye, respecto del sujeto activo, una circunstancia que determine una valoración distinta de su conducta; y por ello el "consentimiento de la mujer" no puede considerarse como un elemento constitutivo del tipo, ya que lo que se protege en este tipo penal es la vida humana dependiente, y no otro bien jurídico, como la autodeterminación de la madre[1141].

En conclusión, el art. 115° del Código Penal constituye el tipo básico de todas las figuras que integran este capítulo, mientras que el art. 116° del Código Penal, constituye un tipo agravado, por cuanto, a la lesión de la vida humana dependiente se suma la protección de otro bien jurídico: la libertad de la mujer[1142].

3.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la vida humana dependiente.

3.2. TIPO OBJETIVO

3.2.1 SUJETOS

c) Activo

Es el tercero que causa el aborto de la gestante, contando con el consentimiento de la misma. Puede ser cualquier sujeto, a excepción

---

[1141] SANCINETTI, Marcelo A: *Casos de Derecho Penal.* Hammurabi, Buenos Aires, 2003. pp. 97-99.

[1142] LAURENZO COPELLO: *Ob.* Cit. p. 284. En el mismo sentido CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 149, aunque no se pronuncia sobre cuál es el tipo básico, descarta que el art. 116° del CP, sea el tipo básico, sino un tipo cualificado, en la medida que no solo se mata, sino que se atenta contra la libertad de la madre, existe por tanto un mayor desvalor del resultado.

de la gestante. La acción de la grávida que presta su consentimiento para que el tercero le practique el aborto, configura el tipo penal previsto en el art. 114° CP.

d) Pasivo

13.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento del agente consiste en causar el aborto de una mujer embarazada con su consentimiento. Dicho acto puede realizarse por acción o por comisión por omisión. Debe comprobarse la existencia de una relación de causalidad entre las maniobras abortivas y la destrucción del producto de la concepción, resultado que además debe ser objetivamente imputable a la conducta del tercero, es decir que el riesgo creado permita explicar la destrucción o muerte del embrión o feto. La conducta del tercero, más allá de la mera participación debe tener el dominio del hecho, esto es, la calidad de autoría.

El consentimiento para que sea jurídicamente válido, debe provenir de una mujer libre y capaz (aun cuando respecto a la capacidad debe considerarse, fundamentalmente, que se trate de una mujer con discernimiento, aun cuando no reúna los requisitos de la capacidad de ejercicio previstos por el Código Civil, tal como ya se ha indicado líneas antes), y debe reunir los requisitos que ya han sido materia de análisis.

Es factible la comisión de este delito en *comisión por omisión*, así por ejemplo, el caso del médico de guardia que, coludido con la mujer que entra al hospital con un proceso de aborto espontáneo, omite realizar los tratamientos adecuados a fin de impedir dicho resultado. Sin embargo, no es factible castigar por aborto en comisión por omisión al padre del *nasciturus* que conociendo la intención de su mujer de tomar unos abortivos, estando presente en el momento de los hechos, no impide la interrupción del embarazo, por cuanto si en nuestro ordenamiento jurídico no se concede relevancia a la opinión del progenitor –ya sea porque no se agrava el aborto punible cuan-

do falta su consentimiento o porque no se la toma en cuenta en los supuestos despenalizados-, resultaría desproporcionado imponerle un especial deber de garante en estos casos[1143]. Tampoco sería factible que el padre, en este caso, pueda ser procesado por el delito de omisión de socorro, ya que este se configura cuando una *persona* se encuentra en peligro grave para su vida o salud, en tanto que el concebido aún no es persona.[1144]

3.3. TIPO SUBJETIVO

El tipo penal es doloso.

Respecto al *error de tipo,* se presentan dos supuestos en los que la doctrina se muestra dudosa: el primero de ellos está referido al supuesto en que el autor del aborto cree actuar sin consentimiento de la gestante, pese a que ella manifestó su aceptación a la práctica abortiva; en el segundo supuesto el autor del aborto cree actuar con el consentimiento de la gestante, cuando en realidad asta nunca autorizó dicha práctica abortiva, piénsese por ejemplo, en el caso del médico que causa el aborto de una mujer inconsciente, en la creencia errónea de que es ella quien ha dado su consentimiento, cuando en realidad se trataba de otra paciente de la misma clínica. Como puede apreciarse, en ambos supuestos existe una incongruencia entre el tipo objetivo y subjetivo.

Para resolver este problema, es necesario tener en cuenta cuál es el tipo básico de las figuras delictivas que conforman este título, y qué papel juega el consentimiento en la construcción de este tipo penal. Por lo que estando (como lo hemos demostrado líneas antes) a que el art. 115° de nuestro Código Penal constituye la figura básica de los delitos contra la vida humana dependiente, y que el consentimiento no es un elemento relevante dentro de este tipo penal, en el primer

[1143] En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, *Ob. Cit.* pp. 296-297.

[1144] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 121.

supuesto planteado, estaríamos ante la consumación del tipo penal del aborto no consentido, previsto en el artículo 115° CP, por cuanto, al no ser el consentimiento un elemento del tipo básico, su desconocimiento no afecta el dolo en su accionar; sin embargo, dentro de este tipo penal se tendría que considerar el mayor desvalor de la acción por estar presente la suposición de una circunstancia agravante como la falta de consentimiento de la gestante[1145].

En relación al segundo supuesto, por el contrario el sujeto activo actúa en base a un error que le impide conocer la circunstancia agravante, esto es, lesionar la autodeterminación de la mujer, por lo que dicha agravante no podrá apreciarse, pero como subsiste la lesión de la vida humana en formación y en general los elementos del tipo básico[1146], los hechos se subsumirían únicamente en el supuesto previsto por el art. 115° del Código Penal[1147], sin ninguna incidencia del artículo 116°.

3.4. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

Esto es, el supuesto referido a la muerte de la gestante y el agente pudo prever este resultado. En este caso, nos encontramos frente a un supuesto de homicidio preterintencional; es decir, el autor realiza un tipo doloso (aborto); sin embargo no se ha representado el peligro

---

[1145] Según otras posiciones, este caso se resolvería a través de un concurso ideal del tipo básico consumado (Art. 115° CP) y del art. 116° en grado de tentativa. LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 298; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 139 considera que: "la ausencia de conocimiento por parte del autor de la autorización para abortar determina que el tipo a aplicar sea el de aborto no consentido".

[1146] Art. 14° del Código Penal: "El error (...) respecto de una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye (...) la agravación".

[1147] SANCINETTI, Marcelo A: *Ob. Cit.* p. 99; Desde otro punto de vista CASTILLO ALVA. *Ob. Cit.* p. 139, afirma que: "Si se aplica desde el punto de vista lógico las reglas del error de tipo será necesario castigar a título de aborto no consentido.

concreto que genera su acción respecto de un bien jurídico, en este caso, la vida humana de la madre (vida independiente) que finalmente resulta lesionado. Los requisitos del homicidio preterintencional –en el presente caso-, son los siguientes:

a) Una acción dolosa dirigida a lesionar el bien jurídico "vida humana dependiente". Al respecto, debe existir al menos un principio de ejecución del aborto; así, si la muerte de la gestante se produce como consecuencia de los actos preparatorios, estaremos dentro del ámbito del homicidio culposo -vg., se suministra a la gestante una sobredosis de anestesia sin haber dado inicio a la realización del acto abortivo-[1148]. En este caso, basta que el delito de aborto haya sido tentado, pues una tentativa de aborto –sin muerte o destrucción del feto o embrión-, puede ser capaz de originar o crear un riesgo que finalmente se realiza en el resultado -muerte de la madre-[1149]. Por consiguiente, no es indispensable que el aborto se haya consumado[1150]; sin embargo no debe tratarse de una tentativa imposible (vg. cuando se realizan las maniobras abortivas sobre una mujer no embarazada o sobre un embrión o feto muerto), por lo que si no se cumple este requisito nos encontramos únicamente dentro del ámbito del homicidio culposo[1151];

[1148] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 267.

[1149] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 146.

[1150] FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 220; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 146; CREUS: *Ob. Cit.* pp. 58-59; En contra SOLER: *Ob. Cit.* p. 98, para quien si la muerte del feto no se produce, aunque muera la mujer a consecuencia de las maniobras abortivas, no es aplicable la agravante, siendo subsumibles los hechos dentro del homicidio culposo junto con la tentativa de aborto (frustración).

[1151] CREUS: *Ob. Cit.* p. 59; FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 220; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 146, de modo correcto señala que debe descartarse a la tentativa inidónea, dado que no tiene relevancia causal para producir la muerte de la mujer.

b) Ausencia de dolo de matar. En el caso de que el autor hubiera actuado con dolo de matar, salimos del ámbito del homicidio preterintencional, para apreciar un concurso ideal entre un delito de homicidio o asesinato con un delito de aborto[1152]. Si primero se causa el aborto y luego se mata -vg., para ocultar el delito de aborto- estaremos frente a un concurso real, entre un delito de aborto y un asesinato;

c) Una relación de causalidad e imputación objetiva entre las maniobras abortivas y el resultado muerte. En este sentido, debe acreditarse primero la relación de causalidad entre las maniobras abortivas y la muerte de la madre, para luego establecer si ha existido la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir que la ejecución y la consumación del aborto haya sido el factor que ha creado el riesgo que finalmente se ha realizado en el resultado "muerte de la madre";

d) Por último, el homicidio debe ser imputable subjetivamente a título de culpa -consciente o inconsciente-; si por el contrario este resultado fuera imprevisible, tendrá que ser considerado fortuito, no pudiendo generar este hecho (la muerte de la gestante) ningún tipo de responsabilidad penal, ya que en nuestro ordenamiento se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva, vg., la muerte que sobreviene por un paro cardiaco ocasionado por la administración de un anestésico que no era contraindicado según el riesgo quirúrgico que se practicó a la gestante.

Las lesiones producidas en el cuerpo de la gestante, cuando son las propias de las maniobras abortivas, quedan absorbidas por el delito

---

[1152] CREUS: *Ob. Cit.* p. 58; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 141; FONTÁN BALESTRA: *Ob. Cit.* pp. 219-220, quién además nos reseña el caso de un estudiante de medicina que propuso a su amante, partera de profesión, matar alevosamente a su mujer a la que iba a practicar un aborto, mediante la perforación del útero con un instrumento que ambos fabricaron especialmente para ese fin.

de aborto consumado o en grado de tentativa; concurren de manera real –con un delito de lesiones dolosas graves o leves- si hubieran sido inferidas, material e ideológicamente, de manera autónoma, por ejemplo, golpear a la mujer a fin de doblegar su voluntad para someterla a una maniobra abortiva o para que no interrumpa el iniciado[1153]; y concurren idealmente cuando sobrepasan al que normalmente es propio de las maniobras abortivas (lesiones culposas graves)[1154].

3.5. AUTORIA Y PARTICIPACION

No hay mayor inconveniente respecto a que la autoría es directa cuando el autor tiene dominio de la acción; e indirecta o mediata cuando el sujeto utiliza a un tercero como un instrumento, ya sea por haberle coaccionado o engañado.

Como se ha señalado, el tercero que induzca o solo coopere en la realización del mismo, sin tener dominio funcional del hecho, responderá a título de instigador o de cómplice de dicho acto, siempre bajo la penalidad de este tipo penal. Existirá instigación cuando se determina dolosamente a cometer el aborto, así por ejemplo el novio que convence a una partera, para que realice la maniobra abortiva, bajo el ofrecimiento de una ventaja patrimonial. La complicidad es punible si se realiza con la conciencia de que se va a facilitar la comisión de un aborto, y este al menos comience a ejecutarse; así por ejemplo, los actos de expendio o venta de abortivos son punibles a título de complicidad, si se realizan con la conciencia de que va a ser utilizado en un caso concreto y este al menos comience a ejecutarse; sin embargo, si dichos abortivos no son utilizados, sino otros, no habrá participación punible. También constituyen actos de complicidad el facilitar el nombre de la persona que realiza estas actividades ilícitas, sufragar los gastos del aborto, indicar la dirección del lugar donde se realizan los abortos, o proporcionar el domicilio, entre otros.

[1153] CREUS: *Ob. Cit.* p. 58.

[1154] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 74.

4. ABORTO NO CONSENTIDO

Art. 116°: *"El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años."

Es antecedente de la presente figura penal el art. 161° del Código Penal derogado[1155]. El legislador de 1991 ha suprimido del tipo penal el término "*o contra su voluntad*" a que hacía referencia el artículo antes citado, precisión que se tornaba innecesaria por cuanto al señalar el tipo, que el aborto practicado contra la mujer ha sido "*sin su consentimiento*" implica la ausencia de voluntad de permitir la práctica abortiva. Al parecer el término "*contra su voluntad*" fue empleado para hacer referencia a actos de violencia física o coacción contra la gestante dirigidos a obligarla a abortar.

Como ya se ha señalado, esta figura constituye un tipo agravado que se fundamenta en una mayor desvaloración del injusto, ya que

---

[1155] Art. 161°.- El que hiciera abortar a una mujer, sin su consentimiento o contra su voluntad, sufrirá penitenciaría no menor de tres años ni mayor de diez años. La pena no será menor de cinco años de penitenciaría, si sobreviniere la muerte de la mujer a consecuencia del aborto y si el delincuente pudo prever este resultado".

la interrupción del embarazo se ha efectuado sin el consentimiento de la mujer, lo que supone la lesión de otro bien jurídico, como es la autodeterminación de la gestante.

4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la vida del embrión o feto, y la libertad –la autodeterminación- de la madre. En el supuesto agravado, además, se protege la vida de la madre[1156].

4.2. TIPO OBJETIVO

4.2.1. SUJETOS

a) Activo

Puede ser cualquier persona -menos la madre-, no requiriéndose ninguna cualidad especial en el sujeto activo.

b) Pasivo

Es el embrión o feto y la madre gestante.

4.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en hacer abortar a la gestante sin su consentimiento. Desde el punto de vista de la imputación objetiva, el autor debe crear un riesgo que permita explicar la destrucción del embrión o feto. Es factible la comisión por omisión, por ejemplo, el caso de quien comercializa un producto nocivo para las gestantes, y al presentarse un riesgo concreto de aborto en una gestante o un grupo determinado de estas, teniendo la obligación y posibilidad de remediar o evitar la concreción del resultado (destrucción o expulsión del feto) intencionalmente no nace nada por remediar el riesgo creado.

[1156] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 61; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 88.

Cuando la ley hace referencia a que el aborto se realice *sin consentimiento de la mujer*, en realidad abarca dos supuestos[1157]: *a)* Cuando la mujer no ha tenido la oportunidad para expresar su voluntad –de manera expresa o tácita- vg., por encontrarse en estado de inconciencia, porque no tiene discernimiento o ha sido engañada; y, *b)* Cuando ha expresado su voluntad contraria al aborto.

No basta comprobar que la mujer tenga la capacidad de juicio –como ya se ha indicado-, para concluir que el consentimiento que se ha prestado para autorizar el aborto sea válido, y por tanto enmarcar la conducta del autor dentro del aborto consentido; es necesario comprobar, además, que este consentimiento no se encuentre viciado por violencia, amenaza o engaño. En los casos de violencia e intimidación, el consentimiento no tiene validez en la medida que estas sean suficientes para doblegar la voluntad de la mujer, o en la medida en que la aceptación se realice porque el atentado contra el feto suponga la única salida razonable para la madre[1158]. Respecto al engaño, como también ya se ha indicado, vicia el consentimiento y lo hace ineficaz, vg., el médico que de acuerdo con el marido de la mujer, engaña a la mujer sobre la muerte del embrión y, bajo la excusa de su extracción, en realidad lleva a cabo un aborto. Es suficiente que la mujer incurra en un error, aunque sea vencible, para entender que dicho consentimiento está viciado por engaño[1159].

En tal sentido, el agente puede concretar su conducta ya sea a través de violencia física o coacción ejercida contra la mujer gestante, o puede valerse del engaño, o también, abusando de la confianza o descuido de la gestante la someta a prácticas abortivas.

[1157] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 308; FEIJOO SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 299; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 153; QUERALT: *Ob. Cit.* p. 44.

[1158] FEIJOO SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 300.

[1159] FEIJOO SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 299.

El perdón de la gestante no exime la responsabilidad penal del autor. Tampoco el consentimiento presunto puede ser alegado para salir del ámbito del aborto no consentido. En todo caso, este último supuesto podrá tratarse como error de tipo, con las consecuencias que ya se han detallado líneas antes.

4.3. TIPO SUBJETIVO

Se requiere de la existencia de dolo, ya sea directo, indirecto o eventual.

Respecto al error de tipo, resultan aplicables todos los criterios esbozados al tratar y analizar el tipo subjetivo del aborto consentido.

4.4. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

En el presente caso, también nos encontramos frente a un supuesto de preterintencionalidad (homicidio preterintencional), es decir, el autor realiza un tipo doloso (aborto no consentido), sin embargo, se ha representado o podía representarse el peligro concreto creado con su acción para otro bien jurídico –en este caso la vida humana independiente de la madre-, que finalmente resulta lesionada. Se descartan en todo caso, los resultados fortuitos o imprevisibles respecto de los cuales no se puede imputar culpa o imprudencia.

Respecto del análisis de los requisitos del homicidio preterintencional, nos remitimos a lo expuesto al analizar esta misma figura en el aborto consentido.

5. ABORTO PRACTICADO POR PROFESIONALES DE LA SALUD

Art. 117°.- *"El médico, obstetra, farmacéutico o cualquier otro profesional sanitario que abuse de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115° y 116° e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 4 y 8"*

Este artículo tiene como antecedente el art. 162° del CP de 1924[1160], y el artículo 245° del CP de 1863[1161].

Esta disposición, a decir de HURTADO POZO, se orienta a una prevención especial, buscando alejar de dichas actividades ilícitas a aquellos sujetos que, por sus especiales conocimientos, pueden causar el aborto con mayor facilidad y eficacia que los demás agentes potenciales. La circunstancia agravante prevista en este caso, está determinada por el uso abusivo de los agentes del delito, de su arte o profesión,

---

[1160] Art. 162°: "Los médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos y cualesquiera otras personas dedicadas a profesiones sanitarias, que abusaren de su arte para causar el aborto, sufrirán las penas de los artículos anteriores e inhabilitación especial por un tiempo no menor de cinco años".

[1161] Art. 245°: "Los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusen de su arte para causar el aborto, sufrirán cárcel en quinto grado (5 años). Los que confeccionen o expendan a sabiendas, bebidas destinadas a causar abortos, sufrirán cárcel en tercer grado" (3 años).

defraudando las expectativas sociales que, precisamente, llevan a esperar de estos una conducta a favor de la protección de la vida humana dependiente y no que atenten contra dicha forma de vida[1162].

Pese a la finalidad de la norma orientada a prevenir la actuación de estos profesionales en los atentados contra la vida, en la realidad se ha constatado que los efectos político-criminales son contrarios a los esperados; pues, en la práctica con esta disposición se induce a que el aborto sea realizado de modo clandestino y por sujetos que no ostentan ningún título sanitario, con la consiguiente falta de adecuadas condiciones de higiene y salubridad[1163]. En tal sentido, la intervención médica, en cuanto significa una mayor garantía para la vida de la gestante, debería considerarse como una atenuante y no como agravante[1164]. Aun cuando, estando a la penalidad prevista para este delito, esta norma resulta irrelevante, en tanto no modifica la penalidad de los sujetos comprendidos en esta disposición respecto de los previstos en los artículos 115° y 116° del CP, y tratándose de un caso en que el sujeto comete el delito abusando de su profesión, la inhabilitación ya está cubierta por la norma penal contenida en el artículo 36° CP, sin necesidad de recurrir al artículo 117° materia del presente comentario.

5.1. MÉDICO, OBSTETRA, FARMACÉUTICO O CUALQUIER PROFESIONAL SANITARIO

El legislador ha seleccionado un grupo de personas atendiendo a su especial calidad de profesionales dedicados a la atención de la salud, que se encuentran obligados a utilizar sus conocimientos profesiona-

[1162] Ob. Cit. p. 74; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 133.

[1163] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p.133; BRAMONT ARIAS: *Ob. Cit.* p.94.

[1164] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 273, por ejemplo, nos cita el caso del CP ruso (art. 116°), en el que se establecía una menor penalidad cuando el aborto ilegal era practicado con la intervención de un médico, ya que de esta manera se procura una mayor garantía para la salud y vida de la gestante.

les a fin de preservar la vida de las personas, sea esta dependiente o independiente.

El Código ha considerado expresamente como sujetos especiales al médico, obstetra y farmacéutico; sin interesar si se trata de un profesional en actividad o jubilado[1165]. Asimismo, ha previsto una cláusula general "cualquier otro profesional sanitario"; si bien en esta cláusula se puede comprender a otros profesionales de la salud como enfermeras, anestesistas, etc., resulta difícil determinar si se puede comprender a los estudiantes de medicina que desempeñan labores en los hospitales y clínicas, así como a los egresados que aún no poseen el título profesional o no han obtenido su licencia para ejercer la profesión. Pues, no se advierte una razón que homologue la respuesta penal respecto a las personas a quienes se va a aplicar esta norma específica; por lo que estando al principio de legalidad y a la interpretación restrictiva de toda norma penal, podemos sostener que estos no están comprendidos en la norma; pues esta se refiere a "profesionales" sanitarios, y debe asumirse que "profesional" es una persona con título o licenciatura, y precisamente, los estudiantes o no graduados, aún no tienen título o licenciatura (aún son propiamente profesionales)[1166]. Sin embargo, respecto a los graduados que aún no se han colegiado, consideramos que no existe inconveniente para comprenderlos en este tipo penal, puesto que estos ya tienen el grado o licenciatura y por tanto ya son profesionales.

Pero claro, no ingresa dentro de los alcances de esta disposición, la madre gestante que cause su propio aborto, a pesar de que se trate de una profesional sanitaria u ostente algún título médico, ya que la misma norma hace referencia a los sujetos comprendidos en los arts.

[1165] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 133.

[1166] VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 176; BRAMONT ARIAS: *Ob. Cit.* p. 94; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 272; PEÑA CABRERA. *Ob. Cit.* p. 230, considera por el contrario que también se encuentran comprendidos los estudiantes de medicina que ofician de practicantes en los hospitales.

115° y 116°, y la conducta del autoaborto, está contenido en el artículo 114° del Código.

Como se ha indicado, este artículo selecciona a los profesionales de la salud y los comprende en un tipo penal específico, asumiendo que se trata de personas que tienen conocimientos especializados y cuentan con las facilidades para realizar el aborto a sus pacientes o personas que concurren a requerir sus servicios; pero claro, si se quisiera prevenir las acciones delictivas a manos de estos profesionales, se hubiera acentuado la severidad de la respuesta penal; sin embargo, ello no ha sucedido, pues la pena es la misma que para cualquier tercero que realice el aborto con el consentimiento de la gestante o sin este; en tal sentido, no tiene razón de ser este artículo y no se entiende su fundamento.

Si bien lo ideal habría sido considerar una pena más grave, al considerar que la acción de estos profesionales es más reprochable y se pretendía prevenir sus ataques a la vida humana dependiente; sin embargo, una respuesta de este tipo tampoco resulta pertinente, si se tiene en cuenta que la participación de estos profesionales evitaría los riesgos para la vida y salud de la gestante, por lo que su conducta sería menos reprochable, y por tanto, antes que una agravante, debería considerarse la conducta de estos, como una circunstancia atenuante.

Consecuentemente, tal como está estructurada esta norma, no contiene ninguna diferencia con los artículos 115° y 116° del Código y no cumple ninguna finalidad en nuestro orden jurídico-penal.

5.2. ABUSO DE SU CIENCIA O ARTE

Se requiere que el agente abuse de su ciencia o arte para causar el aborto. Existe un abuso de la ciencia o arte cuando el profesional utiliza sus conocimientos especiales o científicos[1167] para practicar el

[1167] SANCINETTI: *Ob. Cit.* p. 101.

aborto ilícitamente, esto es, fuera de los casos permitidos por la ley, motivado por fines ajenos a los principios terapéuticos que deben guiar su función profesional; por lo que no existe un ejercicio abusivo de la ciencia o arte, cuando por ejemplo, se interviene en un aborto terapéutico, o la intención es salvar la vida de la madre o curarle de mayores males físicos[1168] o psicológicos como en el aborto ético y eugenésico.

El abuso tiene una connotación objetiva y subjetiva. Desde el punto de vista objetivo requiere la utilización de los conocimientos adquiridos en virtud de su profesión o especialidad para realizar un acto contrario a las normas jurídicas, esto es, causar un aborto fuera de los casos permitidos por la ley; y desde el punto de vista subjetivo el agente debe tener conocimiento que está empleando sus conocimiento en un fin contrario a las normas jurídicas; por consiguiente, no hay abuso en los supuestos en los que se causa imprudentemente un aborto.

5.3. ALCANCE DE ESTA DISPOSICIÓN

Sobre el alcance de esta disposición existen dos posiciones, la primera de ellas suscrita por HURTADO POZO, entiende que esta disposición también comprende no solo a los profesionales sanitarios cuando son autores, sino también cuando participan como cómplices (primarios o secundarios), pues "*lo que prevalece es que su intervención comporte un aprovechamiento y explotación inicuos de sus conocimientos especializados y de la confianza que se le otorga al permitírsele el ejercicio de la profesión*"[1169]; una segunda posición que podríamos denominar restrictiva, considera que la disposición *in comento* únicamente alcanza a los supuestos de autoría y no a otros[1170]. Tomando posición al

[1168] NUÑEZ: *Ob. Cit.* pp. 174 y 175.

[1169] *Ob. Cit.* p. 75.

[1170] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 173.

respecto consideramos que la posición restrictiva resulta más acertada, sencillamente porque nuestra disposición penal no hace mención expresa de los cómplices, como sucede en otras legislaciones[1171]; sin embargo esto no obsta a que puedan aplicarse las disposiciones de la parte general referentes a la inhabilitación (Art. 39° CP). Con lo que, tal como hemos indicado, se evidencia la inutilidad de la discusión al respecto así como de la norma penal en cuestión.

[1171] Así por ejemplo el Código Penal Argentino en su art. 86° establece: *"Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo (...)"*

6. ABORTO CULPOSO

Art. 118°: *"El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas."*

Es antecedente de esta figura penal es el artículo 164° del Código Penal de 1924[1172] y –aunque guardando las distancias-, el tercer párrafo del artículo 244° del Código Penal de 1863[1173], aunque este último empleaba un término más restringido que el de violencia: "*maltratos*"; y se hacía referencia además, como otro de los agentes causantes del aborto, a las "*bebidas u otros medios*".

Sobre la naturaleza de esta clase de aborto existe gran discrepancia a nivel doctrinal; así, BAJO FERNANDEZ, desde la legislación española

---

[1172] Art. 164°: "El que con violencia ocasionare el aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo sufrirá prisión no mayor de dos años".

[1173] Art. 244°: "...Se rebajaran dos grados, si se ocasionase el aborto con maltratos, bebidas u otros medios que no hubiesen tenido por objeto directo hacer abortar, sino producir otro mal menor"

derogada, sostuvo que se trataba de un *aborto culposo*[1174]; de igual modo, BUSTOS RAMÍREZ, aunque este autor consideraba que este supuesto abarcaba tanto la culpa consciente e inconsciente, así como al dolo eventual por tener la misma estructura que la culpa[1175]. NUÑEZ por su parte considera que esta clase de aborto es imputable a todo título que no sea el de culpa, ya que no está estructurado como comúnmente se configuran los delitos culposos; tampoco es imputable a título de dolo directo, quedando entonces solo un dolo que no sea directo[1176].

Para un sector mayoritario se trata de un delito *preterintencional*[1177], así SOLER indica que esta figura penal contiene un hecho base de carácter ilícito y doloso lo que lo diferencia claramente de un delito culposo[1178]. CASTILLO ALVA siguiendo a SOLER adopta esta tesis por considerar que el legislador aplica una pena más severa en este supuesto porque el resultado –muerte del concebido-, es consecuencia de un comportamiento inicial –violencia-, si no fuera así, es decir, si solo se apreciara un aborto culposo se llegaría a un caso de perversión valorativa, puesto que la pena es la misma que la del homicidio culposo. HURTADO POZO sostiene que el delincuente dolosamente ejerce violencia contra la mujer gestante y le ocasiona un resultado más grave sin quererlo: el aborto; que le es imputado a título de culpa por no tomar las previsiones exigidas por la ley; ROY FREYRE señala que esta figura está constituida por la mixtura de dolo en la acción (empleo de violencia) y de culpa en el resultado (aborto ocasionado por falta

---

[1174] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 135; también DIEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 590.

[1175] *Ob. Cit.* p. 49; DONNA: *Ob. Cit.* p. 92, también advierte que la violencia es dolosa, y que el aborto puede ser culposo por una parte o con dolo eventual por otro.

[1176] *Ob. Cit.* pp. 177-178.

[1177] Cabe precisar que NUÑEZ considera que este delito puede seguir siendo denominado como un aborto preterintencional, en tanto se entienda que la muerte del feto se produce más allá de la intención propia del aborto común.

[1178] *Ob. Cit.* p. 103.

de previsión); SALINAS SICCHA también comparte la tesis del delito preterintencional ya que en este caso se evidencia un actuar doloso, al querer lesionar la integridad física de la gestante; sin embargo se infringe el deber objetivo de cuidado ocasionando la muerte del embrión o feto[1179]. En igual sentido, BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO al indicar que la violencia ejercida contra la gestante debe ser dolosa, mientras que el aborto es imputable a título de culpa siempre y cuando pueda preverlo. PEÑA CABRERA[1180] y VILLA STEIN[1181], al entender que conforme al art. VII de nuestro título preliminar del Código Penal se encuentra proscrita la responsabilidad penal objetiva, consideran que no cabe la preterintencionalidad en esta figura, por lo que este caso debe solucionarse advirtiendo un concurso ideal de delitos entre un inicial delito doloso de lesiones y un aborto culposo.

Tomando posición al respecto consideramos que el delito materia de análisis tal como está configurado, corresponde a un *aborto culposo* con ciertas exigencias típicas, pues, se encuentra referenciado a un determinado comportamiento típico. No se trata de un aborto preterintencional en razón de que este delito no absorbe la falta o el delito inicial (lesiones u homicidio) en que pudiera constituir la violencia, a diferencia de lo que sucede en las formas agravadas de los arts. 115° y 116°, cuando se causa de manera culposa la muerte de la gestante; por lo que en este supuesto necesariamente se tendrá que apreciar un concurso ideal de delitos[1182], siendo que para los efectos de la penalidad se deberá recurrir a las normas de la parte general.

[1179] *Ob. Cit.* p. 180.

[1180] *Ob. Cit.* pp. 234-235.

[1181] *Ob. Cit.* p. 180.

[1182] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 182, coherentemente con su postura, estima que la violencia empleada por el agente –independientemente de su gravedad, será absorbida por el art. 118°, no pudiéndose hablar de un concurso ideal de delitos, aunque luego reconozca (p. 183) que el sentido del precepto *in comento* no es tanto el de castigar el empleo de la violencia, en sí misma valorada, sino la violencia que desencadena la muerte del concebido.

En tal sentido, si el delito o falta inicial no tiene mayor influencia en la penalidad que ha establecido el legislador para este delito, la tesis que considera que apreciar en esta figura penal un delito de aborto culposo implicaría una perversión valorativa (CASTILLO ALVA), carece de sentido, porque no resulta suficiente para deducir de ella, conclusiones sobre la naturaleza de un delito; máxime, si nuestro legislador nos tiene acostumbrados a este tipo de perversiones valorativas, vg., cuando sanciona el asesinato para cometer otro delito con una pena menor al del robo agravado con resultado muerte. Por otro lado, consideramos que la referencia a un determinado comportamiento típico –la violencia-, únicamente tiene la virtualidad de restringir el ámbito de aplicación de esta figura penal.

6.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la vida del embrión o feto.

6.2. TIPO OBJETIVO

6.2.1 SUJETOS

a) Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, a excepción de la madre; no requiriéndose ninguna cualidad especial en el sujeto activo.

b) Sujeto pasivo

Es el concebido, embrión o feto.

6.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Nuestro legislador, como se ha señalado, restringe el ámbito de aplicación de esta figura culposa, estableciendo un determinado comportamiento típico caracterizado de violento. Entre el resultado -muerte del embrión o feto- y el comportamiento violento, debe existir una relación de causalidad, y debe darse cumplimiento a los criterios de la imputación objetiva, esto es, la creación de un riesgo no permitido y su concreción en el resultado.

a) El Comportamiento violento

En primer lugar, es necesario establecer si el comportamiento violento debe ser doloso o culposo. Mayoritariamente se considera que únicamente puede tratarse de un comportamiento doloso[1183]; posición que asumimos, ya que un razonamiento en contrario nos llevaría a castigar en el aborto un resultado meramente objetivo[1184]. De esta manera por ejemplo, no es subsumible dentro de este tipo penal, el aborto producto de la muerte o lesiones causadas imprudentemente por el conductor, a la mujer embarazada que era su pasajera, aun sabiendo de su estado de gravidez.

El comportamiento violento debe ser ejercido contra la mujer gestante, y debe ser interpretado en un sentido amplio, comprendiendo a la *vis absoluta* (fuerza física) y a la *vis compulsiva* (fuerza moral); por lo que puede comprender las simples vías de hecho, los maltratos físicos (faltas), las lesiones leves y las graves, como las coacciones (amenazas)[1185]. Contra esta afirmación se ha señalado, siguiendo opiniones de autores extranjeros, que no se puede considerar a las amenazas o *vis compulsiva,* puesto ello no aparece del texto de la norma, y que cuando el legislador ha querido comprender a la violencia psíquica lo ha señalado expresamente. Sin embargo, ello no podemos advertir de norma alguna, hasta donde tenemos conocimiento. Asimismo, se indica que los casos de violencia psíquica son escasos o nunca se han

---

[1183] Por todos BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 135; CREUS: *Ob. Cit.* p. 65; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 182.

[1184] DIEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 592: "La comprensión de las violencias culposas a modo de delito medio en otro final, el de aborto, que es genuinamente culposo a su vez, daría lugar a una anómala situación de dos conductas de igual naturaleza. Y consecuentemente, en el aborto, a castigar un resultado meramente objetivo derivado de otro que tampoco fue querido, lo que parece un exacerbamiento complicado e innecesario, tanto del elemento culpabilista como del causal".

[1185] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 67. En contra CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 180; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 293; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 90; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 180.

presentado en nuestros fueros judiciales; sin embargo estos argumentos no descartan en absoluto la posibilidad de que una violencia psíquica ejercida contra una mujer embarazada pueda provocarle el aborto, que en todo caso deberá ser analizado por el Juzgador; aun cuando reconocemos su dificultad probatoria.

Se debe precisar que la violencia no solo está vinculada a un delito contra la integridad personal (delito de lesiones), ya que bien puede constituirse en el medio para obtener otros resultados (violación sexual), y puede operar sobre el cuerpo de la gestante o sobre su psiquis (hipnosis)[1186].

Un tema muy complicado es el relativo a aquellos supuestos en los que la violencia no es antijurídica –legítima defensa-, o es consentida por la mujer gestante, vg., relaciones sadomasoquistas. En el primer caso -legítima defensa o en cualquier causa de justificación-, consideramos que, como este comportamiento se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico, no es posible plantear la aplicación del aborto culposo. Así, por ejemplo, al sujeto que al defenderse de un ataque con un cuchillo utilizado por su mujer, repele al ataque arrojándola al piso y como consecuencia del golpe se produce el aborto; este hecho no podrá ser imputado al sujeto por más que sea previsible el aborto, ya que ha actuado realizando un acto permitido por el derecho[1187]. En el segundo caso –cuando hay consentimiento de la gestante- por el contrario consideramos que se mantiene el delito de aborto culposo –aun cuando la violencia y sus efectos (lesiones) sean impunes-, ya que la madre al consentir, solo involucra sus propios bienes jurídicos, mas no los bienes de los cuales no es titular, en este caso, la vida o integridad del concebido[1188].

[1186] CREUS: *Ob. Cit.* p. 65.

[1187] En contra CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 183, quien considera que la licitud derivada de una causa de justificación, de un comportamiento violento únicamente determina la impunidad de la violencia o de su resultado –lesiones-, pero deja intacta la calificación del aborto.

[1188] En el mismo sentido, CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p.184.

6.3. TIPO SUBJETIVO

6.3.1. SIN PROPÓSITO

Nuestra norma utiliza el adverbio "sin propósito" para denotar que el aborto no puede cometerse con dolo[1189], ya sea directo, indirecto o eventual, y que en caso de concurrir podría dar lugar a un aborto consentido o sin consentimiento. En este sentido, sostener la posibilidad de que este delito, conforme está regulado, pueda ser cometido con dolo eventual, implicaría vaciar de contenido al aborto consentido o no consentido según el caso concreto; pues, la diferencia entre estas figuras no está constituido por el medio empleado por el autor, pues el aborto consentido o no consentido también puede cometerse usando la violencia, sino precisamente en el aspecto subjetivo. Así, mientras las dos figuras antes indicadas son dolosas, *la figura penal bajo comentario es culposa.* Por otro lado, sería incoherente reunir en un mismo tipo penal dos normas con estructuras diferentes, una a título de dolo eventual y la otra por culpa –consciente e inconsciente-, y peor aún, conminar con una misma pena a ambos supuestos, cuando la diferencia valorativa es evidente entre ambos[1190].

6.3.2. NOTORIEDAD Y CONSTANCIA DEL EMBARAZO. CULPA CONSCIENTE Y CULPA INCONSCIENTE

El tipo penal exige que el autor, al momento de desplegar la acción violenta contra la mujer, deba conocer su estado de gravidez[1191],

---

[1189] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 68; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 189. Por el contrario admiten la posibilidad del dolo eventual CREUS: *Ob. Cit.* p. 67. NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 180.

[1190] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 190.

[1191] Ejecutoria del 25ABR52: "Quienes sin ejercer violencia ingresan a un establecimiento comercial y ante la negativa del dueño a venderles licor maltratan a una mujer, que a consecuencia de las lesiones sufridas aborta, sin que aquéllos advirtieran su estado de gravidez, no son autores de los delitos de aborto y violación de domicilio sino del de lesiones". En ESPINO

es decir *que le conste* dicho estado, ya sea por haber tenido acceso a los exámenes de embarazo que se ha realizado la mujer, por ser su pareja, porque se ha enterado a través de otros medios indubitables o porque dicho estado es notorio o manifiesto; es decir, cuando se muestra evidente debido a la exteriorización de la conformación del cuerpo de la mujer, de manera que cualquier persona media pueda advertirlo sin mayor esfuerzo. En este supuesto el autor actuará con *culpa consciente*, cuando pese a tener conocimiento del embarazo y del riesgo que su acción implica, supone erróneamente que el hecho está bajo control y el resultado se evitará; es decir, realiza una evaluación equivocada de un riesgo que se podía haber captado en su auténtica dimensión. En estos casos, el autor actúa bajo un error sobre las condiciones y la magnitud del riesgo, su representación no es acorde con la realidad. En el supuesto de la *culpa inconsciente* el autor ignora el peligro que deriva de su acción lesiva, es decir, en este caso, no hay representación del peligro.

La ignorancia o desconocimiento del embarazo, impide que el aborto le pueda ser imputado al autor, ni siquiera a título de culpa inconsciente[1192]. Ahora bien, si el embarazo era notorio, pero el agresor no se percató de ello, se estaría ante un supuesto de culpa inconsciente[1193].

Basta que se aprecie un supuesto de dolo eventual para salir del ámbito de este tipo penal, y enmarcarnos dentro de las figuras delictivas establecidas en el arts. 115° y 116° del CP; por lo que resulta muy importante tener clara la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente en estos casos.

También es útil en estos supuestos trabajar con indicios, entre los cuales podemos citar: a) Los antecedentes del hecho y las relaciones

---

MÉNDEZ: *Ob. Cit.* p. 202.

[1192] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 69.

[1193] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 188.

entre el autor y la víctima; b) el medio empleado; c) las zonas del cuerpo a las que se ha dirigido la acción; d) el número de golpes, e) las manifestaciones del autor; f) los hechos que acompañan la agresión, la actividad anterior y posterior al hecho; g) las circunstancias de lugar y tiempo; y, h) las causas o la motivación de la misma[1194].

6.4. TENTATIVA Y CONCURSOS

En el aborto culposo, como en cualquier delito culposo, no caben otros grados de ejecución que el de la consumación, por tanto no es admisible la tentativa.

Este delito absorbe todas las lesiones que son consecuencia del aborto, vg., hemorragias, infecciones, desgarros, etc.; sin embargo, las lesiones que resultan del acto violento, y que son separables del proceso abortivo, incluyendo la muerte de la mujer, concurren como hechos independientes del aborto, en concurso ideal.

[1194] Ejecutoria del 4JUL 1938: "Habiendo tenido el acusado la intención de causar el aborto, como lo acreditan las palabras que dirigía a la agraviada y la forma como la golpeó en el vientre es de aplicación el art. 161° del C.P (Art. 116° del Código Penal actual) y no el 164° (Art. 118° del Código penal actual)" En ESPINO MÉNDEZ: *Ob. Cit.* p. 201.

7. ABORTO TERAPÉUTICO

Art. 119°: *"No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente."*

7.1 NOCIONES GENERALES

Este artículo tiene como antecedente el art. 163° del Código Penal de 1924, que constituía una trascripción exacta del art. 107° del Proyecto Suizo de 1918; la única diferencia respecto a la regulación actual es la referencia al representante legal[1195].

En la legislación comparada, en el art. 417 inc.1 de su Código Penal español, se señala que el aborto no es punible cuando: *"Sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse*

[1195] Art. 163°: "No es reprimible el aborto practicado por un médico con consentimiento de la mujer encinta, si no hubiere otro medio de salvar la vida de la madre o evitar en su salud un mal grave y permanente."

del dictamen y el consentimiento expreso". Alemania también consagra esta indicación en el art. 218°, II: *"La interrupción del embarazo realizada por un médico con el acuerdo de la embarazada no será ilegal cuando la interrupción sea indicada por el reconocimiento médico, considerando las circunstancias presentes y futuras de la embarazada, para evitar un peligro para la vida o el peligro de un perjuicio notable del estado de salud corporal o mental de la embarazada, y el peligro no pueda ser evitado de otra manera exigible a ella"*. En nuestra región, consagran esta indicación: Argentina, art. 86° ic.1: *"Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios"*; Brasil (Art. 128°, inc. 1); Bolivia, art. 266°: *"Tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios"*; Ecuador, art. 447° inc. 1: *"Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios"*; Paraguay, art. 109°: *"No obra antijurídicamente el que causara indirectamente la muerte del feto mediante actos propios del parto si ello, según los conocimiento y las experiencias del arte médico, fuera necesario e inevitable para desviar un peligro serio para la vida o la salud de la madre"*; Uruguay, art. 328° inc. 3: *"Si el aborto se cometiere sin consentimiento de la mujer, por causas graves de salud, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento o para salvar su vida, será eximido de pena"*.

El legislador ha entendido que no se puede establecer cargas desproporcionadas, sobre los derechos de la mujer, pues se trata de eventos en los cuales está amenazada su salud y su vida. El Estado no puede imponer a la mujer embarazada sacrificios heroicos, exigiéndole la declinación de sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. La sanción penal del aborto en este supuesto implicaría el sacrificio de la vida independiente (ya formada), por la protección de la vida en formación, lo que resultaría a todas luces excesivo. La punición del aborto en este supuesto resultaría inconstitucional, ya que en esta hipótesis concreta *no hay ni siquiera equivalencia* entre

el derecho no solo a la vida, sino también a la salud de la propia madre, respecto de la salvaguarda de la vida del *nasciturus*. Nuestra ley siguiendo una concepción valorativa de la vida, ha privilegiado la protección de la vida y salud de la gestante.

Un sector de la doctrina ha señalado que este precepto es innecesario, por cuanto este se halla contemplado dentro de los supuestos de estado de necesidad[1196]. Aun cuando resulta interesante esta perspectiva, consideramos que se pueden establecer diferencias entre ambos supuestos; así por ejemplo, respecto al estado de necesidad justificante, en el presente caso (aborto terapéutico) se establecen exigencias distintas a las establecidas en el inc. 4 del artículo 20° del CP, así: no se requiere de la existencia de un peligro actual o inminente; se restringe a la persona que puede conjurar el peligro, que en este caso solo puede ser un médico, y no terceros; y, por último, en el caso del aborto terapéutico juega un papel primordial el consentimiento de la mujer embarazada, lo que no sucede en un estado de necesidad justificante[1197].

De otro lado, tampoco puede asimilarse a un estado de necesidad disculpante o exculpante[1198] (inc. 5 del art. 20° del CP), por cuanto en

---

[1196] Por ejemplo BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.*, p. 51 señala respecto al aborto terapéutico: "Es el caso más preclaro de estado de necesidad y no debería ser indispensable su regulación expresa".

[1197] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 279; CREUS: *Ob. Cit.* p. 62; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* pp. 240-241; DONNA: *Ob. Cit.* p. 87: "... Se debe hacer notar que, como es realizado por el médico y con fines terapéuticos, no es necesario que se den ciertas condiciones inherentes al estado de necesidad, tales como la actualidad, la no inminencia del mal que se quiere evitar. Sólo es necesario que el peligro exista, basado en la propia *Lex artis*".

[1198] GARCÍA CAVERO, Percy: *El Aborto Terapéutico. Una propuesta de interpretación dogmática*. En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 7, Gaceta Jurídica, Lima, 2010. pp. 107-108, considera que el aborto terapéutico no puede ser considerado como una causa de justificación general o específica, pues no hay manera de sostener que la salud o vida de la madre resulta más valiosa que la vida del feto, por cuanto la Constitución prescribe que

esta causa específica de no exigibilidad estamos frente a un supuesto de colisión de bienes de igual valor, lo que no se da en el caso que es materia de análisis, ya que como se ha señalado anteriormente, no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda de la vida del *nasciturus*[1199].

En tal sentido, creemos que no se puede asimilar este tipo de aborto a un supuesto de estado de necesidad exculpante, sobre todo, por las consecuencias jurídicas que ello puede originar, puesto que en el caso del estado de necesidad exculpante, la conducta únicamente no es culpable, siendo típica y antijurídica, por lo que deja vigente otros tipos de responsabilidad (civil o administrativa), puesto que solo se exime de responsabilidad penal; en cambio en el caso del aborto terapéutico, la conducta no es antijurídica, por lo que queda exenta de todo tipo de responsabilidad.

A modo de conclusión podemos señalar que esta indicación constituye una particular justificación del aborto consentido, eliminando la antijuricidad[1200], lo que no impide que concurran otras causas de

---

el concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece, mandato que no puede ser relativizado sometiéndola a los intereses de la madre. Agrega este autor que la particularidad del aborto terapéutico es la exclusión por ley del deber de tolerancia de la madre, pues como ella causó el peligro de quedar embarazada, además de tener una relación jurídica particular, el de madre, debería soportar el embarazo.

[1199] BRAMONT ARIAS -GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 92, señalan que la importancia de la vida y la salud de la madre se equiparan en una misma escala de valores, por lo cual no hay mayor inconveniente en admitir en estos casos un estado de necesidad exculpante.

[1200] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 92; ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 183; CREUS: *Ob. Cit.* pp. 62-63; RODRÍGUEZ RAMOS: *Ob. Cit.* p. 74-75; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 198, señala que se trata de una eximente específica, aunque precisa que tiene una estructura común al de una causa de justificación, constituida por una situación de necesidad y apremio para bienes de carácter personal; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 184, por el contrario sostiene que se trata únicamente de un estado de necesidad justificante, de lo que se puede colegir que para dicho autor la regulación del art. 119° del

justificación, siempre y cuando concurran sus requisitos, así se puede aplicar la eximente del estado de necesidad justificante, cuando se cumplan todos los requisitos en aquellos supuestos no comprendidos en el art. 119° bis, vg., cuando el aborto no es practicado por un médico o no se cuenta con el consentimiento expreso de la gestante[1201]. Tampoco hay inconveniente en admitir una eximente incompleta (Art. 21° del CP), ya que como bien señala BAJO FERNANDEZ: "... la voluntad de la ley al establecer las exenciones del art. 417° bis (...) es ampliatoria de las causas de exención de responsabilidad criminal, por lo que no tiene sentido incluir dentro de la *voluntas legis* la finalidad de excluir las fórmulas intermedias de atenuación por eximente incompleta. Razones de equidad facultan la aplicación de las analogía *in bonam partem* (...)"[1202].

7.2. DEBE SER PRACTICADO POR UN MÉDICO

La ley exige expresamente que sea un médico el que practique el aborto de la gestante; por tanto, quedan excluidos otros profesionales sanitarios como las obstetrices, enfermeras, farmacéuticos, etc., aun cuando cuenten con los conocimientos y la práctica suficiente[1203].

CP es innecesaria; También refrenda esta tesis SILFREDO: *Ob. Cit.* p. 250, quién precisa que el actuar del profesional también puede ser amparado por otras causas de justificación, como el d obrar por disposición de la ley, en cumplimiento del deber o en ejercicio legítimo de su profesión o cargo (Inc. 8 del art. 20° CP).

[1201] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 279; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 118; CREUS: *Ob. Cit.* pp. 62-36; ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 183; LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 302; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 98; CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC: "Las diferentes indicaciones entre sí y todas con respecto a las eximentes genéricas mantienen una relación de convergencia y no de conflicto: se complementan entre sí, de manera que cuando una conducta no puede acogerse a una indicación, pero sí a otra o a un estado de necesidad genérico, estará igualmente justificada".

[1202] *Ob. Cit.* pp. 118-119; En el mismo sentido CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 198.

[1203] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 95.

La finalidad de esta exigencia está determinada por la necesidad de dotar de cierta garantía a la práctica abortiva, ya que el médico es quien verificará o diagnosticará la concurrencia de esta indicación de acuerdo a las previsiones legales[1204], y será el encargado de ejecutar el aborto que, como toda intervención quirúrgica, requiere de cierto conocimiento especializado[1205].

El médico debe ostentar un título profesional en Medicina que es un requisito *sine qua non* para que realice cualquier tipo de intervención quirúrgica. El título puede haber sido obtenido en el país o en el extranjero (en este último caso debe contar con la habilitación correspondiente); por tanto, quedan excluidos los bachilleres o estudiantes de medicina[1206]. No es indispensable la colegiatura ni la inscripción del médico en el Colegio de Médicos del Perú; tampoco interesa la especialidad del médico, es decir que sea un obstetra o un ginecólogo, ya que el peligro para la madre puede haber sido detectado por cualquier especialista.

Solo el médico debe realizar la acción material, aunque puede contar con el apoyo de terceros que no ejerzan la profesión médica

---

[1204] Artículo 29° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842): "El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado (...)".

[1205] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 211: "La ley ha impuesto un mecanismo adicional de control y de garantía profesional que recae sobre el médico, en el sentido de que todo aborto terapéutico va a desarrollarse conforme al procedimiento dispuesto por el especialista". No compartimos la posición de GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* pp. 112-112, quien considera, atendiendo al fundamento del aborto terapéutico, que un médico cualquiera que se dedique a practicar abortos no podrá gozar de la exención prevista en este artículo, pues no tiene una relación de confianza especial con la gestante que le dé acceso al círculo de sujetos a los que el Derecho Penal no le puede exigir el respeto de la vida de un inocente. Al respecto, se debe tener presente que la norma no establece ninguna limitación sobre este punto.

[1206] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 284.

o no reúnan los requisitos requeridos. El médico no puede delegar la práctica abortiva a una persona que no está licenciada ni tenga estudios en Medicina, a pesar de que actúe bajo su dirección y control, al respecto nuestra norma es determinante[1207].

Por último si el médico falsamente determina la concurrencia de esta indicación, responderá por un delito contra la fe pública que puede entrar en concurso real con el delito de aborto, ya sea como autor o partícipe.

7.3. CONSENTIMIENTO DE LA MUJER GESTANTE

La ley atribuye solo a la madre gestante el derecho de optar por su vida o salud, o por la vida del concebido (su hijo). Es la única que puede prestar el consentimiento válido que legitime el aborto ejecutado bajo estas circunstancias[1208], lo que constituye una nota diferenciadora del estado de necesidad justificante como ya se ha indicado.

Solo es necesario que la gestante apruebe la extracción o expulsión (muerte) del embrión o feto y por tanto las maniobras abortivas. El consentimiento necesariamente deberá prestarse con anterioridad a la práctica abortiva, y es revocable en cualquier momento; si esto sucede y el médico continúa con el procedimiento abortivo estará incurso en el delito de aborto no consentido con la agravante del art. 117° del

---

[1207] SERRANO GÓMEZ: *Ob. Cit.* p. 86. En contra CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p 212, para quien no es necesario que el que realiza materialmente la práctica abortiva sea un médico, basta que este último actúe bajo la dirección y control de un médico.

[1208] LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Indicaciones y Causas de Justificación en el Aborto.* En Revista del Poder Judicial. N° 13. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989) pp. 27-55, señala que la exigencia del consentimiento se justifica porque para que exista un auténtico conflicto es menester que la mujer no acepte libremente correr el riesgo o sacrificio para su vida o su salud, razón por la cual es irrelevante el consentimiento del varón o progenitor.

CP. Por último, cabe precisar que no es necesario que la gestante, durante el proceso abortivo o posterior a ello, exponga constantemente su consentimiento a la práctica abortiva.

Respecto a la validez del consentimiento, es aplicable todo lo expuesto en el análisis del aborto consentido; de esta manera consideramos que para un consentimiento válido, basta que la mujer gestante cuente con una capacidad natural de juicio, es decir capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la decisión, siendo perfectamente posible que mujeres menores de edad, e incluso con algún tipo de debilidad o discapacidad mental consientan una práctica abortiva, siempre y cuando tal estado no sea grave, es decir que no implique un supuesto de ausencia de discernimiento; de esta manera, cuando concurra este presupuesto, la voluntad del representante legal o de los padres carecen de eficacia para enervar la voluntad de la gestante, una interpretación contraria, esto es despojar de relevancia jurídica al consentimiento de la menor, resulta inconstitucional porque anula totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y dignidad de la menor. Si se determina que el médico dio una información falsa o incompleta, podrá hacérsele responsable como autor mediato del aborto[1209]. b) El consentimiento ha de ser eficaz, para lo cual la gestante debe tener información suficiente sobre el acto que consiente. Este requisito juega un papel muy relevante en estos casos, pues el médico debe informar a su paciente sobre las consecuencias de su decisión[1210], y si bien, cierto sector doctrinal sostiene que la omisión de información solo puede conllevar a una responsabilidad adminis-

[1209] GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 111.

[1210] Art. 27 de la Ley General de Salud (Ley N° 26842): "El médico tratante, así como el cirujano dentista y la obstetriz están obligados a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos. Para aplicar tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o practicar intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente a la paciente, el médico está obligado a obtener por escrito su consentimiento informado" –subrayado nuestro-.

trativa, consideramos que la finalidad del consentimiento informado es garantizar precisamente la validez del consentimiento. Por último, es imprescindible que la embarazada actúe consciente y libremente, es decir, que el consentimiento no debe haber sido obtenido mediante violencia, amenazas y engaños, ya que en tales casos se hablaría de un consentimiento viciado.

En los casos en que la gestante se encuentre privada de conciencia, vg., por haber sufrido un accidente grave que la ha dejado en estado de coma, o se encuentre privada de su capacidad natural de juicio, o por carecer de ella, la ley establece que en estos casos el consentimiento debe ser expresado por su *representante legal.* En el supuesto de que la mujer no tenga representante legal, consideramos que, el médico debería comunicar la situación riesgosa en que se encuentra la mujer –aplicando analógicamente el 4to. Párrafo del art. 4 de la Ley General de Salud (Ley 26842)-, a la autoridad judicial competente, la que resolverá al respecto, autorizando las acciones a que hubiera lugar, en salvaguarda de la vida y la salud de la gestante, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda actuarse bajo un supuesto de estado de necesidad justificante o en cumplimiento de un deber de profesión, de acuerdo a las reglas del arte de curar[1211] si sus presupuestos concurren en el caso concreto.

Asimismo, consideramos que el consentimiento brindado por la mujer debe ser expreso[1212], toda vez que de conformidad con el art. 27° de la "Ley General de Salud", se obliga al médico tratante a obtener por escrito el consentimiento informado de la paciente –o de su representante legal-, como requisito de procedencia, cuando se trate de

---

[1211] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 99.

[1212] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 119; BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 93; LUZÓN PEÑA: *Ob. Cit.* pp. 27-55: "El consentimiento para evitar abusos, ha de ser expreso, y no cabe el tácito ni el presunto". En contra CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 219-220, quién admite la posibilidad de un consentimiento tácito o presunto y los actos concluyentes.

intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente a la paciente; en consecuencia, un consentimiento tácito carece de efectos jurídicos. En este mismo sentido, no son admisibles los actos concluyentes y menos un consentimiento presunto; sin embargo, debemos precisar que la exigencia del consentimiento por escrito es de tipo administrativo, cuyo incumplimiento puede traer consigo sanciones administrativas, pero no condiciona el contenido del art. 119° del CP que es materia de análisis, en el sentido de que la exención de responsabilidad penal dependa de que el consentimiento se haya prestado por escrito; pues, basta, como se ha dicho, un consentimiento expreso[1213], cualquiera sea el modo en que conste[1214].

Finalmente, se debe acotar que no es posible la intervención de un tercero, como el padre del concebido, para salvaguardar la vida del no nacido, en los casos de aborto terapéutico[1215].

7.4. NECESIDAD DEL ABORTO

No basta una mera situación de peligro y un conflicto real de intereses, es indispensable además, que el aborto se presente como una *medida de estricta necesidad*[1216], para salvar la vida de la mujer embarazada o evitarle un mal grave o permanente a su salud; es decir,

---

[1213] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 119.

[1214] Si después de haberse realizado el aborto se determina que la gestante estaba predispuesta a un serio riesgo para su vida o su salud, de haber continuado con el proceso de gestación, estaremos ante un aborto consentido punible, dado que el médico al momento de interrumpir el embarazo desconocía esta justificación; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 218.

[1215] LAURENZO COPELLO, Patricia: *El Aborto no punible.* Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1990, p. 331. Por el contrario GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 109, considera que como estamos en un supuesto de estado de necesidad exculpante, el padre del *nasciturus* podría impedir legítimamente el aborto, en la medida en que la vida del feto es tan valiosa como el de la madre.

[1216] LUZÓN PEÑA: *Ob. Cit.* p. 27-55; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 200; CASABONA: *Ob. Cit.* p. 193; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 96.

no debe existir otro medio exigible más que el aborto para solucionar el conflicto; de lo contrario, esto es, si existiese otro medio, vg., un tratamiento médico adecuado, un parto prematuro, etc., se debe recurrir a dichos procedimientos, pues, si son desechados intencionalmente, no procede la justificación del aborto[1217].

Asimismo, se debe precisar que la necesidad del aborto debe presuponer su idoneidad o eficacia para evitar el peligro; de este modo, la práctica abortiva es necesaria cuando desde una perspectiva *ex ante* se pueda establecer, de manera razonable, que va a desaparecer o disminuir significativamente el riesgo que corre la gestante, por lo que no será admisible si supone un peligro mayor que el parto mismo o comporta mayores peligros que el que se pretende prevenir, o simplemente es ineficaz[1218]. Por último es útil indicar que la necesidad del aborto debe medirse en términos de probabilidad y no de seguridad absoluta, y en función de las circunstancias concretas, y no meramente abstractas[1219]. En los casos límite que revisten una especial complejidad, como el caso en que el embarazo origina tendencias suicidas o agrava una tendencia ya existente en la gestante, se sostiene que habría que acudir a otro tipo de medidas como el encierro en una clínica de salud mental.

Como es obvio, esta eximente específica solo funciona cuando el aborto es necesario para cautelar la vida o la salud de la gestante ante

---

[1217] GODOY LEMOS, Roberto et al: *Código Penal-Parte Especial.* Hammurabi, Buenos Aires, 1994. p. 159.

[1218] BAJO FERNÀNDEZ: *Ob. Cit.* p. 123; LUZÒN PEÑA: *Ob. Cit.* pp. 27-55; CASABONA: *Ob. Cit.* p. 193.

[1219] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 94; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 201. GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 110, desde esta perspectiva correctamente señala que no es pertinente que un protocolo para el manejo de los casos de interrupción legal del embarazo contenga una lista abstracta de las situaciones clínicas que justifiquen un aborto terapéutico, ya que la situación de peligro debe llevarse a cabo siempre de acuerdo a las circunstancias personales del paciente y, además, a las posibilidades de atención médica.

un grave peligro y no para cautelar cualquier otro interés de la mujer como la libertad, familia, honor, etc.

Cuando la norma hace referencia a la vida de la gestante se entiende que debe existir un peligro de muerte, es decir que existe el riesgo de que la mujer muera de continuar con el proceso de gestación; lo mismo ocurre con su integridad personal, esto es, debe existir un riesgo de que la continuación del proceso de gestación ocasione un grave daño de carácter permanente. Este riesgo o peligro si bien debe ser *real*, es decir, que debe constatarse sobre la base de la experiencia médica y con arreglo a las normas consuetudinarias de la *lex artis*[1220], no se requiere que sea *inminente*[1221], es suficiente con que sea grave; esto es, dicho riesgo debe ser superior a lo que es normal a cualquier embarazo, y que se va a concretar en un futuro más o menos próximo. Este "... juicio de gravedad debe estar en función de la entidad del mal amenazante, su proximidad y el período de gestación en que se encuentre la embarazada"[1222]; además, dicho riesgo deben ocasionar un daño de carácter *permanente*, y no meramente transitorio, quedando excluidos los casos que únicamente requieran de asistencia o descanso.

La salud no debe entenderse únicamente desde la perspectiva corporal o física, sino también psicológica; así por ejemplo, en octubre del 2005, el Comité de Derechos Humanos de la ONU emitió la Comunicación Nº 1153/2003, en virtud de la cual se sancionó al Estado Peruano con una indemnización a favor de una ciudadana peruana por violación de sus derechos humanos reconocidos en el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[1220] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 283.

[1221] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 97 nos refiere que la exigencia de un riesgo inminente hubiera tornado superflua la regulación el aborto terapéutico, ya que se le hubiera tratado con toda justificación como un estado de necesidad.

[1222] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 123.

Los hechos materia de este pronunciamiento pueden resumirse de la siguiente manera: En el año 2001, una joven de 17 años de edad, quedó embarazada, y al practicársele una ecografía en el Hospital Arzobispo Loayza, se le diagnóstico la gestación de un feto anencefálico[1223], asimismo se le informó de los riesgos contra su vida en caso de continuar el embarazo, a lo que la ciudadana denunciante decidió interrumpir su embarazo. El 19 de julio de 2001, cuando la gestante se presentó al hospital a fin de que se le practique la intervención, el Director del Hospital denegó la intervención abortiva, por contravenir las normas legales, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 120° del Código Penal, el aborto eugenésico es punible, y que conforme al artículo 119° del mismo Código, el aborto terapéutico está permitido cuando la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente. El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto a la fecha normalmente prevista para el parto, la gestante dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días; período durante el cual debió amamantarla. Después de la muerte de su hija, la actora (gestante) se sumió en un estado de profunda depresión. Al respecto, se presentaron dos informes sobre la salud mental de la denunciante, el primero de ellos preparado por una asistente social, recomendaba la intervención médica para interrumpir el embarazo "*... ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de KLL y su familia*"; el segundo informe fue elaborado

[1223] La anencefalia es la ausencia de una gran área del cerebro y cráneo, es un defecto del tubo neural que ocurre cuando el extremo encefálico (la cabeza) del tubo neural no logra cerrarse, generalmente esto ocurre en el 23° y el 26° día del embarazo, dando como resultado la ausencia de una parte importante del cerebro, el cráneo y del cuero cabelludo. Los niños con este trastorno nacen sin la parte anterior del cerebro-la parte más grande del mismo que es responsable del pensamiento y la coordinación. El tejido cerebral restante a menudo se encuentra expuesto, es decir, no está recubierto de hueso o piel. En la mayoría de los casos los fetos mueren antes de nacer, pero en algunos casos llegan a nacer pero mueren a las pocas horas o días.

por un médico psiquiatra en el que se concluía que "... *el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a la maleficencia grave para la madre, pues se le ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo cuyo desenlace fatal se conocía de antemano y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión con las severas repercusiones que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente*". Al respecto, el Comité señaló que "... *la omisión del Estado, al no conceder a la actora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en opinión del Comité, la causa del sufrimiento por la cual ella tuvo que pasar.* El Comité ha señalado en su observación General N° 20 que el derecho protegido en el artículo 7° del Pacto[1224], no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esa protección es particularmente importante cuando se trata de menores (...). En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7° del Pacto". Más allá de tratarse, el presente caso, de un supuesto de aborto terapéutico o eugenésico –aunque consideramos que se trata de un supuesto de inviabilidad, que no es típico-, lo relevante es que el Comité frente a este caso límite *considera que se ha producido un trato inhumano, cruel y degradante a la actora*, que no debe ser entendido solo desde el punto de vista físico o corporal sino que también se toma en cuenta la disfuncionalidad psíquica a la que ha sido expuesta la denunciante, y que ha sido la base para sancionar al Estado Peruano con una indemnización.

En el ámbito de la salud psíquica, aparte de los graves trastornos psicológicos, se pueden incluir los casos de mujeres embarazadas menores de edad. En estos casos, debido a su inmadurez psíquica y física, se pueden desencadenar trastornos de carácter psíquico y anatómicos

[1224] Art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

que pueden afectar su desarrollo futuro; también podrían incluirse los embarazos de mujeres mayores de cuarenta y cinco años de edad, por el riesgo que implica el embarazo en dicho período; y por último, las depresiones que determinan una tendencia suicida de la gestante a consecuencia precisamente de su embarazo[1225].

Otro aspecto importante que ha dejado en evidencia el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Comunicación N° 1153/2003, es que no existe un recurso administrativo o judicial que permita la interrupción de un embarazo por motivos terapéuticos, en caso de que se niegue la intervención médica como sucedió en el presente caso. Al respecto consideramos que era factible en estos supuestos la interposición de un proceso constitucional de Amparo, de conformidad con el art. 37° inc. 24 del Código Procesal Constitucional.

Aun cuando no se puede precisar con exactitud, cuándo nos encontramos ante una enfermedad o traumatismo grave de la salud física o mental de la gestante, capaz de justificar este tipo de aborto, la doctrina hace referencia a ciertos supuestos en los cuales, siempre atendiendo al caso concreto, procede la indicación terapéutica, estos son, al decir de CASTILLO ALVA: a) Medicina Interna: graves enfermedades al hígado, al pulmón, de riñón, con disminución funcional progresiva de dichos órganos, ciertas embolias y trombosis, enfermedades graves al corazón, diabetes graves, cáncer a la sangre, encefalitis; b) Cirugía: tumores malignos, choque séptico, secuelas de un accidente con lesión de órganos de la pelvis menor, como el recto y la vejiga, lesiones al cráneo y al cerebro que lleven a un cambio de personalidad o una pérdida duradera de la conciencia; c) Ginecología: graves intoxicaciones durante el embarazo, graves enfermedades del hígado, riñones y páncreas ligadas al embarazo que llevan atrofia de dichos órganos; d) Otorrinolaringología: tumores malignos, ostereoesclerosis, tuberculosis de laringe; e) Enfermedades de la piel: tumores malignos,

[1225] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 124.

lupus erythematodes, esclerodermia progresiva, dermatomiositis; f) Epilepsia grave, lesiones traumáticas al cerebro, tumores cerebrales; g) Psiquiatría: depresiones endógenas y reactivas con tendencia al suicidio, depresiones de agotamiento en situaciones crónicas de sobrecarga de la madre"[1226].

Un tema que resulta problemático es establecer si la gestante se encuentra dentro de los alcances de esta particular causa de justificación, cuando a pesar de haber podido realizar un tratamiento médico riguroso a fin de controlar el riesgo para su vida y su salud, no lo hace. Al respecto, consideramos que en esos casos podría apreciarse un estado de necesidad justificante (inc. 4 del art. 20°), para el médico que practica el aborto en estas circunstancias.

[1226] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 209-210.

8. ABORTO ÉTICO Y EUGENÉSICO

Art. 120°: *"El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:*

1°. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados cuando menos policialmente; o

2°. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico."

En el Proyecto de 1990 se estipulaba la impunidad del aborto ético y eugenésico, junto al aborto terapéutico; sin embargo en el texto definitivo del Código Penal de 1991 se mantuvo únicamente la impunidad del aborto terapéutico, manteniendo la ilicitud del aborto ético y eugenésico, aunque como es de verse, castigando dichos ilícitos con penas mínimas. Este cambio de perspectiva conforme se señala en la exposición de motivos obedeció a una concepción de la protección de la vida del ser en formación, entendiendo que constitucionalmente merecía protección, puesto que al que está por nacer se le considera nacido para todo cuanto le favorece (Art. 2° inc. 1); sin embargo, es de resaltar que estos cambios inesperados, en el fondo se debieron a las presiones de aquellos que propugnan

una protección absoluta de la vida, constituyendo una clara muestra de la manera informal que se legisla en nuestro país[1227].

8.1. CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

Como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el ordenamiento constitucional, por tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden la esfera de su autonomía privada e interesan a la sociedad, al Estado y al legislador. No obstante, el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, no pueden tener una naturaleza absoluta, que determine la penalización del aborto en todas sus modalidades, determinando la completa preeminencia de la vida del *nasciturus*, en desmedro de los derechos fundamentales de la mujer embarazada; pues, de ser así, se estaría desconociendo la dignidad de la gestante y reduciéndola a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes. Una decisión de este tipo sería abiertamente inconstitucional, ya que una de las características de nuestro ordenamiento constitucional es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales tiene una preeminencia absoluta e incondicional frente a los restantes; en tal sentido en el conflicto de intereses presentado entre la vida del concebido y los derechos de la mujer gestante se debe recurrir al juicio de ponderación como exigencia de una adecuada proporcionalidad[1228].

Bajo esta perspectiva nuestro Código Penal ha consagrado una prohibición general del aborto (a excepción del terapéutico), y en el caso del aborto ético y eugenésico, si bien establece la atenuación de la pena

---

[1227] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 77.

[1228] PRIETO SANCHÍS, Luis: Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En *Neoconstitucionalismo*. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, Madrid, 2003. p. 143.

debido a la especial afectación de ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, aún sigue atribuyendo responsabilidad penal a la gestante[1229].

Una regulación en este sentido es evidentemente desproporcionada, pues, en definitiva el hecho sigue siendo punible, y en esa medida continúan afectándose gravemente los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante. Esto es más evidente en el caso del aborto ético, en el cual se desconoce totalmente la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida, sino el resultado de una acción delictiva, que al obligar a la mujer a seguir adelante con tal embarazo, se la desconoce como sujeto autónomo de derechos. La mujer que, como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales, queda embarazada no puede ser jurídicamente obligada a adoptar comportamientos heroicos, obligándola a asumir sobre sus espaldas la enorme carga vital que implica la continuación del embarazo en esas condiciones, considerándola únicamente como un instrumento útil de procreación[1230]. En estas condiciones

---

[1229] Aunque cabe reconocer como señala REYNA ALFARO, Luis Miguel: *Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental*. En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo, 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2009. p. 29, que en los hechos este supuesto se encuentra descriminalizado, atendiendo a la pena (3 meses) con el que se encuentra conminado este delito, pues es resulta improbable la imposición de una pena sin que se hayan superado los plazos ordinarios y extraordinarios de prescripción de la acción penal, por lo que en la práctica sólo será posible sancionar este delito si el imputado renuncia a la prescripción.

[1230] CARBONELL MATEU- GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 115: "Si el Ordenamiento hubiera optado por obligar a la mujer a continuar su embarazo -pese a que tal continuidad sea valorada positivamente-, habría ignorado el valor superior que tiene el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana, así como que el hombre -en este caso y de momento, específicamente, la mujer- es un fin en sí mismo, y de ninguna manera puede considerarla, como ya dijera Kant, un simple medio o instrumento".

cuando una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable –lo heroico-, consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta el final, la mujer tiene derecho a continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo de acuerdo a su conciencia, pero no puede ser obligada a procrear ni ser objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación[1231].

Con la punibilidad del aborto *eugenésico o embriopático* también se afectan los derechos fundamentales de la mujer de manera desproporcionada e irrazonable, ya que nuevamente se exige a la madre comportamiento heroicos, al exigirle que se haga cargo de un niño con graves anomalías que afectarán su propia vida, situación que involucra la realización de su proyecto de vida, que se vería frustrado al tener que soportar la permanente atención y cuidado que acarrearía el nacimiento de un niño con estas características, situación que también implica una afectación a la propia dignidad del niño[1232]. Si bien el legislador penal cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en materia penal, dicho margen encuentra sus límí-

---

[1231] Como bien señala PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.: *La política criminal del aborto en el marco de la una discusión despenalizadora.* En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo, 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2009. pp. 37 a 38, la penalización de la mujer significaría la aplicación de un doble castigo, el primero constituido por la propia violación sexual, y luego, el Estado a partir de una obtusa penalización amenaza su libertad.

[1232] CARBONELL MATEU – GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 116: "No se trata así de que la vida prenatal no posea tanto valor como en el supuestos en que las taras no existan, sino que se produce un conflicto mayor con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, para quien continuar el embarazo puede suponer un trauma muy grave. Parir y asumir una maternidad en esas condiciones es evidentemente un hecho que ha de tener una influencia muy trascendente en su vida. Es natural que el ordenamiento jurídico, en consideración al valor superior que tiene el libre desarrollo de su personalidad, conceda a la embarazada la posibilidad legal de escoger si quiere o no asumir la tarea evidentemente no deseada y que la naturaleza, desgraciadamente, le ha encomendado";

tes en los derechos constitucionales, dentro de los cuales destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las persona, por tanto una regulación penal del aborto no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de convertirla en un instrumento de reproducción del género humano, considerándola como una herramienta efectivamente útil para procrear; tampoco puede desconocerse el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad y decidir si quiere o no ser madre y con quién quiere engendrar a su futuro hijo. A nuestro juicio con la tipificación del aborto ético y eugenésico, el legislador penal, si bien tiene la intención de proteger la vida del *nasciturus*, afecta de manera desproporcionada e irrazonable los derechos de la mujer, por tanto, la punibilidad de estos hechos resultan inconstitucionales. Consecuentemente, ante un hecho de este tipo el juez está facultado para no aplicar el tipo penal por so contrariedad a la Constitución. No obstante, en la práctica, estando a la pena mínima con la que se sancionan estas conductas (tres meses de pena privativa de libertad), realmente no resulta aplicable este tipo penal, puesto que en nuestro medio no existen procesos que duren menos de cuatro meses y medio, tiempo en el cual, en todo caso, prescribe la acción penal por estos delitos (prescripción ordinaria más la extraordinaria).

La posición que aquí se adopta no impide, sin embargo el análisis dogmático de estos delitos, conforme se verá a continuación.

8.2 ABORTO ÉTICO

El aborto ético, llamado también "*sentimental*" o "*humanitario*" es aquel que se realiza sobre el feto o embrión cuando el embarazo proviene de delitos sexuales o de técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial propiamente dicha) no consentida y ocurrida fuera del matrimonio. Nuestra norma penal exige como requisito, a fin de que pueda favorecerse con esta atenuante, que los hechos violatorios o contrarios a la voluntad, hayan sido denunciados o investigados al menos, policialmente.

El fundamento de la atenuación de la pena en este caso, podemos hallarlo en la menor culpabilidad de la mujer, a quien le es menos exigible el respeto a las normas que protegen la vida humana prenatal, no solo porque la gestación –cuando es consecuencia de un delito contra la libertad sexual- ha sido contraria a su voluntad, sino porque ha sido realizado venciendo su resistencia por la violencia o engaño, al lesionar en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerar gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal.

El legislador es consciente de estas vivencias, y entiende que es menos exigible a la mujer un comportamiento conforme a Derecho, porque se ve expuesta a graves repercusiones que van a afectar su esfera sentimental, social y moral en el devenir de su vida. Sin embargo, tal como ya lo hechos adelantado, esta menor reprochabilidad contenida en este tipo de aborto, no es suficiente para superar la inconstitucionalidad de este tipo penal. Y claro, el hecho que nos pronunciemos por la inconstitucionalidad, no significa un mero criterio dispar en el análisis del tipo, sino que significa que el mismo sea inaplicable. Más aún, ni siquiera amerita una investigación o el inicio de una investigación preparatoria, conforme al nuevo Código Procesal Penal; pues al interpretar esta norma penal y encontrarla incompatible con la Constitución, simplemente dicha norma resulta inaplicable.

En la legislación comparada muchos países han optado por declarar la no punibilidad del aborto en estos casos; así, España (Art. 417° inc. 2: *"Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado..."*); Alemania (Art. 218°, III: *"Los presupuestos del apartado II se considerarán cumplidos también en la interrupción del embarazo que sea realizado por un médico con el acuerdo de la embarazada, cuando después del reconocimiento médico realizado a la embarazada haya sido cometido un hecho ilegal de los artículos 176°*

a 179° del Código Penal, firmes fundamentos apoyen la suposición de que el embarazo se deba al hecho, y no hayan transcurrido más de doce semanas desde la concepción"); Argentina (Art. 86° inc. 2: *"Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto);* Brasil (Art. 128°, II); Bolivia (Art. 266°: *"cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada");* Ecuador (Art. 447° inc. 2: *"Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer");* Uruguay (Art. 328° inc. 2: *"Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, para eliminar el fruto de la violación, la pena será disminuida en un tercio a la mitad, y si se efectuara con su consentimiento será eximido de castigo").*

8.2.1. EL EMBARAZO COMO CONSECUENCIA DE UNA VIOLACIÓN SEXUAL

Nuestra normal penal establece que el embarazo debe ser consecuencia de un delito de violación sexual; el problema se suscita al momento de establecer cuáles son los alcances de esta referencia. Al respecto, pueden esbozarse tres posiciones, la primera de ellas, que privilegia una interpretación literal, entiende que la expresión utilizada por nuestro legislador abarca únicamente aquellos embarazos que se han producido como consecuencia de la conducta típica prevista en el art. 170° de nuestro Código Penal[1233]; una segunda posición postula que la expresión utilizada en la configuración de esta atenuante debe englobar a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, ya que no existe un razón válida para restringir la referida atenuante a los casos del art. 170° del Código Penal, pues, en todos estos casos

[1233] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 124 (desde la perspectiva del Código Penal español derogado)

el fundamento sería el mismo[1234]; una tercera posición a la que podríamos denominar mixta, señala que la expresión "*violación sexual*" abarca, en principio, a todos los delitos contra la libertad sexual, a excepción de la seducción. Esta posición es mantenida por ejemplo por HURTADO POZO, para quién la víctima en estos casos, como quiera que acepta tener relaciones sexuales con el seductor (aun cuando actúa con un consentimiento viciado por las falsas promesas) asume conscientemente el riesgo del embarazo, que es consecuencia del resultado del ejercicio de su libertad de maternidad y de decidir con quién practicar el acto sexual[1235].

Asumiendo una posición al respecto, consideramos que la tercera hipótesis sería la más adecuada; puesto que la norma habla de violación de la libertad sexual en cuyo contenido se pueden incluir sin problema alguno, todos los delitos en que para la realización de la relación sexual de la cual surge el embarazo, se ha producido sin el consentimiento de la gestante, más aún, en muchos de estos casos, coartando su voluntad y resistencia contra el agente violador; sin embargo, tal como lo señala HURTADO POZO, esta situación no se presenta en la seducción, en la cual sí existe voluntad de la gestante respecto de mantener la relación sexual de la cual resulta el embarazo, y aun cuando existió un vicio en la formación de la voluntad, el consentimiento prestado implica asumir los riegos de embarazo por

---

[1234] Así CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 240, sostiene que la referencia a la violación sexual debe comprender a todos los delitos contra la Libertad Sexual, incluyendo la seducción y a los actos contrario al pudor, pues desde el punto de vista teleológico lo que se pretende es atenuar todo aborto que sea consecuencia de la realización de un delito contra la Libertad Sexual independientemente de su clase y gravedad.

[1235] *Ob. Cit.* pp. 90-91; actualmente consideramos que esta posición no podría ser mantenida ya que la modificación del art. 173° del Código Penal, mediante Ley 28704, tipifica como violación sexual de menor de edad, además de otros supuestos, a aquél que tiene como víctima al menor que tiene, entre catorce años de edad y menos de dieciocho años de edad, con lo que prácticamente se deroga tácitamente el art. 175° del Código Penal.

parte de la gestante, y tal riesgo no se le puede cargar, precisamente al producto de la concepción, a tal punto de sacrificar su existencia. Más todavía, el hecho de la seducción no origina en la gestante el trauma que genera la violación o los demás delitos contra la libertad sexual.

Nuestra norma exige, que el embarazo debe ser consecuencia de un delito contra la libertad sexual, siendo suficiente un juicio de probabilidad para apreciar esta relación de causalidad[1236]; debiendo descartarse la tesis que exige la certeza de esta relación causal[1237], por cuanto no resulta compatible con el texto de nuestra norma; sin embargo, si solo se llegara a un estado de duda razonable sobre la violación, en que la "*la duda favorece al reo*", se podría sostener que no existe elementos suficientes para asumir que el embarazo es producto de la violación y, por tanto, no estaríamos ante esta atenuante para el delito de aborto.

8.2.2. EL EMBARAZO COMO CONSECUENCIA DE UNA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA

El segundo supuesto abarcado por esta atenuante es la del aborto del embrión o feto, que ha sido concebido en virtud de un proceso de inseminación artificial no consentido por la mujer, para lo cual pueden haberse utilizado medios compulsivos como la violencia y la grave amenaza así como medios fraudulentos.

La crítica a la presente regulación es que no se ha tomado en cuenta, a diferencia del Código Penal Colombiano[1238], otras técnicas

---

[1236] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 96; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 91; y CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 244.

[1237] BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 125.

[1238] Art. 124. Circunstancias de atenuación facultativa: La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundados no consentidas (subrayado nuestro).

de reproducción humana asistida como la *fecundación in vitro*, que consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en una probeta, para después introducir el óvulo fecundado en el útero de la mujer. Algunos consideran que en estos casos la atenuante no resulta aplicable[1239]; sin embargo, por nuestra parte, consideramos que el legislador no ha pensado en las diferencias que existen entre estas formas de reproducción asistida, por lo que no ha incluidos unas formas y excluido otras, simplemente ha tomado en cuenta las formas diversas como se puede ocasionar el embarazo artificialmente, por ello se comprende en este supuesto tanto la inseminación artificial, la *fecundación in vitro* y cualquier otra técnica de reproducción artificial. Más aún, si se pensara excluir alguna de estas formas de reproducción artificial basándonos simplemente en la literalidad de la norma, de todos modos es factible la aplicación de la analogía "*in bonam parte*", ya que los supuestos son análogos y el fundamento es el mismo.

8.2.3. EMBARAZO FUERA DEL MATRIMONIO

Resulta totalmente incomprensible que nuestro legislador exija este requisito, en principio porque un atentado a la libertad sexual es punible ya sea si es cometida por el cónyuge o por terceros, esto es, fuera del matrimonio o dentro del mismo; más aún, resulta reprochable que se pretenda imponer a la mujer el deber de procrear aun en contra de su voluntad, solo porque es dentro del matrimonio. En el fondo se trasluce aún la concepción desfasada que imperaba en el Código Penal de 1924, donde se reprimía únicamente la violación sexual realizada fuera del matrimonio (Art. 196° del CP de 1924).

Consideramos que esta exigencia es inconstitucional, fundamentalmente porque afecta el derecho a la igualdad de trato respecto al que pudiera recibir una concubina[1240] al consentir una práctica abortiva en

---

[1239] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 188.

[1240] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 91: "Sí, ahora tanto el marido como el concubino violadores de su compañera son sancionados penalmente, no

las mismas circunstancias, es decir, no existe una justificación racional para un trato diferenciado. Por este motivo, desde una perspectiva constitucional, concluimos que este requisito no debe ser tomado en cuenta para establecer la eficacia de la atenuante anteriormente señalada; esto es, para el análisis de este supuesto no se debe tomar en cuenta si el hecho sucede dentro o fuera del matrimonio[1241].

8.2.4. DENUNCIA DE LOS HECHOS O INVESTIGACIÓN POLICIAL

Nuestra norma exige además que los hechos hayan sido denunciados o al menos investigados policialmente; esto es, que la violación o la inseminación artificial en contra de la voluntad de la gestante se haya puesto en conocimiento de la autoridad competente en el momento en que se produjeron los hechos o al tomar conocimiento de los mismos, sea ante jueces, fiscales, policías, u otras autoridades. Debiendo precisarse que el fundamento de esta exigencia es que se cuente con un dato cierto de que realmente los hechos de violación o inseminación artificial efectivamente se produjeron, aun cuando no se sepa quién o quiénes son los autores de los hechos.

Dentro de las autoridades competentes no se debe considerar únicamente a las autoridades formales como jueces, fiscales o policías, sino también a autoridades comunales o tenientes gobernadores, en los lugares donde dichas autoridades tienen competencia para conocer, en un primer momento, los conflictos que se suscitan en el seno de su comunidad; inclusive puede tratarse autoridades de las rondas campesinas que ejercen jurisdicción especial en sus respectivas comunidades o caseríos. Se entiende que la denuncia debe obedecer a un delito contra la libertad sexual, o contra la libertad individual (coacción) en el caso de una inseminación artificial no consentida. Aun cuando también en este último caso para realizar la inseminación

---

se comprende como sólo debe atenuarse la represión en relación con la concubina. Contraer matrimonio conforme a la ley resulta así desventajoso".

[1241] En el mismo sentido, CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 245.

artificial se ha tenido que introducir ciertos objetos o instrumentos en la vagina de mujer, por lo que este solo hecho también configura acto de violación sexual, estando a la regulación de este delito en la normatividad vigente.

No es necesario que la denuncia haya sido presentada por la mujer afectada, pues, la norma no restringe este acto a determinadas personas, por lo que cualquiera puede haber efectuado la denuncia respectiva, ya sea a la comisaría del sector, al Ministerio Público, los juzgados de paz o las demás entidades o autoridades a las que se ha hecho referencia. Constituye una exigencia normativa que la denuncia deba ser presentada antes de la ejecución de aborto. No es necesario, sin embargo, que se formule un atestado policial o que la investigación, a raíz de la denuncia interpuesta haya continuado con la realización de las diligencias pertinentes, y muchos menos, que se haya formalizado denuncia fiscal, se haya iniciado una investigación preparatoria o que se haya emitido un fallo condenatorio[1242]. Si posteriormente se determina que la denuncia ha sido falsa, se castigará por el delito de denuncia calumniosa (Art. 402° del Código Penal), en concurso con el delito de aborto contemplado en el art. 115° y 114° del Código Penal, según sea el caso.

El fundamento de esta exigencia radica, de alguna manera, en evitar que personas inescrupulosas hagan uso indiscriminado de esta atenuante, con lo cual se pretende dotar de cierta seguridad a su aplicación.

Se ha criticado este requisito indicando que no tiene ninguna operatividad práctica, por cuanto el que se haya presentado una denuncia no garantiza que el embarazo sea consecuencia de un acto contra la libertad sexual o de la libertad individual, y por el contrario

[1242] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* pp. 195-196, precisa que el hecho debe ser típico y antijurídico, aunque el autor de la violación no sea culpable. En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* pp. 124-125, quien precisa que no es necesario que la denuncia tenga éxito, bastando con que no sea falsa.

pueden suscitarse casos en los que el embarazo ha sido consecuencia de un acto ilícito pero que no ha sido denunciado[1243]. Sin embargo, se debe precisar que este requisito no tiene la finalidad de dar por cumplida la comprobación del supuesto de hecho del aborto ético, que en todo caso se determinará en el proceso judicial respectivo, sino que busca permitir la operatividad de esta atenuante de una manera razonable; lo cual sin embargo, resultaría más acorde con una regulación impune del aborto ético. En tal sentido, al médico le basta contar con la copia certificada de la denuncia policial para proceder a la intervención abortiva, sin necesidad de esperar la comprobación judicial del delito de violación, evitando mayores riesgos a la madre. En pocas palabras se busca dar mayor garantía a la intervención médica, evitando denuncias falsas o fraudulentas orientadas a lograr el aborto en casos en que nos encontramos ante los supuestos atenuados materia de comentario. De este modo, el médico queda sujeto a la atenuante introducida por este artículo si cuenta al menos, previa a la intervención abortiva, con la copia certificada de la respectiva denuncia policial, independientemente de que en el proceso judicial se determine la falsedad de dicha denuncia.

Decimos que esta exigencia resulta coherente con una regulación que optase por la impunidad del aborto ético, por cuanto, actualmente el médico no queda eximido de responsabilidad penal, solo asegura una responsabilidad atenuada si es que cumple con esta exigencia legal, pero tiene el inconveniente que se impone la inhabilitación, hecho que es de especial relevancia para el médico, puesto que ello le impide desarrollar su actividad laboral. En tal sentido, estimamos que si el hecho no ha sido denunciado con anterioridad a la práctica abortiva, pero si en el proceso judicial se determina que efectivamente el embarazo era producto de un delito contra la libertad sexual, vg., por existir el reconocimiento del inculpado, la declaración de testigos, prueba de ADN, etc., no existe mayor inconveniente en aplicar esta atenuante.

[1243] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 247.

8.3. ABORTO EUGENÉSICO

El aborto eugenésico es el practicado para evitar el nacimiento de un ser con serias incapacidades físicas o mentales, o con ambas a la vez[1244].

El fundamento de la atenuación de la pena en este caso, podemos hallarlo en la menor culpabilidad de la mujer a quien le es menos exigible el respeto a las normas cuando se ve expuesta a graves repercusiones que van a afectar su esfera sentimental, social y moral en el devenir de su vida, ante la angustia incesante acerca de la suerte del hijo afectado por la grave tara en el caso de que sobreviva.

En la legislación comparada se ha optado por declarar la no punibilidad del aborto en estos casos; así, en España el art. 417° inc. 3 de su CP, establece: "*Que se presume que el feto habrá de nacer con grandes taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto*".

8.3.1. TARAS FÍSICAS O PSÍQUICAS

La tara a que hace referencia nuestra normativa debe ser física, vg., ausencia de extremidades inferiores o superiores; o psíquica, como esquizofrenia, síndrome de down grave; esto es, debe de tratarse de una lesión orgánica o trastorno funcional, que evidencie una enfermedad constitucional y hereditaria[1245]; sin embargo es menester extender el significado de este término para comprender no solo a las taras hereditarias, sino también a los trastornos fisiológicos o psíquicos provocados por influencias externas durante el embarazo, por ejemplo

---

[1244] GODOY LEMOS: *Ob. Cit.* p. 159.

[1245] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 89.

el consumo de medicamentos como la talidomina, drogas, alcohol, tabaco, cocaína, exposición a radiaciones, etc.[1246]

La expresión impropia de "*conllevar al nacimiento*" debe ser interpretada en el sentido de que el nacido puede ser portador genético de la enfermedad grave desde el nacimiento, aunque esta pueda manifestarse posteriormente[1247]. Al respecto ROMEO CASABONA también nos indica convincentemente que: "La indicación también existe cuando las taras se manifiesten de forma activa después del nacimiento, siempre que en este caso sea de segura producción y determinación (diagnóstico predictivo, en la llamada Medicina Predictiva), pues significa este pronóstico que el feto es portador genético, ya desde el nacimiento, de los factores causantes de la enfermedad grave que exige el CP"[1248].

Para los efectos de nuestro supuesto punitivo resulta irrelevante determinar la causa de la disfunción, así como el tiempo de su aparición; es decir, si se presenta desde la fecundación o en fases avanzadas de la gestación[1249].

8.3.2. GRAVEDAD

La gravedad de las taras ha de entenderse en el sentido de su perdurabilidad e importancia, así como en el grado de reparabilidad. De este modo, si fueran fácilmente eliminables, aunque fuesen de gran

---

[1246] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 89.

[1247] FEIJOO SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 318.

[1248] *Ob. Cit.* p. 198. En contra BAJO FERNÁNDEZ, para quien la tara física o psíquica debería aparecer en el momento del nacimiento. Se excluye de la aplicación de esta atenuante a los abortos practicados en virtud de un pronóstico de tara física o psíquica con posterioridad al nacimiento; SERRANO GÓMEZ: *Ob. Cit.* p. 95: "Las taras físicas o psíquicas, detectadas con anterioridad al parto, se habrían de manifestar con el nacimiento; no estarían amparadas las que pudieran sobrevenir con posterioridad".

[1249] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 252.

entidad, no estaremos ante esta atenuante[1250]. No debe tratarse de disfunciones de menor entidad que pudieran ser eliminadas mediante alguna intervención (labio leporino), o mediante algún tratamiento pre o postnatal.

En este juicio es además indispensable tener en consideración las consecuencias que la tara tendrá respecto de los derechos de la madre –libre desarrollo, libertad, salud integral, entre otros-. Asimismo, debe tomarse en cuenta en este juicio la probabilidad de que la tara impida al *nasciturus* llevar a cabo en el futuro una vida independiente, sin necesidad de una tutela permanente, o una vida normal sin una permanente hospitalización o postración[1251].

8.3.3 PROBABILIDAD

La norma solo exige que el diagnóstico de que el feto porte taras físicas o psíquicas graves, deben tener un carácter probable; sin embargo, este pronóstico debe estar basado en consideraciones científicas, razonables y, por ende, racionales.

8.3.4. DIAGNÓSTICO MÉDICO

Nuestra norma exige que el diagnóstico sea efectuado por un profesional médico, el mismo que debe ser emitido antes que la mujer se someta a la práctica abortiva. Con la exigencia de este requisito se busca afianzar las garantías sobre la realidad de la atenuante y conseguir, de este modo, una mayor protección de la vida del *nasciturus*[1252].

Este diagnóstico, como es evidente, debe precisar que el feto es portador de una tara física o psíquica, su carácter grave desde el punto de vista médico, y las circunstancias en las que se va a manifestar, durante o después del nacimiento.

[1250] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 198.

[1251] FEIJOO SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 318.

[1252] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 199.

Si el médico emite un diagnóstico falso respecto a la concurrencia de las malformaciones, es responsable penalmente por falsedad, en concurso real con el delito de aborto no consentido, de acuerdo a las circunstancias del caso; también puede incurrir en falsedad cuando determina que el embrión o feto no presenta taras físicas ni psicológicas cuando en realidad sí las tiene.

8.4. INTERVENCION MÉDICA Y CONSENTIMIENTO

Al regular el aborto ético y el eugenésico, nuestro legislador no ha impuesto ningún otro requisito, a diferencia del aborto terapéutico, que requiere la intervención de un médico y el consentimiento de la mujer gestante. Esta omisión, como han explicado diversos autores nacionales, se debió a que estos supuestos fueron separados del artículo que regulaba la indicación médica (Art. 120° del proyecto de 1990), en el que se hacía referencia expresamente a la intervención médica y al consentimiento, pero que al decidirse por la punibilidad de estas conductas –aunque atenuada-, se decidió regularlas en un artículo diferente, olvidándose el legislador de hacer referencia a la necesaria intervención médica en la práctica abortiva y al consentimiento previo de la gestante.

Frente a esta problemática, consideramos que, exigir en estos supuestos la intervención médica en la intervención abortiva para que la atenuante tenga funcionalidad, resulta ilegal e irrazonable; primero porque este requisito no está exigido expresamente en la norma, por tanto un razonamiento en contrario infringiría el principio de legalidad; segundo, porque estas conductas son punibles, por lo que carece de sentido exigir que un médico practique una intervención abortiva, conociendo que su conducta -aunque atenuada- sigue siendo punible. La exigencia de la intervención médica tiene sentido si se hubiese optado por la no punibilidad del aborto ético o eugenésico, lo que no ha sucedido. Piénsese por ejemplo en el caso que se ha reseñado al analizar el aborto terapéutico, conocido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el que el Director del Hospital Arzobispo Loayza denegó la intervención abortiva por considerar que contravenía

las normas legales, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 120° del Código Penal, el aborto eugenésico es punible. En conclusión, podríamos señalar que exigir la intervención médica sería incoherente con la opción que se ha tomado, y por el contrario se restaría funcionalidad a estas atenuantes, lamentablemente esa es la consecuencia de una regulación penal irreflexiva[1253].

Por el contrario, es indispensable, en los supuestos que son materia de estudio, el consentimiento de la mujer gestante en la práctica abortiva, a pesar de no haber sido referido en la regulación legal; lo que en el fondo era innecesario, ya que si entendemos que el factor determinante para la atenuación penal, es la libertad de la madre de no asumir heroicamente todas las privaciones y sacrificios que el embarazo le va a imponer, lo lógico es que resulte indispensable que la gestante preste su consentimiento[1254].

[1253] En contra CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* pp. 234-236; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 87.

[1254] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 88, quien agrega que esta solución es acorde a la dignidad y al libre desarrollo -maternidad responsable-, de la gestante, por tanto no puede imponérsele la interrupción de su embarazo.

CAPITULO III
DELITO DE LESIONES

1. NOCIONES GENERALES

Los delitos contra el cuerpo y la salud, dentro del orden axiológico que ha seguido nuestro legislador, son tratados inmediatamente después de los delitos contra la vida, bajo el *nomen iuris* de "lesiones". El lugar que ocupa este delito, dentro de la sistemática de nuestro Código Penal, refleja la gravedad que para nuestro legislador tienen estos delitos. Más aún, en los últimos años se han agravado especialmente las penas y se han creado nuevos tipos penales, estando a la multiplicación de los delitos de lesiones, sobre todo los causados a la mujer, los menores y personas del entorno familiar.

El Diccionario de la Real Academia define en general a 'lesión' (del latín *-laesioonis-)* como el "daño o detrimento corporal causado por herida, golpe o enfermedad", lo cual remarca que en la noción de lesión se encuentran presentes dos elementos de índole distinta, por un lado: el efecto (daño o detrimento *corporal* a un ser vivo); y por otro lado, a sus posibles causas (herida, golpe o enfermedad)[1255].

Históricamente las lesiones eran definidas a partir de esta concepción poniendo el acento en el resultado lesivo ocasionado a la integridad física de las personas, así por ejemplo, el antiguo Código Penal Español (Art. 420°), establecía como bien jurídico protegido a la

---

[1255] BLASCO DE FERNÁNDEZ DE MOREDA, F: *Lesiones.* En Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XVIII. Driskill S.A. Buenos Aires, 1979. p. 236.

integridad física, la cual solo podía ser vulnerada por medios violentos "*herir, golpear o maltratar*"; sin embargo, como es obvio, los delitos de lesiones no podían limitarse únicamente a la protección de la integridad física, razón por la cual la evolución de la dogmática penal se orienta a la protección de un bien jurídico mucho más amplio representado por la *salud individual*, respecto de la cual la integridad corporal no juega más que un papel meramente instrumental.

En el Derecho Romano este delito figuraba dentro de la espaciosa órbita de las *iniurias*[1256], las que se aplicaban a las ofensas causadas a las personas en su cuerpo, condiciones o en sus cosas, en contraposición a la apropiación ilegítima de cosas ajenas, o sea, el *furtum*[1257]. La Ley de las XII Tablas codificó el delito de *iniuria* el cual era entendido como la ofensa intencionada ilegítima a la personalidad física de un tercero[1258], es decir se consideraba como *iniuria* punible a la lesión corporal, que comprendía a la mutilación, la fractura de hueso y la injuria real, esta última comprendía a las simples vías de hecho que no producían un daño corporal; sin embargo, consuetudinariamente los pretores ampliaron la acción de *iniuria* a los casos de afectación al honor. Esta influencia ha determinado que muchos códigos penales, tipifiquen las lesiones y los delitos contra el honor dentro del mismo título, ya que desde esta perspectiva las ofensas al honor afectarían el aspecto espiritual de la persona, mientras que las lesiones afectarían el aspecto únicamente físico de la persona; sin embargo, esta concepción se encuentra actualmente superada ya que las lesiones, como se verá más adelante, protegen la salud individual tanto en su aspecto físico como psíquico y constituyen una categoría distinta de aquellos delitos que protegen el honor.

En el ámbito del Derecho penal este delito puede ser definido atendiendo a su evolución histórica, de acuerdo a la dogmática mo-

---

[1256] PACHECO: *Ob. Cit.* p. 389.

[1257] MOMMSEN, Theodor: *El Derecho Penal Romano*. T.II. Editorial Analecta, Madrid, 1999, p. 24.

[1258] MOMMSEN: *Ob. Cit.* p. 242.

derna, como *"la acción comisiva u omisiva, tipificada en la ley penal, que lesiona o menoscaba la salud individual (física o mental) de las personas, antijurídica y culpablemente"*.

1.1. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En la doctrina, tanto nacional como extranjera, no existe consenso respecto del bien jurídico penalmente protegido en el delito de lesiones. Al respecto se identifican cuatro posiciones claramente delimitadas:

i) Una posición que actualmente ha sido abandonada, sustentó que el bien jurídico protegido en el delito de lesiones estaba constituido únicamente por la *integridad corporal o física*[1259], entendida como el estado del cuerpo en su concreta plenitud anatómico-funcional interna y externa, la cual resultaba vulnerada con la pérdida, inutilización, menoscabo o desfiguración de cualquier órgano, miembro o parte del cuerpo[1260]; sin embargo, a partir de los planteamientos de GROIZARD la ciencia penal, especialmente la española, tomo conciencia de que la *integridad corporal* era insuficiente y pasó a considerar que se debe abarcar un concepto más amplio constituido por la *salud individual*[1261].

   En ese sentido, se critica a esta posición su excesivo reduccionismo al no tener en cuenta el componente dinámico y social del objeto de protección como por desconocer su vertiente

---

[1259] Así PACHECO: *Ob. Cit.* T. III, p. 43.

[1260] DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los delitos de lesiones.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997. p. 18.

[1261] En ese sentido GROIZARD, Alejandro y GOMEZ DE LA SERNA: *El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado.* T.IV. Imprenta de D. Timoteo Abnaiz, 1874. p. 591, señalaban que la ley penal era deficiente si solo defendía al cuerpo, y no al espíritu, de depravadas agresiones, olvidando que el hombre es a la vez cuerpo y espíritu; y no existe impedimento alguno para que el derecho penal reconozca que puede ser objeto del delito de lesiones tanto el cuerpo como el espíritu.

psíquica[1262]; asimismo, porque desde esta perspectiva, toda intervención médico-quirúrgica constituiría una conducta típica de lesiones al tratarse de una lesión a la integridad corporal, lo cual obligaría a que se recurra a la causal de justificación consistente en el ejercicio legítimo de un oficio para explicar la evidente irresponsabilidad del médico que realiza la actividad acorde con las reglas de la *lex artis* y con el consentimiento previo e informado de su titular; sin embargo, esta solución es insuficiente en aquellos casos en los cuales la actuación médica ha sido correctamente realizada por alguien que carece de la condición legal de médico, ya que al no poder realizar el ejercicio legítimo de la profesión médica, se le podría sancionar por el delito de lesiones o de homicidio, pese a que en las mismas circunstancias se habría negado la responsabilidad del médico.

ii) Otro sector doctrinal, actualmente minoritario, considera que el bien jurídico tutelado es la *"incolumidad corporal"* o el *"bienestar corporal o personal"* que es entendido como el mantenimiento del conjunto del cuerpo humano intacto, el cual puede ser lesionado tanto por conductas que produzcan menoscabo en la salud física o mental o en la integridad corporal como por los malos tratos que no representan un menoscabo objetivo para la salud y, en general, a cualquier conducta que produzca la perturbación de la salud en sentido amplio, una disminución de la capacidad laboral de la víctima o un menoscabo a su integridad corporal.

En esa línea, CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO[1263] consideran que es posible añadir al concepto del bien jurídico protegido en estos delitos la idea de incolumidad personal, para dar cabida entre las lesiones a la dignidad del ser humano y comprender dentro del bien que se protege a

[1262] DIEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 19.

[1263] *Ob. Cit.* p. 63.

los casos de malos tratos de obra, que sin causar lesión constituyen una falta. CREUS señala que en los delitos de lesiones el bien jurídico protegido es la incolumidad de la persona respecto a su integridad física o psíquica[1264]; en nuestro medio, PORTOCARRERO conceptúa a este bien jurídico como el "bienestar personal" que engloba a la integridad corporal, la salud física y la salud mental[1265].

En realidad, la incolumidad o bienestar personal es un bien jurídico más extenso que el de la salud individual. En efecto, además del *derecho a la integridad física*, (derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano corporal) y del *derecho a la salud física o mental*(derecho de la persona a no ser sometida a procesos de enfermedad que dañen su salud), comprende: *el derecho al bienestar corporal y psíquico*, conforme al cual nadie puede ser sometido a sensaciones de dolor o sufrimiento, aun cuando ello no implique menoscabo alguno a la salud individual, como ocurre en el caso de los malos tratos, y el *derecho a la propia apariencia personal* es decir a que la persona no sea desfigurada en su imagen externa.

Si bien, esta posición tiene la ventaja de ser compatible con nuestra Constitución, que protege la integridad moral, física y psíquica de la persona -inc. 1° del art. 2°-, con lo cual se trata de garantizar la "integridad o incolumidad personal"; sin embargo, consideramos que esta posición solo sería asumible en aquellos ordenamientos en los que se regula conjuntamente las lesiones y las agresiones físicas sin resultados lesivos; como por ejemplo, en el Código Penal alemán, en el que se establece que incurre en un delito contra la integridad corporal, quien inflige a otro "*malos tratos corporales o dañe su salud*" (Art.

[1264] *Ob. Cit.* p. 70.

[1265] *Ob. Cit.* p. 17.

223°)[1266]; o también en el Código Penal español que tipifica como delito la conducta del que "... *maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer de éste o haya estado ligado a él por una relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor ...*" (Art. 153°)[1267].

Aunado a lo señalado, se debe enfatizar que esta posición doctrinal no permite una adecuada concreción de los delitos de lesiones, lo cual puede conllevar a una excesiva ampliación del ámbito de intervención del Derecho penal, situación que es incompatible con los límites del *ius puniendi* en un Estado Social y Democrático de Derecho[1268].

iii) Un sector, ya no tan mayoritario de la doctrina, considera que los bienes jurídicos protegidos en este delito son tanto la integridad corporal y la salud personal (*posición dualista*),

---

[1266] MEZGER: *Ob. Cit.* T.II, pp. 71-72, siguiendo a Frank, define al maltrato como el trato inconveniente y malvado, el cual debe producir una perturbación no insignificante del bienestar corporal o de la integridad corporal. En ese sentido, señala dicho autor, el hecho de provocar repugnancia o el miedo puede constituir una lesión corporal si esas sensaciones perjudican el bienestar corporal.

[1267] Aunque se debe precisar que un sector doctrinal, mayoritario, considera que en el delito de lesiones no se protege la incolumidad o integridad personal en toda su extensión, ya que la protección del bienestar corporal o psíquico se produce por medio de otras figuras de delito o falta, diferentes a las correspondientes a las lesiones. Por todos PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *Lesiones*. En Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. 1 (Dir. Miguel bajo Fernández). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A, Madrid, 2003. p. 342.

[1268] BERDUGO: *Ob. Cit.* pp. 21-22; DIEZ RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* p. 29, refiere que el concepto de incolumidad personal como el de bienestar personal, si bien pueden estar en la base de los bienes integridad y salud personales, por su imprecisión poseen unos niveles amplios que podrían abarcar fácilmente cualquier tipo de molestia personal, lo que les aleja del respeto del principio de intervención mínima y de la *ratio legis* y estructura típica de los delitos de lesiones.

entendiendo por salud el bienestar físico, es decir, el buen funcionamiento de los órganos del cuerpo y de la mente (salud psíquica) y por integridad corporal, el derecho a no ser privado de ningún órgano o miembro[1269].

Nuestro Código Penal parecería adscribirse a este punto de vista al denominar al Capítulo III Título I de la Parte Especial como "*Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*", y definir a la lesión como el "daño en el cuerpo o en la salud" (Art. 121° y 122°).

Contra esta posición se han formulado las siguientes críticas: *a)* que la integridad corporal no puede constituir objeto de tutela ya que se trata de un bien instrumental que forma parte de la salud. En ese sentido, un daño a la integridad corporal solo será típico cuando afecte la salud individual, lo cual no ocurre por ejemplo, en las operaciones quirúrgicas realizadas con la finalidad de extirpar las amígdalas, un tumor canceroso o una pierna gangrenada; ya que si bien en estos casos existe una lesión a la integridad corporal, sin embargo, ello no redunda en un perjuicio sino en un beneficio para la salud, por lo cual no puede ser considerada como una conducta típica[1270].

[1269] En nuestro medio ROY FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 300 y 304, de manera concluyente señala que generalmente el daño en el cuerpo trae consigo un daño a la salud, sin embargo, ello no implica la negación de la existencia independiente del último; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* T. 1-A, p. 185; y VASQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: *Algunos apuntes acerca del delito de lesiones graves en el C.P. Peruano.* En Normas Legales, Tomo 322, Marzo 2003, p. 37.
En España DIEZ RIPOLLES: *Ob. Cit.* pp. 22 y 25; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 160; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ: *Ob. Cit.* p. 132 y MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 109.
En Argentina DONNA: *Ob. Cit.* p. 259; SOLER: *Ob. Cit.* p. 110, quien refiere que la separación conceptual entre el daño en el cuerpo y la salud no tiene importancia fundamental, pues en estos casos nos encontramos ante una ley compleja alternativa, ya que cualquiera de las dos formas constituye delito, siendo indiferente que un caso encuadre a la vez en los dos extremos, es decir, que al mismo tiempo se dañe al cuerpo y la salud, que son los casos más frecuentes de lesiones.

[1270] En ese sentido CARBONELL MATEU/GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 121.

Para solucionar estos casos, conforme se ha indicado, un sector doctrinal recurre a la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión u oficio -contemplada en nuestro Código Penal en el numeral 8 del art. 20° del Código Penal-, sin embargo, como bien señala MIR PUIG, el delito de lesiones queda excluido en los casos de intervenciones curativas practicadas con arreglo a la *lex artis* y con resultado positivo, ya que en estos la consideración global de la salud del paciente impide afirmar que se le ha menoscabado o lesionado, al contrario, ha resultado mejorada[1271]; *b)* que si el bien jurídico protegido en el delito de lesiones es doble (la salud individual y la integridad corporal) el legislador hubiera recurrido a la técnica del delito complejo, lo cual no sucede, ya que basta con lesionar la salud individual para que se produzca la consumación del delito[1272]; y, *c)* que de asumir esta tesis, los casos de doble afectación a la salud y a la integridad corporal deberían resolverse apreciando un concurso de delitos, ya que se habrían vulnerado dos bienes jurídicos distintos, lo cual no es aceptable, ya que conllevaría a una agravación de la pena de manera injustificada, afectando el principio de proporcionalidad[1273].

[1271] MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Reppertor, Barcelona 2004, pp. 488-489, precisa que se debe negar la imputación objetiva del resultado en sí mismo lesivo de una intervención en definitiva positiva, ya que esta supone una "*disminución del riesgo*", ya que son casos semejantes a los de quien desvía un golpe dirigido a un órgano vital hacia otra parte menos importante del cuerpo, caso en el que se niega la imputación objetiva del resultado pese a su indudable causación.

[1272] BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 24.

[1273] BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 20; TAMARIT SUMALIA, José María. *De las Lesiones.* En Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Aranzandi, Pamplona, 1996. p. 86, refiere además que los partidarios de las tesis dualistas no toman en cuenta que la doble afectación a la salud y a la integridad corporal no se manifiesta en una agravación punitiva.

iv) Finalmente, un sector doctrinal, al cual nos afiliamos, considera que la salud individual (física y mental) es el único bien jurídico penalmente protegido por el delito de lesiones (*posición monista*). Desde esta perspectiva, la salud no se circunscribe a la ausencia de enfermedad, sino que es entendida como el estado en el que una persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato[1274]; la integridad corporal no es sino un aspecto o dimensión de la salud individual de la persona[1275]. Este criterio es asumido por la doctrina mayoritaria, en efecto TAMARIT

[1274] BERDUGO: *Ob. Cit.* p.22.

[1275] En nuestro medio PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 242, refiere que la integridad corporal es una de las dimensiones de la salud, pues solo el menoscabo a la integridad corporal que redunde en agravio de la salud podrá ser considerado típico; sin embargo, este autor termina por afiliarse a la concepción que de salud hace la Organización Mundial de la Salud, la cual la define como un estado de bienestar físico, mental y social; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 192, concluye que en estos delitos el bien jurídico protegido es la salud, ello debido a que objetiva y científicamente, cualquier ataque a la integridad física o mental de la persona trae consigo de manera inmediata una afectación a la salud de aquella; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 97.
En España QUINTANO RIPOLLÉS: *Ob. Cit.* T.I, p. 692; BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 24; FELIP I SABORIT: *Ob. Cit.* pp. 63-64; PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 342; BUSTOS RAMÍREZ: *Ob. Cit.* p. 56; CARBONELL MATEU/ GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 121; GONZALES RUS: *Ob. Cit.* p. 93; GIMENES GARCÍA, Joaquín: *De las Lesiones.* En Comentarios al Código Penal (Dir. Cándido Conde-Pumpido Tourón). Bosch, Barcelona, 2007. p. 1065, de manera concluyente señala que la salud y la integridad no revelan entidades distintas, sino que existe entre ellas una relación que permite hablar de una concepción monista vertebrada alrededor del concepto de salud física y psíquica, quedando relegada la integridad corporal a una protección vicarial respecto de la salud física y mental.
ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* pp. 204-205, con una nomenclatura diferente sostiene que el bien jurídico protegido es la *integridad personal*, entendida en sus proyecciones *integridad física o corporal* y de la *salud física o mental*; mientras que QUERALT: *Ob. Cit.* p. 101, emplea el término integridad física y mental de las personas para referirse al bien jurídico protegido en estos delitos.

> SUMALLA refiere: "...el planteamiento monista imperante en la doctrina española atiende a la salud física y mental como el bien jurídico protegido común a las diversas hipótesis delictivas y relega la integridad corporal a una posición subordinada (o al decir de algunos "instrumental") al entender que en ningún caso constituye un objeto de protección autónomo"[1276].

Consideramos que esta última posición es la más adecuada porque permite explicar satisfactoriamente: 1) el carácter atípico de aquellas intervenciones o alteraciones, incluso irreversibles, que incidan de manera negativa en la integridad corporal y que supongan una mejora de la salud del individuo, como en el caso de amputación de un miembro gangrenado o de la extirpación de un órgano afectado por una tumoración maligna, incluso de aquellas intervenciones que no tienen un carácter curativo, sino estéticas, vg., corrección del labio leporino, cirugía estética de la nariz, liposucción, cirugía transexual, etc., ya que estos casos también suponen una mejora de la salud, la cual no depende solo de una valoración objetiva y global sino en parte también de las preferencias personales del afectado[1277]; y, 2) el carácter atípico de aquellas disminuciones a la integridad corporal que no supongan un menoscabo a la salud, vg., corte de pelo, daños en las prótesis artificiales o corte de uñas, etc., las cuales podrían ser reconducidas, de acuerdo al caso concreto, en un delito contra el honor.

Si bien, como se ha indicado, nuestro Código Penal pa recería adscribirse a una posición dualista del bien jurídico protegido en el delito de lesiones; sin embargo nada impide seguir manteniendo una tesis monista, según la cual, en realidad, nos hallamos ante dos manifestaciones de un bien jurídico único, la salud individual.

[1276] TAMARIT SUMALLA, Josep María: Las lesiones. En *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Dirigido por Quintero Olivares y coordinado por Morales Prats, Vol. I, 5ª Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 103.

[1277] PEÑARANDA: *Ob. Cit.* p. 343.

1.2. DEFINICIÓN Y CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO "SALUD INDIVIDUAL"

Respecto del contenido de este bien jurídico la doctrina tampoco tiene una posición definida, ya que un sector propugna una tesis subjetiva de la salud individual, mientras que otros se afilian a una tesis objetiva de dicho bien jurídico.

i) Según la *tesis subjetiva* la salud debe ser entendida como bienestar físico, psíquico y social, y no como la mera ausencia de enfermedad. BUSTOS sostiene que la salud debería conceptualizarse conforme lo hace la Organización Mundial de la Salud, como un estado de bienestar físico, mental y social, y no meramente como la ausencia de enfermedad o invalidez, ya que la salud implica siempre un determinado equilibrio entre las diferentes dimensiones anatomorfológica, psíquicas ecológica y socioeconómicas[1278]. En efecto, el concepto subjetivo de salud coincide con la definición que brinda la OMS, la diferencia radica en que, desde la perspectiva subjetiva, es el sujeto quien determina su contenido, pues el derecho a la salud es una expresión de su dignidad y del derecho al libre ejercicio de su personalidad, por lo que cualquier intervención ajena requiere del consentimiento informado del titular del derecho; de esta forma, no se protegería la salud individual en sí misma, sino el interés por la salud individual que tiene su titular, por tanto, si dicho interés no existe, decae el deber del Estado de protegerlo. En ese sentido, esta postura critica a aquellas posiciones y legislaciones que relativizan la eficacia del consentimiento en la disposición de este bien jurídico.

   En el ámbito de la actuación médica, el consentimiento informado para esta tesis es un requisito ineludible e indispensable para que la intervención médica no sea calificada de lesiones

[1278] *Ob. Cit.* pp. 56-57; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 42.

o en su caso de coacciones. En esa línea, CORCOY BIDASOLO sostiene que la calificación de la intervención médica sin consentimiento como delito de lesiones por imprudencia se fundamentaría en una concepción subjetiva de salud, porque aun cuando la intervención médica objetivamente mejore la salud, al no ser querida por el titular lesiona la salud subjetiva, desde el punto de vista del bienestar físico-psíquico de la persona afectada[1279]. De igual modo, desde esta perspectiva, no resultan típicas aquellas intervenciones médicas que disminuyen las posibilidades de vida, es decir, que creen un riesgo para la vida, siempre que la intervención haya sido elegida por el paciente por considerarla adecuada para mejorar su bienestar físico o psíquico, como sucede en muchas cirugías de carácter estético, vg., liposucción, implante de mamas, perfilamiento de nariz, etc. Finalmente, se considera que el consentimiento debe versar tanto respecto de la intervención quirúrgica como respecto de la modalidad concreta que desea el paciente, por lo que tendría relevancia penal atacar un tumor cancerígeno extirpando las mamas de la paciente, aun cuando este procedimiento fuere la medida más adecuada para disminuir el riesgo de muerte, si el paciente no la hubiere consentido por preferir otras terapias menos agresivas.

Se critica a esta posición, señalándose: 1) que si el titular del derecho es quien define individualmente cuál es el contenido de su derecho se estaría entregando la determinación de la conducta típica a las sensibilidades y a las características de la víctima, lo cual lesionaría el principio de seguridad jurídica; 2) que no se precisa bajo qué criterios o parámetros se determinaría el contenido de este bien jurídico en los casos de menores de edad y de incapaces; 3) que la referencia al bienestar social, sin mayores concreciones, obligaría a considerar

[1279] CORCOY BIDASOLO, Merentxu: *Manual práctico de Derecho penal. Parte especial.* Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004, p. 124.

típicamente relevantes a título de lesiones cualquier molestia personal, incluso las simples vías de hecho podrían tipificarse como lesiones, aun cuando desde un punto de vista objetivo no trae consecuencia alguna para la salud individual del sujeto pasivo[1280]; 4) la referencia a lo "social" es un concepto tan impreciso que nos puede llevar a considerar que no podría ser sujeto pasivo de lesiones aquel cuyas posibilidades de participar en la vida social sean nulas, por estar muy mal de salud; y, finalmente, 5) que los tipos penales de lesiones, en nuestro Código Penal, no hacen referencia a la determinación que de su salud individual puede realizar el sujeto pasivo.

ii) De otro lado, la *tesis objetiva* de la salud individual, a la cual nos afiliamos, entiende por salud al buen funcionamiento del cuerpo humano, tanto desde un punto de vista físico como mental[1281], por lo que constituirían un delito de lesiones las situaciones de funcionamiento anormal del organismo (enfermedad), como las alteraciones de la configuración del cuerpo humano que supongan una merma funcional en un sentido amplio (desde una cicatriz hasta la mutilación de un miembro)[1282].

[1280] ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los delitos contra la vida y la integridad persona y los relativos a la manipulación genética*. Editorial Comares S.A, Granada, 2004. p. 206, precisa que si bien la carta fundacional de la Organización Mundial de Salud (OMS), conceptúa a la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social; sin embargo, esta definición es demasiada amplia por aludir al bienestar social que para estos delitos no tiene un significado autónomo.

[1281] En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que la salud tiene por objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; por lo cual deviene en una condición indispensable para el desarrollo existencial y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo (Exp. N° 2333-2004-HC, fj. 2).

[1282] FELIP I SABORIT: *Ob. Cit.* pp. 63-64, correctamente refiere que el concepto legal de lesión permite englobar toda clase de enfermedad en sentido amplio así como cualquier perturbación de la salud mental, en ese sentido las lesiones psíquicas pueden constituir un resultado típico del delito de lesiones;

Se debe precisar, que esta perspectiva no deja de tomar en cuenta que la salud es un bien jurídico de carácter relativo, toda vez que presenta características peculiares en cada persona y, más aún, en relación a una misma persona no siempre presentará el mismo contenido[1283], por ejemplo, el contenido concreto de salud en un joven en relación a un anciano, o de una persona que sufre de alguna enfermedad o una tara física o mental en relación a una persona que no las padece; sin embargo, ello no debe llevarnos a exigir una cierta condición de vitalidad en la persona a fin de considerarlas como sujeto pasivo del delito de lesiones. En ese sentido, cualquier ser vivo de la especia humana con existencia independiente –ya sea un moribundo, un agonizante, el condenado a muerte en vísperas de su ejecución o el recién nacido destinado a morir irremediablemente dentro de cierto tiempo-, es titular del bien jurídico salud, independientemente de su condición física y de la edad que tuviere[1284].

En el ámbito de la actuación médica, entendida la salud objetivamente, si la intervención quirúrgica o de otro tipo resulta beneficiosa para la salud global del paciente, dicha intervención no resulta típica, aun cuando la intervención médica se realice en contra de la voluntad del paciente, ya que no se puede hablar de lesión cuando objetivamente se ha beneficiado la salud física o psíquica[1285]; sin embargo, esto no implica que

---

SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 193, de igual modo, refiere que la salud puede ser vulnerada por una modificación en su normal funcionamiento ya sea por implicar una incapacidad para el trabajo o un menoscabo en la integridad corporal que disminuye la facultad o capacidad para cumplir con las funciones físicas normales como la fractura de un miembro inferior, o la desfiguración del rostro, etc.

[1283] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 193.

[1284] BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 24.

[1285] Incluso las intervenciones de carácter estético, practicadas sin el consentimiento del paciente, que pese a no disminuir ningún riesgo para la salud

las intervenciones médicas que supongan una mejora objetiva de la salud, pero realizadas sin el consentimiento del paciente queden impunes. En estos casos,si bien no habría una afectación a la salud, sin embargo se afecta la libertad del paciente para decidir si debe o no realizarse el acto médico, razón por la cual, dicha conducta deberá ser sancionada por el delito de coacciones[1286]; sin embargo, se debe precisar que cuando el tratamiento terapéutico llevado de esa forma tiene un resultado negativo, no existe justificación para descartar la sanción a título de lesiones[1287]; incluso los tratamientos que tienden a alargar la vida del paciente sin su voluntad pueden ser calificados de lesiones cuando impliquen una afectación a la salud psíquica del paciente, por ejemplo la amputación de las piernas, la extirpación de un seno o la castración son intervenciones que pueden sumir al paciente en un fuerte cuadro depresivo que termine por afectar su salud psíquica. En estos casos, la

---

del paciente, mejoran algún defecto físico y con ello la salud psíquica de la persona, resultarían atípicas respecto de un posible delito de lesiones.

[1286] Resulta aconsejable seguir la solución que han adoptado algunas legislaciones donde se ha tipificado expresamente como delito las intervenciones y tratamientos médicos quirúrgicos arbitrarios. Así por ejemplo, el Código Penal Portugués (Art. 156°) sanciona penalmente al que realiza: "*intervenciones o tratamientos sin el consentimiento del paciente*" salvo que la obtención del consentimiento implique un retraso o aplazamiento que coloque la vida o la salud del paciente en grave peligro.

[1287] El Código Penal Portugués en estos supuestos plantea una solución peculiar, así cuando las intervenciones y los tratamientos que, según el estado de los conocimientos y de la experiencia médica se mostraren indicados y fueren llevados a cabo, de acuerdo con la *lex artis*, por un médico o por otra persona legalmente autorizada, con la intención de prevenir, diagnosticar, superar o aminorar las enfermedades, sufrimientos, lesiones o fatiga personal, o una perturbación mental, no son consideradas como lesiones a la integridad física (numeral 1° del Art. 150°); sin embargo, sanciona a la intervención o tratamiento que, bajo la mismas finalidades, pero violando la *lex artis*, crea un peligro para la vida o un grave peligro para el cuerpo o la salud del paciente (numeral 2° del Art. 150°).

afectación a la salud psíquica corre por cuenta del médico ya que el paciente no estuvo en la posibilidad de asumir el riesgo que de ella se deriva, por tanto, no se le puede obligar a soportar las consecuencias de aquella actuación médica.

Asimismo, a partir de los principios de la igualdad y de la libertad personal, la salud se manifiesta como un bien disponible, por lo cual también resultarían atípicas las intervenciones médicas que disminuyan las posibilidades de vida, cuando la intervención ha sido elegida por el paciente con la finalidad de mejorar su bienestar físico y psíquico, y siempre que haya prestado su consentimiento de manera válida, con pleno conocimiento de los tratamientos disponibles así como de sus consecuencias.

Finalmente, se debe señalar que los tipos penales que conforman este capítulo deben ser interpretados conforme a la amplitud o intensidad de la afección a la salud[1288], por tanto, como se ha indicado, no constituyen lesiones la disminución de la integridad corporal que no suponen un menoscabo a la salud como el corte de pelo o de la barba, o los daños a las prótesis artificiales, etc.[1289]

[1288] BUSTOS: *Ob. Cit.* p. 57.

[1289] En contra DONNA: *Ob. Cit.* p. 136, quien refiere, en el caso del daño al cuerpo, que el delito consiste en alterar la integridad física del sujeto pasivo, siendo irrelevante que en el caso concreto se "mejore" el organismo; en ese sentido refiere que para que el hecho constituye lesión no es necesario que el sujeto pasivo sienta dolor, por lo que el corte de cabello o de las uñas pueden ser constitutivos del delito de lesión, pues se afecta la anatomía del sujeto. En el mismo sentido CREUS: *Ob. Cit.* p. 71, refiere que el delito de lesiones protege el derecho de cada persona a conservar su estructura corporal, por defectuosa que sea, por lo cual constituye lesión la extirpación de parte de esa estructura (quitar una uña), destrucción de tejidos (cortar la piel), o el cambio de conformaciones (anudamiento de músculos) o de pigmentaciones (manchas en el cuerpo sin destrucción de tejidos); para la tipicidad de la conducta, conforme señala el citado autor, no es necesario que redunde en un perjuicio estructural o funcional del sujeto pasivo, e incluso puede producir beneficios en esos aspectos sin que desaparezca

1.3. CONCEPTO DE LESIÓN

El concepto de lesión puede ser enfocado desde tres perspectivas. Desde un punto de vista *gramatical*, conforme se ha expuesto, el Diccionario de la Real Academia Española define a la lesión como el "*daño o detrimento corporal causado por herida, golpe o enfermedad*"; desde el punto de vista médico, se entiende por lesión a toda "*alteración funcional orgánica o psíquica consecutiva a factores internos o externos*", desde esta perspectiva, son lesiones "toda herida, daño o cambio patológico de un tejido corporal" o "cualquier anomalía local, visible, de los tejidos de la piel, como una herida, una llaga, una erupción o un forúnculo, pudiéndose calificar esta como benigna, cancerosa, grosera, oculta o primaria".

Desde el punto de vista *legal*, lesión es el resultado material de la conducta típica del delito de lesiones[1290]. Según la definición de nuestro Código Penal, es todo daño -entendido como menoscabo o detrimento- al cuerpo o a la salud de una persona, provocada por una conducta típica, antijurídica y culpable, que requiera de más de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa; aunque como se ha indicado, se debe tener presente que la integridad corporal no es sino un bien instrumental de la salud individual.

El menoscabo o daño a la salud supone un deterioro en el sujeto pasivo respecto de su estado anterior a dicha afectación. El menoscabo a la salud individual puede darse en los siguientes ámbitos:

i) El *menoscabo a la integridad corporal*, que se traduce en toda alteración o destrucción a la integridad o arquitectura del cuerpo humano, no limitada únicamente a la disminución de la masa corporal en cualquiera de sus partes, sino a todo deterioro que no necesariamente implique una disminución

---

la tipicidad de la lesión (extirpación de una verruga que afecta el rostro, corrección de un desvío del tabique nasal, etc.).

[1290] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 400.

de la masa corpórea, vg., una hinchazón, un hematoma que requiere de tratamiento o una cicatriz constitutiva de deformidad.

Como se ha indicado la integridad corporal es un bien instrumental, por lo que la apreciación de un delito de lesiones solo es posible cuando su menoscabo implique una afectación a la salud individual de la persona. En ese sentido, no constituye un delito de lesiones el menoscabo que en la integridad corporal se produce como consecuencia de actuaciones médicas tendientes a la mejora o conservación de la salud de manera conjunta, siempre que estas sean realizadas conforme a la *lex artis*. Tampoco se puede apreciar una conducta típica en aquellos casos de menoscabos a la integridad corporal que no supongan una afectación a la salud, vg., corte de uñas, de pelo, etc.

ii) El menoscabo a la *salud física*, el cual implica una afectación al equilibrio funcional del organismo o al bienestar físico de la persona, por muy precaria que esta sea[1291], siempre que se requiera de más de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa. El desequilibrio puede presentarse como enfermedad o como simple debilitamiento que no asuma esa característica, o como una alteración al normal desarrollo de las funciones fisiológicas, vg., vómitos y diarreas, etc.

El daño a la salud física puede referirse al funcionamiento general de todo el organismo o a ciertas funciones particulares[1292], sea por la anulación de ellas o por las dificultades en su posterior desempeño a raíz de la lesión[1293].

[1291] SOLER: *Ob. Cit.* p. 112, refiere que el menoscabo a la salud física debe traducirse en una turbación o alteración de la función fisiológica; CREUS: *Ob. Cit.* p. 72.

[1292] DONNA: *Ob. Cit.* p. 136.

[1293] CREUS: *Ob. Cit.* p. 72.

Se discute arduamente si la transmisión imprudente o dolosa del SIDA -transfusiones de sangre o por contagio sexual- puede ser tipificada como delito de lesiones. Al respecto, consideramos que no existe mayor inconveniente, independientemente de que en el caso concreto, el síndrome haya o no comenzado a desarrollarse[1294].

También se discute si las meras percepciones desagradables constituirían un delito de lesiones, vg., la sensación de asco, náuseas, de calor o de frío. Al respecto, entendemos que si dichas percepciones no alcanzan a producir una alteración fisiológica, no pueden ser calificadas de lesiones[1295].

Finalmente, se debe precisar que la lesión existe aun cuando no se haya causado dolor, vg., lesiones inferidas a quien está en estado de inconciencia o del que está afectado de total insensibilidad; y, aun cuando la persona se encuentre en un estado de plenitud donde todo malestar físico esté ausente, vg., la administración de narcóticos que afecten el equilibrio psíquico creando sensaciones de euforia o bienestar[1296].

[1294] Sobre este punto TAMARIT SUMALLA, José María: *De las lesiones*. En Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Dir. Gonzalo Quintero Olivares). Aranzandi, Pamplona, 1999, p. 89, refiere que una concepción amplia de enfermedad entendida como cualquier alteración, más o menos grave, en la salud de las personas, permite subsumir en el delito de lesiones la realización de transfusiones de sangre infectada con el virus del SIDA, ya que en estos casos la alteración que la infección provoca en la salud del individuo tiene efectos como la limitación de la capacidad de procreación o las crisis depresivas o de ansiedad asociadas.

[1295] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 20; SOLER: *Ob. Cit.* p. 112, refiere que la provocación de asco, de calor o de frío no son hechos por sí mismos constitutivos de lesiones, sino en la medida en que provoquen dolor físico.

[1296] CREUS: *Ob. Cit.* p. 72.

iii) Menoscabo a la *salud psíquica*[1297], la cual comprende la concurrencia de una enfermedad o una situación de perturbación mental, siempre que pueda afirmarse que se trata de una alteración patológica del psiquismo durable o relativamente pasajera, vg., desmayos, depresiones, lagunas mentales, pérdidas de memoria, que requiera cuando menos más de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, quedando excluida la mera impresión, sensación percepción[1298], los meros desajustes afectivos o emocionales[1299].

Se discute en la doctrina sobre los criterios para diferenciar a las lesiones psíquicas (vg. estrés postraumático, depresión etc.), que constituyen el delito de "lesiones", de aquellas en el que las lesiones constituyen un efecto colateral de otro delito generalmente violento (abuso sexual, agresiones físicas, robos, etc.).

En nuestro medio, desde una perspectiva técnica y operativa, la Fiscalía de la Nación, mediante la Resolución N° 3962-2016-MP-FN,

---

[1297] FELIP I SABORIT: *Ob. Cit.* p. 65; ROMEO SABONA: *Ob. Cit.* pp. 209-210; PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.*p. 410 refiere que la jurisprudencia en su país no ha tenido inconveniente para incluir en el delito una lesión psíquica que adoptó la forma de depresión reactiva que se presentó como consecuencia de un delito de agresiones sexuales; o una enfermedad psíquica (neurosis traumática de angustia) que fue provocada por unas agresiones llevadas a cabo por agentes de la policía abusando de sus funciones públicas. Asimismo, refiere que la STS 9-6-1998, ha afirmado que puede considerarse como lesión la conducta de quién obliga a un niño de once años a presenciar el asesinato de su hermana menor de tres años, pues ello *"altera, al menos transitoriamente, el equilibrio psíquico de una manera no irrelevante"*.

[1298] SOLER: *Ob. Cit.* p. 113.

[1299] TAMARIT SUMALLA: *Ob. Cit.* p. 89, a este respecto trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo Español del 30 de octubre de 1994, donde se niega la existencia de cualquier tipo de enfermedad mental en sentido de dolencia de origen exógeno o endógeno en el caso de unos menores integrados en un grupo calificado como secta sometidos a prácticas educativas no convencionales, precisando que los daños psíquicos tienen que ir más allá de las simples carencias y desfases sociales y superar los meros desajustes afectivos o emocionales.

del 8 de setiembre del 2016, ha aprobado la Guía Médico Legal de Valoración Integral de Lesione Corporales; asimismo la Guía de Valoración de Daño Psíquico en personas adultas víctimas de violencia intencional, en la que nos proporciona el siguiente concepto de lesión o daño corporal y psíquico:

"Lesión es cualquier alteración (física) o psíquica, que perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o simplemente limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya sea en lo orgánico (anatómico) o funcional.

Se define lesión corporal como la alteración corporal funcional y/o estructural en cualquier parte del cuerpo humano, a consecuencia de agentes lesionantes (agresión) externos o internos en un determinado tiempo y espacio.

El medio o acción que produce la lesión corporal es representado por una de las formas de energía: mecánica, física, química, físico-química, bioquímica, biodinámica y mixta".

Asimismo define al daño psíquico del siguiente modo:

"El constructo daño psíquico es un concepto tratado de manera limitada en nuestro medio. Su estudio se orienta hacia la medición objetiva de los efectos a mediano y largo plazo de la violencia en la salud mental de las personas, intentando establecer un enlace directo entre la exposición a la violencia y los efectos psicosociales en la población de las víctimas en las diversas instancias de la administración de justicia.

Para el logro de este propósito es necesario contar con instrumentos que coadyuven a la valoración del daño psíquico de una persona que ha sufrido uno o varios acontecimientos violentos producidos por violaciones de sus derechos humanos y que puede expresarse en violencia sexual, violencia física y/o psicológica".

Asimismo, la referida Guía refiere: *"Si el daño es el detrimento, pérdida o menoscabos de un bien de la persona, sea material o personal, daño corporal es el detrimento o menoscabo de cualquiera de los*

dos bienes que integran su patrimonio biológico, somático, corpóreo o psicofísico, es decir la vida y la salud, daño corporal es pues, la pérdida o menoscabo que afecta a la integridad psicofísica de la persona"[1300].

Son manifestaciones del daño corporal:

Anatómicas: *las que afectan cualquier tejido, órgano, aparato o sistema de la economía corporal con independencia de su función.*

Funcionales: *afectan la función de cualquier tejido, órgano, aparato o sistema.*

Estéticas: *afectan la belleza, armonía y o estimación de la persona.*

Morales: *son manifestaciones colaterales de la propia lesión o daño corporal, generalmente evidentes en la esfera psíquica.*

Estracorpóreas: *cuando la lesión corporal trasciende el propio cuerpo, derivando daños o perjuicios físicos o morales sobre personas o cosas"*[1301].

1.4. COMPORTAMIENTO TÍPICO DEL DELITO DE LESIONES Y MEDIOS DE COMISIÓN

A. La conducta típica en el delito de lesiones, conforme se deduce de todo lo expuesto hasta el momento, consiste en causar a otro un daño a su salud física o psíquica, que requiera de más de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa. Esta definición que se fundamenta en los tipos penales que conforman este título, permite clasificar a este delito como un: i) *delito de resultado* ya que su consumación requiere de la producción de un daño o menoscabo a la salud de otro, el cual es separable espacio-temporalmente de la conducta que para tal efecto despliega el agente del delito; ii) es un *delito de lesión*, porque su configuración requiere de la causación de un menoscabo o daño concreto y efectivo a la salud de la víctima; iii)

[1300] GUÍA: p. 13.

[1301] GUÍA: p. 13.

es un *delito de dominio* porque la punibilidad de este delito se sustenta en la propia acción, esto es, el núcleo de la imputación radica en la afectación concreta al bien jurídico (salud) así como en la infracción del deber general de no dañar a nadie y comportarse conforme a los mandatos normativos generales (en este caso, se infringe un deber *negativo* general), y no en el incumplimiento de expectativas vinculadas al rol del sujeto en el marco de una institución (de funcionario público, de padre de familia o de otro deber especial) y dirigidas, no negativamente a la evitación de la lesión, sino positivamente a la generación de determinadas situaciones favorables para el bien jurídico; y, iv) es *de medios abiertos o indeterminados.*

B. Para la imputación objetiva del resultado a la conducta lesiva, conforme se ha expuesto en la parte general de este trabajo, se debe establecer la concurrencia de una *relación de causalidad* entre la acción del sujeto activo y el resultado -daño a la integridad corporal o salud de una persona-, la cual debe estar suficientemente acreditada; caso contrario, en aplicación del *in dubio pro reo,* no se le podrá atribuir dicho resultado.

En tal sentido, en el caso concreto, debe verificarse la concurrencia de una relación de causalidad, la misma que, como ya se indicó, debe establecerse apelando a la *Teoría de la Equivalencia de las Condiciones,* bajo la fórmula de la "*condición ajustada a las leyes de la experiencia*", elaborada por Engisch.

Establecida la relación de causalidad se debe verificar de si el resultado (lesiones) puede serle imputado al autor como su "propia obra", teniendo en cuenta la posibilidad humana de realización. En estos casos, para la mayoría de autores, luego de comprobar la relación de causalidad, se imputará el resultado al agente, únicamente si con su actuar creó un *riesgo no permitido para el bien jurídico* o aumentó uno ya existente; asimismo, si este *riesgo llegó a concretarse en un resultado* (relación de riesgo entre acción y resultado), y si este resultado se produce *dentro del ámbito de protección de la norma infringida.* Adicionalmente, tal como lo hemos señalado con anterioridad, se

han desarrollado otros criterios de imputación objetiva, más que para imputar el resultado a determinada acción, fundamentalmente para extraer del ámbito penal a determinadas conductas o para determinar la participación en el injusto atribuido (autoría o participación); tales son: el *principio de confianza, prohibición de regreso, ámbito de protección de la víctima* (el que lleva a la exclusión de la imputación en casos de *autopuesta en peligro o actuación a propio riesgo*). Todos estos últimos criterios servirán para determinar objetivamente la tipicidad de la conducta y afirmara o descartar a los partícipes en el delito.

C. Conforme se ha indicado el delito de lesiones en general es un delito de *medios abiertos o indeterminados*, ya que la ley penal no ha hecho ningún distingo respecto a los medios con los cuales se pueda causar una lesión; por consiguiente, el daño a la salud de la víctima puede ser causado por medios directos o indirectos, materiales o inmateriales, extremadamente letales o exiguamente letales, o a través de cualquier objeto.

De esta forma, una lesión puede ser ocasionada mediante el empleo de i) *medios violentos*, los cuales se caracterizan por el empleo de la fuerza física sobre el cuerpo de la víctima, vg., herir, golpear, mutilar, etc.; ii) mediante el empleo de *medios materiales no violentos* con eficacia suficiente para afectar la salud de la persona, como el suministro de un medicamento o una sustancia tóxica[1302], la prescripción excesiva o inadecuada de medicamentos, la ingesta de veneno o medicamentos caducados, aspiración de gases, suministro de alimentos en mal estado, la transmisión de enfermedades por contagio venéreo o nutricio[1303], transfusiones de sangre infectada, suministro o intercambio de material quirúrgico o sanitario no esterilizado, etc.; o iii) medios de *naturaleza psíquica*, es decir, aquellos procedimientos que mediante su incidencia en el equilibrio psicofísico del sujeto, afectan su salud física o mental,

[1302] FELIP i SABORIT: *Ob. Cit.* p. 62.

[1303] GONZALES RUS: *Ob. Cit.* p. 98.

vg., las hipnosis, los actos de terror capaces de causar perturbaciones psíquicas al neurótico, el suministro de informaciones a personas altamente sensibles (cardiacos), maltratos constantes, etc.

No existe mayor inconveniente para admitir la posibilidad de la comisión de este delito en comisión por omisión.

1.4.1. ENTRE EL DELITO DE LESIONES Y FALTAS CONTRA LA PERSONA

Como se sabe el art. 441° del CP, en concordancia con el art. 122° del CP, considera como faltas contra la persona, la lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa; sin embargo, prescribe la norma (Art. 441°) que cuando las circunstancias o los medios empleados den gravedad al hecho, este será considerado como delito. La pregunta que cabe a continuación es ¿Qué delito puede subsumir este hecho que deja de ser falta?

Normalmente, nuestros operadores jurisdiccionales subsumen el hecho en el delito de lesiones leves, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el tipo de este delito está configurado cuantitativamente en relación al tiempo de asistencia o descanso médico que requiere la víctima (entre 11 días y 29 días), dentro del cual no se puede comprender a los casos en que la cuantificación es de 10 días a menos, pues hacerlo implicaría infringir el principio de legalidad.

Pues, tal como lo veremos más adelante, el artículo 122° del CP correspondiente a las lesiones leves, no describe la conducta básica presente en todos los casos de lesiones, por el contrario, solo abarca un tipo de lesiones cuantificadas por el tiempo de asistencia médica e incapacidad para el trabajo, dejando fuera a otro tipo de lesiones como las que ponen en peligro la vida de la víctima o las que no llegan a la cuantificación establecida en la norma.

Este problema se presenta, precisamente, porque no tenemos un tipo básico de lesiones, pues el artículo 122° del CP, al no comprender la conducta nuclear sobre la cual se estructuran las demás figuras de lesiones (sean estas agravadas o atenuadas), no se puede aplicar

subsidiariamente cuando por alguna razón en el caso concreto no se puede determinar el elemento o circunstancia especial que agrava o atenúa la conducta y exige una calificación o tipificación especial.

Por ello sería preferible que este Capítulo se iniciara con un tipo básico con una estructura general capaz de abarcar a todos los supuesto de lesiones, al igual que lo hace el numeral 1) del artículo 147° del Código Penal español, como se verá más adelante.

Así las cosas, y al no poder subsumirse los hechos previstos en el artículo 441° del CP en el artículo 122°, no existiría mayor inconveniente para subsumir el hecho: i) en el delito de homicidio (en grado de tentativa) cuando por ejemplo el agente dispara apuntando hacia la cabeza de la víctima, pero por su mala puntería el proyectil solo alcanza a rasguñar la mejilla de esta; ii) en un delito de lesiones graves (en grado de tentativa) cuando el agente con la finalidad de causar la desfiguración de la víctima es intervenido cuando solo había logrado inferir un pequeño corte en la cara de la víctima; e incluso, iii) en un delito de lesiones leves (en grado de tentativa) cuando el agente que, por haber sido sorprendido por la autoridad cuando intentaba desprender una "zona corporal" de la víctima (pabellón auricular o dedos), solo le causa a su víctima una herida muy leve; pero claro, en este caso se requiere que la acción delictiva haya estado orientada a causar una lesión cuya atención facultativa o incapacidad para el trabajo era mayor de los 10 días y menor de los 30, solo de este modo no se infringirá del principio de legalidad.

1.5. LA DISPONIBILIDAD DE LA SALUD PERSONAL Y EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES

A. Sobre estos temas, en la doctrina y en la legislación comparada existe un arduo debate así como posturas legislativas muy disímiles. Así, en la legislación española el consentimiento tiene efectos atenuantes (Art. 155°: "*En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido se impondrá la pena inferior ...*"), y solo exime de responsabilidad penal

en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a las disposiciones legales, en los casos de esterilizaciones y cirugía transexual realizados por facultativo (Art. 156° CP)[1304]; en la legislación penal alemana se estipula que la lesión personal con consentimiento del lesionado es antijurídica cuando el hecho, a pesar del consentimiento, va en contra de las buenas costumbre (§ 228); en la legislación penal boliviana la lesión con consentimiento se encuentra configurada como un delito de autolesión (inc. 3° del art. 275°); en el Código Penal de Costa Rica las lesiones consentidas no son punibles cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otros (Art. 129° CP); mientras que el Código Penal de Panamá estipula que no existe delito de lesión cuando la víctima ha consentido la lesión, pero únicamente en relación al tipo básico del delito de lesión y de las lesiones culposas, excluyéndose la relevancia del consentimiento de la víctima en el caso de las lesiones graves (Art. 114° CP).

B. Sobre estos temas, debemos señalar, en primer lugar, que al igual que el derecho a la vida, la salud tampoco es un derecho absoluto. En segundo lugar, si bien la norma constitucional consagra el derecho a la integridad física y psíquica (inc. 1° del art. 2° de la Constitución), sin embargo, este derecho opera solo como una garantía frente al Estado, según la cual este debe abstenerse de lesionarla y debe protegerla mediante la represión penal de aquellos ataques realizados por terceros; en ese sentido, de la norma constitucional no puede extraerse un deber absoluto e incondicionado de estar sano, ello es así, porque el destinatario de la norma constitucional no es el titular del bien jurídico, sino los terceros (poderes públicos y los particulares). Por tal razón, jurídicamente el Estado no tiene el deber de proteger la salud contra la voluntad de su titular, y la decisión voluntaria y libre de afectar la propia salud no afecta el contenido esencial de este derecho, ya que se trata de una situación no contemplada en las funciones de garantía que establece nuestro precepto constitucional.

[1304] En la misma línea el Código Penal de El Salvador (Art 147°).

Por el contrario, coartar la capacidad de disponer de la propia salud hasta el punto de "obligar a estar sano" reflejaría una concepción no democrática en las relaciones Estado-ciudadano, al contravenir principios que, acerca de la idea de persona, corresponde en un Estado Constitucional de Derecho y, en particular, por contradecir el derecho al libre desarrollo de la personalidad que se encuentra también garantizado por nuestra Constitución[1305].

Bajo esas premisas, y atendiendo a que en nuestro ordenamiento penal, inclusive, el delito de "instigación y ayuda a las autolesiones" no se encuentra tipificado, se puede concluir satisfactoriamente que la salud personal es *un bien disponible por parte de su titular*[1306].

[1305] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Tomo 1. Civitas, Madrid, 2010, p. 588.

[1306] PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 365, en este mismo sentido señala que el titular del bien jurídico "salud personal" tiene la libertad para decidir sobre la configuración del mismo en uso de su autonomía individual, agrega el citado autor, que esa libertad no está sujeta a limitación alguna respecto del afectado. De esa libertad no solo se deriva la impunidad por delito de lesiones de los comportamientos autolesivos o de la prestación del consentimiento a comportamiento lesivos realizados por terceros, sino la facultad que asiste a toda persona para decidir sobre el estado de salud que entienda más conveniente para el desarrollo de sus planes de vida y de su personalidad, sin que pueda ser obligado a someterse a medida alguna destinada a preservar o a mejorar dicho estado; GONZÁLES RUS: *Ob. Cit.* p. 94, en esa línea sostiene que negar la disponibilidad de la salud supondría sancionar una imposible *obligación de estar sano* carente de sentido político criminal alguno.
En la doctrina de modo mayoritario se asume el carácter disponible de la salud: LOPEZ BARJA DE QUIROGA: *Ob. Cit.* p. 588; BERDUGO: *Ob. Cit.* p. 72; BRAMONT ARIAS – HARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 100; VASQUEZ SHIMAJUKO: *Ob. Cit.* p. 42: PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 248; DONNA: *Ob. Cit.* p. 244, entre otros.
En contra PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 230, señala que sólo en las sociedad más avanzadas, donde el ser humano configura su espacio social con mayor responsabilidad podría reconocerse la disponibilidad de la salud personal, pero no en nuestro sociedad, donde las lesiones son delitos perseguibles por acción penal pública (ver nota de pie N° 480).

C. En relación al consentimiento en general, como ya se ha indicado al analizar este instituto, en la doctrina se pueden identificar dos posiciones: *a)* La que estima que el consentimiento opera en dos ámbitos: *i)* a nivel de la tipicidad cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo, vg., el delito de violación sexual exige que las relaciones sexuales se realicen contra la voluntad del sujeto pasivo); *ii)* a nivel de la antijuricidad, cuando el comportamiento del agente importe ya una lesión que afecta al objeto de la acción delictiva, excluye la antijuricidad; y, *b)* La que estima que el consentimiento en todos los casos excluye la tipicidad de la conducta. En realidad como bien explica BACIGALUPO estas soluciones parten de una distinta concepción del bien jurídico, así quienes distinguen entre el valor protegido y el sustrato material pueden admitir que hay lesión del bien jurídico cuando la acción recae sobre el sustrato material de este; mientras que, los que entienden que en realidad en los bienes jurídicos disponibles, es decir, respecto de los cuales el consentimiento puede excluir la imputación, la acción solo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión al ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico, en esa línea la lesión al sustrato material del bien jurídico es irrelevante. En consecuencia: "...el consentimiento, si tiene relevancia (lo que depende del poder de decisión sobre el mantenimiento del bien que el orden jurídico otorgue al particular), excluirá en todos los casos el tipo penal"[1307].

Por nuestra, consideramos que cuando el bien jurídico es disponible lo que se busca proteger es el ámbito de dominio de su titular, por lo que en todos los casos en que concurre un consentimiento válido no existe la necesidad de la intervención del Derecho Penal, pues la libre determinación de su titular prevalece sobre el interés social en la conservación del sustrato material[1308]. En ese sentido,

[1307] BACIGALUPO: *Principios...Ob. Cit.* p. 200.

[1308] CALDERÓN CEREZO – CHOCLÁN MONTALVO: *Ob. Cit.* p 192.

habiendo concluido que la salud personal es un bien disponible para su titular, consideramos que el consentimiento de las lesiones excluye la tipicidad de la conducta[1309].

C.1. Una posición muy particular en este tema es la sostenida, en nuestro medio, por BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO, quienes a pesar de considerar que el bien jurídico salud es un bien de libre disposición consideran que el consentimiento de la víctima solo opera en los casos de lesiones culposas leves, ya que conforme a lo previsto en el primer párrafo del artículo 124° CP, en este supuesto el ejercicio de la acción penal es privada, por lo que la víctima puede consentir las lesiones al tener la posibilidad de no ejercitar la acción penal; mientras que en las lesiones dolosas y culposas con resultado grave, el consentimiento del agraviado carece de relevancia puesto que la acción penal es pública y cualquiera puede denunciar el hecho[1310]. Sin embargo, consideramos que esta tesis resulta incorrecta, fundamentalmente porque el ejercicio de la acción penal es una circunstancia de carácter procesal, y no tiene una relación directa con la relevancia o irrelevancia del consentimiento en las lesiones (se puede

---

[1309] En la misma línea VASQUEZ SHIMAJUKO: *Ob. Cit.* p. 42; VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 341, quien considera que esta es la posición más aceptable.
En relación al tratamiento médico VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 196, refiere que cuando este es exitoso y, ha mediado consentimiento, hay causa de atipicidad. Si el tratamiento es fallido tampoco se da el delito de lesiones porque faltaría la tipicidad subjetiva en el agente; sin embargo, en los casos de necesidad objetiva del tratamiento médico no hay dificultad alguna para admitir la atipicidad.
Desde la perspectiva de la Legislación Española PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 230, refiere que si la lesión que se consiente es leve o expresa un mínimo desvalor en la integridad corporal, la conducta será simplemente atípica o constitutiva de una falta contra la persona; pero cuando la lesión es considerable ya no puede hablarse de una causal de atipicidad o de justificación, lo único que cabe es una atenuación por el menor disvalor de la acción.
De otro lado, debe recordarse que conforme a nuestro ordenamiento penal *"el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición está exento de responsabilidad penal"* (Art. 20° inc. 10° CP).

[1310] *Ob. Cit.* pp. 100-101.

haber consentido, y ello no imposibilita al agraviado el ejercicio de la acción penal, o puede no haber consentido y, a pesar de ello, en el caso de lesiones culposas leves, no ejercitar la acción penal); es más la apreciación del consentimiento siempre se verifica con anterioridad al hecho, mientras que el ejercicio o no de la acción penal es una posibilidad que solo se puede verificar después de cometido el hecho, y puede obedecer a diversas circunstancias, vg., en la falta de interés de la víctima; en la reparación espontánea del daño; en la transacción efectuada con el agresor, etc.[1311].

C.2. Para que el consentimiento tenga eficacia debe reunir los siguientes requisitos: *a)* Como ya se indicó, el consentimiento necesariamente deberá prestarse con anterioridad a la acción típica, el *consentimiento posterior* solo es *perdón*[1312]; siendo revocable en cualquier momento previo a la consumación del delito (si esto sucede y el tercero continúa estará incurso en el delito de lesiones); *b)* Que el sujeto posea una capacidad natural de juicio, es decir de la capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la decisión. Este aspecto se determina atendiendo a las circunstancias personales y nivel de madurez de acuerdo a su situación concreta, sin sujeción a las reglas del ordenamiento penal o civil. En efecto, para establecer la validez del consentimiento, no debemos guiarnos de los límites que establece nuestro ordenamiento penal para ser sujetos de imputabilidad, ni tampoco de las reglas del Código Civil que regulan la capacidad de ejercicio, siendo perfectamente posible que personas menores de edad, e incluso con algún tipo de discapacidad mental consientan una lesión, siempre y cuando tal estado de discapacidad no sea grave, es decir que no implique un supuesto de ausencia de discernimiento; *c)* Que sea libre, sin vicios que la invaliden, es decir, que el consentimiento

---

[1311] En la misma línea VASQUEZ SHIMAJUKO: *Ob. Cit.* pp. 42-43, señala categóricamente que el ejercicio de la acción penal no dice nada respecto a la disponibilidad de la salud y, por consiguiente, de la relevancia o irrelevancia del consentimiento.

[1312] LOPEZ BARJA DE QUIROGA: *Ob. Cit.* p. 550.

no debe haber sido obtenido mediante violencia, amenazas y engaños, en cuyo caso, el consentimiento estaría viciado[1313]. En este punto se debe precisar que en ciertos ámbitos de actividad, vg., en la actividad médica, es necesario que el que consiente se encuentre perfectamente informado, consecuentemente el que actúa bajo tal consentimiento tiene, a fin de verificar un consentimiento válido, el deber de informar correctamente al que consiente.

Se discute en la doctrina si resulta necesario que el consentimiento se exteriorice de forma expresa, o basta con que dicho consentimiento exista. Al respecto, la doctrina en un inicio se inclinó por la tesis de la declaración de voluntad, según la cual para que el consentimiento produzca sus efectos se requería que esta se haya exteriorizado de forma tal que el que actúa tenga conocimiento del mismo de la misma forma en que sucede en los actos o negocios jurídicos; frente a esta posición, un sector de la doctrina considera que solo es suficiente con que exista el consentimiento (teoría de la dirección de la voluntad), siendo irrelevante que esta se haya exteriorizado o que el que actúa conozca o desconozca su concurrencia[1314]. Por nuestra parte suscri-

[1313] En este punto los doctrinarios tampoco se ponen de acuerdo. Así, mientras unos consideran que el consentimiento no puede provenir del error (BACIGALUPO: *Ob. Cit.* p. 207); otros consideran que el error y el engaño sólo excluyen la eficacia del consentimiento cuando afecta la cantidad y cualidad de la injerencia consentida, de este modo ni el error en los motivos, ni la identidad sobre la persona a quien se consiente lesionar, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración hacen ineficaz el consentimiento prestado (MIR PUIG: *Ob. Cit.* p. 514).

[1314] Sin embargo, se debe reconocer que en la doctrina la posición mayoritaria asume una posición intermedia, así JESCHECK: *Ob. Cit,* considera que el consentimiento hay sido reconocible externamente de algún modo; mientras que MIR PUIG: *Ob. Cit,* si bien considera que no es preciso que el autor tenga conocimiento del consentimiento, sin embargo postula que quién actúa desconociendo el consentimiento no quedará impune, sino que responderá por una tentativa inidónea, ya que en estos casos si bien el consentimiento hace desaparecer el tipo, el agente que lo desconoce intenta, aunque de forma inidónea, en realizarlo.

bimos esta última postura, en cuanto aduce que en irrelevante que el agente conozca o desconozca la existencia del consentimiento, pero consideramos que, de todos modos, este consentimiento debe existir y debe haberse expresado a través de la exteriorización o manifestación de la voluntad; pues, de otro modo será imposible conocer que realmente existe tal conocimiento y por tanto no se podría apreciar su efecto jurídico.

1.6. LESIONES DEPORTIVAS

A. Como se sabe, lesionar a otro constituye una conducta sancionada penalmente (ya sea como delito o como falta), sin embargo, cuando la lesión se produce en el ámbito de los deportes socialmente admitidos como tales, solo en muy contadas ocasiones los deportistas acuden a la jurisdicción penal para promover las acciones que les corresponden derivadas de un posible delito de lesiones (al menos en nuestro medio no hemos conocido un caso en que esto haya sucedido). En efecto, generalmente se recurre a la vía puramente deportiva, lo cual no imposibilita que el deportista lesionado pueda recurrir a los tribunales de justicia a fin de solicitar no solo la indemnización sino el castigo penal de aquellas conductas que han menoscabo su salud individual.

No cabe negar que existe un ámbito de impunidad de las conductas lesivas a la salud de otro que se producen en el desarrollo de una actividad deportiva, ello por la propia naturaleza del deporte ya que, de lo contrario, la posibilidad de ser sancionado penalmente por lesionar a un contrincante restringiría de tal forma la libertad de los deportistas que muchos de ellos decidirían no competir; sin embargo, se debe desentrañar el fundamento y contenido de esta impunidad, porque de lo contrario ingresaríamos a una inadmisible justificación de la violencia en el ámbito deportivo.

En efecto, en el desarrollo de un deporte se pueden identificar un sin número de conductas lesivas de imposible reducción a categorías homogéneas que impiden arribar, en todos los casos, a las mismas soluciones. Piénsese por ejemplo, en la pelea de boxeo que sostuvieron

Evander Holyfield y Mike Tyson, en la cual este último de un mordisco le arrancó una porción de oreja a su contrincante; o en el codazo alevoso que un jugador de fútbol propina a su marcador causándole una rotura del tabique; o en el boxeador que provoca ceguera en su contrincante por utilizar guantes tintados con belladona. En estos casos cabe preguntarse si las lesiones producidas en estas circunstancias tienen relevancia penal o, por el contrario, resultan siendo impunes.

B. Al respecto, consideramos que el fundamento de la impunidad debe construirse a partir de la *lex artis* deportiva y de la teoría del riesgo permitido. En ese sentido, si el reglamento deportivo ha sido respetado por los participantes en la competencia, y con arreglo al mismo no se advierte infracción extradeportiva alguna, aunque sí el resultado de las acciones que se reconocen reglamentariamente (golpear con dureza en el karate; placar en el rugby; entrar al jugador que tiene la posesión de la pelota en el basketball), no cabe hablar de conducta ilícita; por el contrario, si la *lex artis* no se respeta, y existe un ataque, golpe o agresión al margen del aspecto deportivo y del riesgo tolerado, cabe afirmar la responsabilidad penal del agresor, ya sea a título de dolo o culpa según sea el caso[1315].

[1315] GARCIA VALDEZ, Carlos: *Responsabilidad por lesiones deportivas.* En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993, pp. 976-977.
En la legislación comparada, el Código Penal de Guatemala, tipifica el delito deportivo, conforme al cual "*quien, aprovechando su participación en el ejercicio de cualquier deporte, causare, de propósito y con infracción a las reglas o indicaciones correspondientes, un resultado dañoso, será responsable del hecho resultante (...) si el resultado dañoso se causare sin propósito pero con infracción de las reglas o indicaciones respectivas, el responsable será sancionado a título de culpa*" (Art. 152° CP); "*Quien, en deportes violentos debidamente autorizados por la autoridad, que tengan por finalidad el acometimiento personal, sin infracción de las reglas o indicaciones respectivas, causare lesiones a su contrincante, no incurre en responsabilidad penal. Tampoco incurre en responsabilidad penal quien, en ejercicio de un deporte debidamente autorizado, sin infracción de las reglas o indicaciones del caso y sin propósito, causare un resultado dañoso*" (Art. 153° CP).

2. LESIONES GRAVES

Art. 121°: *"El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:*

1. *Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.*
2. *Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.*
3. *Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o se determina un nivel graveo muy grave de daño psíquico.*
4. *La afectación psicológica generada como consecuencia de que el agente obligue a otro a presenciar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, o pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho.*

En los supuestos 1, 2 y 3 del primer párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de seis años ni

mayor de doce años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. *La víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, magistrado del Tribunal Constitucional, autoridad elegida por mandato popular, o servidor civil, y es lesionada en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas.*
2. *La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.*
3. *Para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.*
4. *El delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía.*

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años. En este caso, si la muerte se produce como consecuencia de cualquiera de las agravantes del segundo párrafo se aplica pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años."[1316]

2.1. ANÁLISIS DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE LESIONES

Se ha sostenido en la doctrina y en cierta jurisprudencia, que el presente tipo penal constituye una figura agravada respecto del tipo base que se encuentra descrito en el art. 122° CP (lesiones leves). Sin embargo, consideramos que esta idea no resulta correcta, pues, si bien,

[1316] Artículo modificado por el D. Leg. N° 1323, del 6 de ejero del 2017. Con anterioridad había sido modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1237, publicado el 26 septiembre 2015.

lo normal es que la figura de las lesiones comunes básicas (leves) sea el tipo básico a partir del cual se desarrollan los supuestos derivados (los agravados y los atenuados), tal como sucede con el tipo penal de homicidio simple previsto en el artículo 106° del CP o el artículo 116° del mismo cuerpo legal, referido al aborto; ello significa que los tipos básicos describen, en esencia, la "conducta básica" que debe estar presente en todos los tipos derivados, los cuales se configuran únicamente cuando se añaden circunstancias especiales (agravantes o atenuantes), se varía la forma como se realiza el hecho básico, se comprenden sujetos especiales (activos o pasivos), se varían los medios empleados o se añade algún elemento subjetivos (dolo, culpa o elementos subjetivos adicionales)[1317].

En el caso del artículo 122° del CP correspondiente a las lesiones leves, se aprecia que este no describe la conducta básica presente en todos los demás tipos penales de este Capítulo del Código Penal, correspondiente a las lesiones, puesto que solo comprende a un tipo de lesiones cuantificadas por el tiempo de asistencia médica e incapacidad para el trabajo, las mismas que solo constituyen el supuesto básico del tipo de lesiones agravadas comprendidas en el numeral 3) del artículo 121°, referido a las lesiones graves que requieren de 30 a más días de asistencia o descanso, pero no comprenden el supuesto típico de las lesiones que ponen en peligro la vida de la víctima, las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, lo cual puede presentarse con independencia de la cuantificación de los días de asistencia facultativa o incapacidad para el trabajo; asimismo, tampoco comprende (en su estructura básica) a los supuestos agravados configurados a partir de los tipos antes referidos (no los referidos a la cuantificación de los días de descanso

[1317] GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: De las lesiones. En *Comentarios al Código Penal.* Dirigido por Cándido Conde-Pumpido Tourón y coordinado por Jacobo López Barja de Quiroga, Bosch, Barcelona, 2010. Quien refiere: Sobre el tipo básico se construyen los tipos cualificados: en función del medio empleado o de la condición de la víctima, o de los resultados producidos. p. 1065.

o atención facultativa). En tal sentido, se presentan dificultades para tipificar un delito en el que no aparece el supuesto básico y tampoco existe un tipo específico agravado o atenuado.

Así por ejemplo en el caso del artículo 441° del CP que considera como faltas contra la persona a los daños o lesiones dolosas que requieran hasta 10 días de asistencia facultativa o descanso, *siempre que no concurran circunstancias especiales o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito.* En esta última parte (circunstancias especiales o medios que den gravedad) en la que se establece que el hecho será considerado delito, no se puede tipificar esta figura. Puesto que el artículo 122° (lesiones leves) estipula que las lesiones deberán requerir entre 11 y 29 días de asistencia facultativa o de incapacidad para el trabajo (descanso) y las lesiones del artículo 441° requieren de 10 días a menos de asistencia o descanso; entonces, conforme al principio de legalidad, estas últimas no pueden subsumirse en el tipo básico del artículo 122° del CP, pues este manda que la asistencia o descanso debe ser superior a 10 e inferior a 30[1318].

Asimismo, en observancia del principio de legalidad, los hechos en cuestión tampoco pueden subsumirse en el art. 121° del CP, referido a las lesiones graves, puesto que en este, cuando se hace referencia al número de días de asistencia facultativa o la incapacidad para el trabajo, se considera 30 días a más, y en el caso en cuestión solo se consideran 10 días a menos. Asimismo, tampoco podrá subsumirse en el numeral referido a la mutilación de miembros u órganos principales del cuerpo o cuando se hacen impropios para su función, puesto que

[1318] La dificultad para tipificar estos hechos también es constatada por uno de los miembros del órgano jurisdiccional, el que refiere que existiría un grave problema normativo y de análisis del juzgador para tipificar estos hechos, aun cuando lo hace refiriéndose al daño psicológico producido, pero el razonamiento resulta válido para todo tipo de lesiones (a la salud física y mental). Ver BECERRA, Cristian Roberto Carlos: Daño psicológico de faltas y delitos: ¿Tipicidad o atipicidad? En *Actualidad Penal,* N° 28, octubre 2016, Lima, Instituto Pacífico, p. 114.

estos casos por su gravedad evidente, requieren de más de 10 días de atención facultativa o descanso.

Siendo así, las lesiones configurativas de delito referidas en el art. 441° del CP, al no poder subsumirse en el artículo 122° del CP (lesiones leves) ni en los numerales 2) y 3) del artículo 121° (lesiones graves) solo podría subsumirse en el numeral 1) de dicho artículo 121°, referido a las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, lo cual también nos parece un contrasentido.

Este problema se produce precisamente por no haber configurado un tipo básico que abarque a todos los posibles supuestos de lesiones penalmente relevantes, el mismo que resultaría de aplicación subsidiaria cuando por alguna razón no se pudiese aplicar el tipo calificado (agravado o atenuado).

Por ello sería preferible que este Capítulo se iniciara con un tipo básico con una estructura general capaz de abarcar a todos los supuesto de lesiones, al igual que lo hace el numeral 1) del artículo 147° del Código Penal español, cuyo texto establece: *"el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental será castigado (...) siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico"*.

Como puede verse esta norma básica del Derecho comparado no cierra el tipo indicando la cuantificación de los días de asistencia médica o incapacidad para el trabajo, porque ello llevaría a las dificultades encontradas en nuestra legislación, por la carencia de un tipo básico que pueda aplicarse subsidiariamente cuando no se acredite la presencia de alguna de las circunstancias o elementos que dan gravedad o atenúan el tipo penal básico.

Con la reciente modificación introducida por el D. Leg. N° 1323, que ha incorporado el artículo 122°-B al Código Penal, referido a las agresiones en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar, se ha resuelto parte del problema generado por la inexistencia de un tipo básico en el Capítulo de lesiones; pues, se ha establecido un tipo

autónomo que sanciona a aquel que de cualquier modo causa lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran de menos de diez días de asistencia médica o descanso, o causa algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108°-B del Código Penal; hechos que se sancionan con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años, a diferencia del delito de lesiones leves que en su supuesto básico (menos grave) sanciona con pena no menor de dos ni mayor de cinco años de pene privativa de libertad.

Como puede apreciarse, esta nueva norma (122°-B del CP) configura un tipo penal autónomo, tanto en su estructura así como en la sanción prevista. Lo cual abona nuestra tesis de la ausencia de un tipo básico (el artículo 122° no lo es), lo que determina que los supuestos de lesiones de 10 o menos días de descanso o atención facultativa, que no estén comprendidos en este tipo penal (122°-B) no resultan típicos, porque no se encuadran en ninguno de los tipos penales existentes, aun cuando el artículo 441° del Código Penal, señale que si este tipo presentan la concurrencia de circunstancias o medios que den gravedad al hecho, dichas lesiones constituyen delito y no falta; pues, no existe tipo penal donde subsumirlas.

2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la salud de la persona individual. Como ya se dijo la integridad física o mental solo configuran medios o instrumentos de protección de la salud individual.

2.3. TIPO OBJETIVO

2.3.1. SUJETOS

Cualquier persona puede ser *sujeto activo* de este delito. Es factible la autoría mediata cuando el agente se vale de un instrumento como niños, sujetos incapaces absolutos o animales (perros bravos, mascotas peligrosas –tigres, panteras, etc.).

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho (18) años de edad; si fuera menor de edad, configura el tipo penal previsto en el artículo 121°-A del Código Penal recientemente modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23 noviembre 2015.

Asimismo, en el caso de los supuestos agravados el sujeto pasivo será un miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en ejercicio de sus funciones.

2.3.2. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

La conducta típica consiste en causar un daño a la salud física o mental de una persona; daño al bien jurídico "salud individual", ya definido *ut supra.*

Al igual que en el delito de homicidio, al no precisar la ley un determinado comportamiento típico, las "lesiones" pueden ser el resultado de una conducta comisiva u omisiva, en este último caso resulta relevante la omisión impropia o comisión por omisión, siendo reproducible en este punto lo ya señalado en la parte general de este trabajo y lo referido respecto al delito de homicidio.

El tipo penal modificado por el D. Leg. N° 1323, del 6 de enero del 2017, ha previsto tres niveles de sanción: los supuestos básicos, sancionados con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; los supuestos agravados de primer nivel sancionados con pena privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de doce años; un supuesto agravado de segundo nivel, referido a las lesiones seguidas de muerte, en que la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años; y finalmente una agravación (de tercer nivel) de esta última agravante, sancionada con pena privativa de libertad no menor de 15 ni mayor de 20 años).

Sin embargo, debe quedar claro, tal como lo señala la propia norma, que el elemento nuclear del tipo penal es la causación de las

lesiones corporales o mentales (daño psíquico) y las circunstancias agravantes solo cualifican a dichas lesiones; ello significa que para que las circunstancias agravantes tengan sentido, necesariamente tiene que presentarse alguno de los supuestos básicos establecidos por la norma (lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima; las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente; o las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o se determina un nivel grave o muy grave de daño psíquico).

La norma no ha comprendido como elemento nuclear básico sobre el cual recaigan las circunstancias agravantes, a la afectación psicológica generada como consecuencia de que el agente obligue a otro a presenciar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, o pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho, el mismo que sí está considerado como supuesto básico.

A. Supuestos básicos (Pena no menor de 4 ni mayor de 8 años)

a) Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima

Respecto de la inclusión de esta agravante como un supuesto de lesiones graves ha existido una cierta oposición por parte de la doctrina. Así por ejemplo, CARRARA[1319]mostraba su incertidumbre; sin embargo, en la legislación comparada existe casi unanimidad en configurar como un supuesto agravado, la lesión que pone en peligro la vida de la víctima. Así, el Código Penal Alemán contempla como delito de *"lesión corporal peligrosa"* el empleo de un tratamiento que pone en peligro la vida de la persona (Art. 224° inc. 5 CP); el Código Penal Argentino considera como un supuesto agravado el haber

[1319] CARRARA: *Ob. Cit.* p. 107.

puesto en peligro la vida del ofendido (Art. 90° CP); el Código Penal de Bolivia configura como lesiones gravísimas las que colocan a la víctima en peligro inminente de perder su vida; de Brasil, que contempla esta agravante como una lesión de naturaleza grave (Art. 129° §1.II); entre otros.

Es necesario que las lesiones de las que ha sido víctima el sujeto pasivo pongan en peligro concreto e inminente la vida de la víctima; debiendo entenderse, que ponen en peligro concreto la vida, aquellas lesiones de las que surge una probabilidad real y efectiva de muerte; es decir, solo aquellas que efectivamente crearon una situación patológica en la que la probabilidad de ocasionar la muerte es innegable y captable en la realidad.

No puede deducirse la existencia de peligro de muerte solo del carácter peligroso de los medios empleados, ni de la herida en sí misma, si esta, por especial constitución del sujeto o por las características de su evolución no ha creado efectivamente una situación de peligro concreto de extinción de la vida.

La Guía de Valoración del daño corporal, aprobada por resolución de la Fiscalía de la Nación, proporciona ejemplos de lesiones que ocasionan peligro inminente para la vida (muerte), entre los que destaca: "*Traumatismo penetrante en la cavidad craneana, incluidos los que no ocasionan daño cerebral.*

Fracturas abiertas y cerradas de huesos de la pase del cráneo y calota, excepto las que solo afectan parte del esqueleto facial y fisuras aisladas de la calota craneal.

Lesiones de aplastamiento con lesión intracraneal, lesión de sustancia cerebral (contusión, hemorragia intracerebral), hematoma epidural, subdural o hemorragia subaracnoidea con presencia de síntomas de focalización o signos de afectación de tronco cervical.

Herida abierta de cuello, que penetra a la luz de la faringe, laringe, tráquea, esófago o que afecta la glándula tiroides. (...).

Fractura del cuerpo o fractura bilateral del arco de vértebras cervicales, fractura de apófisis odontoides, múltiples fracturas de vértebras cervicales.

Luxación (desplazamiento) de una o más vértebras cervicales.

Herida penetrante e tórax (...). Fracturas costales múltiples bilaterales que comprometen la integridad de la cavidad torácica.

Fracturas pélvicas bilaterales (...).

Lesión de arteria aorta, carótidas, axilar, branquial, iliacas, femoral, poplítea, o en venas principales.

Quemaduras térmica, eléctrica, química, radiación, de II grado mayor al 20% de superficie corporal, de grado III mayor al 15% de la superficie corporal, quemaduras de las vías respiratorias.

Heladuras de grado II, con una afectación superficial al 20% de superficie corporal. Heladura del grado III con una afectación del 15%.

Fractura de la pelvis acompañada de shock grave por pérdida sanguínea masiva o por desgarro de la parte membranosa de la uretra.

Lesiones que conllevan a shock grave con sangrado masivo desarrollando colapso vascular, o manifestaciones de una embolia grasa o gaseosa o signos de insuficiencia renal.

Obstrucción de vías u orificios respiratorios de forma mecánica con signos de asfixia grave.

Otras que ameriten tratamiento médico asistencial de emergencia (con riesgo de muerte de no recibir atención médica)[1320].

De otro lado, la configuración de esta agravante nos coloca en la problemática de delimitar esta figura en relación a una tentativa de homicidio o asesinato.

[1320] Guía de Valoración de Daño Corporal del Ministerio Público: p. 80.

Al respecto consideramos que este supuesto de lesión está configurado como un delito de peligro concreto, donde el agente tiene una representación subjetiva que se corresponde con la de aquel que al emprender una conducta tiene una representación adecuada sobre la situación de inseguridad absoluta en la que se coloca el bien jurídico. Es decir, el sujeto conoce que su comportamiento puede originar un resultado lesivo, salvo que algún suceso ajeno a su control casualmente se interponga en su camino, por lo que no habría mayor inconveniente para apreciar, en estos casos, una tentativa de homicidio o asesinato.

Sin embargo, consideramos que en este supuesto el agente si bien se representa la peligrosidad de la conducta, debido a un error en su valuación, la descarta en su caso, es decir, considera erróneamente que la situación es dominable con márgenes sensatos de seguridad para el objeto de protección, cuando en realidad existe una situación caracterizada por la posibilidad inmediata y directa de ocasionar la muerte, la cual no es abarcada en todas sus dimensiones por los conocimiento del autor[1321].

b) Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo, o lo hacen impropio para su función, o causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente, o la desfiguran de manera grave y permanente

b).1. Mutilación de un miembro u órgano principal del cuerpo o la inutilización para su función

A. Mutilar es toda acción que implica el corte, amputación, cercenamiento o extirpación de un miembro u órgano; es decir, comprende a toda acción que conlleva a la separación total o parcial de una parte del cuerpo.

B. *Miembro* (del latín *membrum*) es la extremidad del cuerpo humano articulada con el tronco mediante una cintura (escapular o

[1321] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* pp. 304-305.

pelviana) que sirve para las actividades de relación, lo que permite excluir la cabeza y el pene. Generalmente se utiliza el término extremidades, haciéndose referencia específicamente a las extremidades superiores (brazos, antebrazos y manos) e inferiores (muslos, piernas y pies); *Órgano* (de latín *organun*), es todo tejido o conjunto de partes que integran una determinada función, vg., el corazón, los riñones, pulmones, el pene, etc.

La distinción entre miembro u órganos principales y no principales, está relacionada a la funcionalidad para el cuerpo humano y no por la utilidad que presta a determinadas personas[1322]. Son miembros no principales los que carecen de autonomía funcional, y sirven únicamente para facilitar el funcionamiento de los principales, vg., los dedos de la mano, las piezas dentales, el bazo, entre otros[1323].

Dado el carácter funcional de la distinción, habrá casos indudables de principalidad, como un riñón, un ojo, un brazo, una pierna. En todo caso, principal es diferente de vital, pues en este último caso ya no se trataría de una lesión, sino de un homicidio (así por ejemplo, destrucción del corazón o de los dos riñones de una persona).

En nuestro medio PEÑA CABRERA sostiene que en los casos en que una misma función es desarrollada por órganos bilaterales (ojos, oídos, riñones, pulmones, etc.), donde cada parte tiene cierta autonomía anatómica, la mutilación de uno de estos produce el debilitamiento de la función, pero no su pérdida, por lo que, por ejemplo, la pérdida de

---

[1322] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 41, en ese sentido refiere que el dedo mutilado puede corresponder a un concertista de guitarra o de piano que vive de su arte, pero no por ello la lesión ha de ser grave, pues la gravedad se mide por la trascendencia del miembro u órgano en el desenvolvimiento del cuerpo humano.
En contra BRAMONT ARIAS – GARCIA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p 104, para quien la distinción es de naturaleza funcional, cita el caso del pianista para quien un dedo reviste carácter principal, pues su amputación afecta gravemente su estado de bienestar.

[1323] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 47.

uno de los dos ojos no determinaría la aplicación de esta agravante[1324]; sin embargo, debemos precisar que para nuestra ley penal solo basta la mutilación de un órgano o miembro que cumple una determinada función, independientemente si este lo cumple de manera individual o como parte de un sistema, en ese sentido, la extracción de un ojo es una lesión grave porque se está eliminando la función propia de este, aunque subsista el otro que pueda seguir desempeñando la misma función[1325], pero que la ausencia de uno de los dos debilita y limita ostensiblemente la visión.

C. Hacer impropio (el órgano o miembro) para su función equivale tanto a privar, inhabilitar como a disminuir sensiblemente la capacidad del órgano o miembro para cumplir su función, pues aunque siga unido al cuerpo humano le es inservible, en ese sentido, es suficiente con que la inutilidad sea tal que prácticamente su función sea nula o casi nula[1326], vg., parálisis en una o ambas de las extremidades superiores e inferiores, impotencia *coeundi* (impotencia para el coito), etc.

A los efectos de esta agravante resulta irrelevante que posteriormente la ciencia médica haya posibilitado la recuperación de la función perdida o menguada, o que la víctima haya quedado con tratamiento ortopédico[1327] o el uso de una prótesis.

Se discute en la doctrina si la afectación debe ser permanente, irreversible y total; por nuestra parte, consideramos que la invalidez o disminución funcional del órgano no tiene que ser necesariamente irreversible, pues lo que se reprime es el daño existente en el momento que se causa[1328], aun cuando con posterioridad, mediante la

---

[1324] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 261.

[1325] VASQUEZ SCHIMAJUKO: *Ob. Cit.* p. 51.

[1326] SERRANO GOMEZ: *Ob. Cit.* p. 106.

[1327] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 48; VASQUEZ SHIMAJUKO: *Ob. Cit.* p. 53.

[1328] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 48. En contra SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 197, quien considera que, teniendo en cuenta la drasticidad de la pena, concluye que la impropiedad debe ser permanente y total.

ciencia y la técnica, se pueda amenguar parcial o significativamente la inutilidad generada.

b).2. Las que causan incapacidad para el trabajo

Esta circunstancias requiere que exista una inutilización total que le impida a la víctima desempeñarse en cualquier tipo de trabajo[1329], por lo que puede ser agraviada una persona que se encuentre en actividad laboral, como un cesante o un jubilado[1330]; no son subsumibles en este supuesto, los casos en los que la incapacidad solo implica una disminución de la capacidad productiva de la víctima.

Se discute si la incapacidad debe ser temporal o permanente. Al respecto, consideramos que la incapacidad para el trabajo mínimamente debe superar los treinta días de asistencia o descanso médico, siendo indiferente que una intervención médica haya removido la incapacidad, puesto que lo que se exige es que la incapacidad haya existido[1331]. Y claro de este modo se equipara a estas lesiones con las otras que causan 30 a más días de incapacidad para el trabajo y por ello tienen la condición de graves.

b).3. Las que causan invalidez permanente

La invalidez implica que la persona afectada no podrá ejercer ninguna actividad por sí misma. En efecto, en este supuesto la víctima requiere del apoyo de un tercero, al carecer de la capacidad para desenvolverse por sí misma, ya sea por la afectación a su facultad locomotora o visomotriz.

[1329] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 198. En contra VASQUEZ SHIMAJUKO: *Ob. Cit.* p. 53, para quien esta agravante está limitada a la actividad que habitualmente se dedica el sujeto pasivo, ya que si la persona se encuentra imposibilitada para realizar cualquier tipo de trabajo, el hecho es subsumible en el supuesto de la invalidez permanente.

[1330] PORTOCARRERO: *Ob. Cit.* p. 50.

[1331] En contra SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 198, quien considera que la incapacidad debe ser permanente y total.

En este caso la invalidez debe ser permanente, lo cual supone el carácter irreversible de la incapacidad (hemiplejia o parálisis en general). En realidad estas lesiones deberían ser sancionadas más severamente que otras lesiones consideradas en este artículo, como las que causan incapacidad para el trabajo o atención facultativa de 30 o más días, puesto que las que causan invalidez permanente pueden ser por periodos largos o por toda la vida, y no se le puede dar el mismo tratamiento que las que generan descanso médico solo por un periodo relativamente corto; más aún si se tienen en cuenta que, como quiera que la atención facultativa solo es por 30 días, se asume que en los últimos días de tratamiento la persona ya prácticamente estará sana. Peor aún, en la invalidez permanente no solo se requerirá de descanso médico sino de la atención de una tercera persona.

La gravedad de la invalidez permanente, si bien es cierto que se la tiene que tomar en cuenta para la graduación de la reparación civil, no hay duda que desde la perspectiva penal también reviste mayor gravedad y por ello este tipo de lesiones debe ser sancionado con una pena de mayor severidad.

b).4. Las que causan anomalía psíquica ¿permanente?

En este supuesto, nuestra ley está haciendo referencia a los trastornos mentales que son consecuencia de las lesiones que ha sufrido la víctima. Desde la configuración del texto original del artículo 121° del CP y las normas antecesoras pertinentes, se ha considerado a la anomalía psíquica como una alteración mental o afectación a las facultades psicológicas producidas generalmente como consecuencia inmediata de traumatismos encéfalo-craneanos causados por lesiones corporales o físicas, y así se ha considerado fundamentalmente en la jurisprudencia y la doctrina; sin embargo, con la normatividad en actual vigencia este criterio ha cambiado, puesto que a la fecha se consideran como causa de las lesiones psicológicas no solo a las lesiones corporales sino a una gama más amplia de afectaciones psíquicas.

Estas formas distintas de la violencia corporal causante de traumatismos encéfalo-craneanos pueden ser: *violencia psicológica*, consistentes

en actos tendientes a controlar o aislar así como humillar o avergonzar a la víctima; *violencia sexual,* consistente en realizar actos de naturaleza sexual contra una o más personas o hacer que estas realicen un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica, el abuso de poder, o aprovechando un entorno de coacción o de incapacidad de las personas de dar su consentimiento genuino, etc.[1332]

En efecto, el artículo 124°-B del CP, incorporado por la Ley N° 30364 (publicada el 23 noviembre 2015) y modificado por el D. Leg. N° 1323 (6 de enero del 2017), habla de *"daño psíquico"* (lesión psicológica)y se estipula que el nivel de gravedad de las lesiones será determinado a través de un examen pericial o cualquier otro medio idóneo[1333], y si el nivel del daño psíquico es *grave o muy grave,* la lesión psicológica (mental) será considerada lesión grave. Asimismo,

---

[1332] Guía de valoración del daño psíquico del Ministerio Público: p. 28.

[1333] La Guía de valoración del daño psíquico del Ministerio Público mediante valoración realizada de conformidad con el instrumento técnico oficial especializado de la División Médico-Legal del Ministerio Público que orienta la labor pericial de determinación de las lesiones psicológicas, también establecía que si el nivel del daño psíquico es *grave o muy grave,* la anomalía psíquica (mental) era considerada como lesión grave. A la fecha el instrumento técnico oficial especializado, es la Guía de Valoración del Daño Psíquico del Ministerio Público (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público) aprobada por Resolución de Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-FN, del 8 de setiembre del 2016. En efecto, el artículo 75° del Reglamento de la Ley N° 30364, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP establece que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público es el ente que fija los parámetros para la evaluación y calificación del daño físico y psíquico generado por la violencia perpetrada contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; asimismo, la propia Guía establece: *"La guía constituye un instrumento técnico oficial especializado que orienta la labor pericial de los psiquiatras, psicólogos y psicólogas del instituto de Medicina Legal y Ciencia Forenses certificados; y, es aplicable a personas mayores de edad víctimas de violencia intencional".* GUÍA: p. 10.

también la modificación del artículo 124°-B del CP, modificado por el D. Leg. N° 1323, se refiere a la *afectación psicológica, cognitiva o conductual*, como supuestos distintos al daño psíquico, pero que también puede considerarse dentro de la anomalía psíquica.

La Guía de Valoración del Daño Psíquico, establece un contexto antes de definir a la lesión psicológica o daño psíquico, refiriendo: *"El constructo daño psíquico es un concepto tratado de manera limitada en nuestro medio. Su estudio se orienta hacia la medición objetiva de los efectos a mediano y largo plazo de la violencia en la salud mental de las personas, intentando establecer un enlace directo entre la exposición a la violencia y los efectos psicosociales en la población de las víctimas en las diversas instancias de la administración de justicia.*

Para el logro de este propósito es necesario contar con instrumentos que coadyuven a la valoración del daño psíquico de una persona que ha sufrido uno o varios acontecimientos violentos producidos por violaciones de sus derechos humanos y que puede expresarse en violencia sexual, violencia física y/o psicológica"[1334].

Finalmente, precisa: *"Definimos al daño psíquico como la afectación y/o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo*[1335]". Esto es, si bien el daño psicológico puede ocasionarse con un hecho violento que genera lesiones corporales y traumas mentales, también puede causarse por una secuencia de hechos aparentemente no violentos que afectan directamente la psique sin producir un daño corporal, como la violencia familiar, la discriminación, la humillación, etc.

[1334] GUÍA: p. 13.

[1335] GUÍA: p. 40.

La anomalía psíquica para ser considerad lesión grave, no tiene que significar una alteración total de la capacidad mental de la víctima (generatriz de una total incapacidad mental), es suficiente con que tenga la entidad y magnitud necesarias para ser considerada de *nivel grave* o *muy grave,* tal como lo estipula el artículo 124°-B del CP[1336], concordante con la Guía de Valoración del Daño Psíquico del Ministerio Público, la misma que establece la metodología, el procedimiento, los parámetros e indicadores que deben ser tomados en cuenta por los peritos psiquiatras y psicólogos, para determinar el nivel de gravedad del daño psíquico.

Igualmente, no es necesario que la incapacidad o la anomalía psíquica sea permanente, como lo estipula el texto original del artículo 121° del CP (el mismo que se ha mantenido a través de todas las anteriores modificaciones), puesto que, a la fecha, esta expresión (permanente) ha sido modificada por el actual texto del artículo 124°-A, incorporado por la Ley N° 30364, publicada el 23 noviembre 2015, y modificado por el D. Leg. N° 1323, el mismo que considera como lesiones graves a los daños psíquicos de nivel grave o muy grave, sin que estos tengan carácter permanente, de conformidad a la Guía de Valoración del Daño Psíquico. En tal sentido, ya no resulta de recibo el criterio tradicional que sostenía que para que la anomalía psíquica sea causante de lesiones graves, la enfermedad mental debía ser incurable. Asimismo, la gravedad no desaparece por el hecho que la dolencia psíquica pueda ser controlada con la administración de medicinas, porque en estos casos, la anomalía subsiste solo que es controlada por la medicación administrada.

b).5. Desfiguración grave y permanente

La desfiguración es toda irregularidad física permanente, aunque sea reparable, que determina un cambio de la forma corporal y del

[1336] En este caso si el daño es de nivel leve configurara falta de lesiones leves, y si el nivel del daño es moderado configura delito de lesiones leves.

que pueden derivarse efectos sociales o de convivencia negativos para quien la sufre, vg., cicatrices, pérdida de sustancia o masa corporal, de cabellos o de piezas dentarias, manchas, alteraciones de pigmentación, malformaciones, claudicación o pérdida de armonía en los movimientos, y en general cualquier tipo de defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido. Esta agravante no solo se limita a la desfiguración del rostro, sino que se extiende a cualquier parte de la integridad corporal[1337].

La gravedad de la desfiguración debe valorarse objetivamente, atendiendo a la profesión, sexo y edad de la víctima; en efecto no se puede valorar por igual una cicatriz en el rostro a un artista de cine o televisión o una modelo que a un obrero de la construcción civil o de la actividad minera. A los efectos de esta agravante es irrelevante que la desfiguración pueda ser corregida quirúrgicamente o con el empleo de medios que permitan disfrazarla (vg. uso de prótesis, pelucas, etc.).

c) *Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera de treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa o se determina un nivel grave o muy grave de daño psíquico*

Dado a que en las modalidades antes estudiadas podría no recogerse todos los supuestos de lesiones graves es que el legislador ha optado por incluir una fórmula abierta, en la que se incorporan todos aquellos daños graves a la integridad física o mental, que requieran de treinta o más días de asistencia médica o descanso.

En este caso, *asistencia médica* equivale a tratamiento médico, que en general es "...aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es

[1337] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 199, refiere que este supuesto abarca las lesiones que originan deformidad o desfiguración en cualquier parte de la integridad corporal o física de la persona.

curable (...), es una acción prolongada más allá del primer acto médico y supone una reiteración de cuidados que se continúa por dos o más sesiones hasta la curación total"[1338].Pero también puede tratarse de actuaciones médicas especializadas, entendidas como cualquier acto quirúrgico de cirugía mayor o menor que fuere necesario para curar en su más amplio sentido. No obstante, la exigencia de tratamiento debe tener carácter objetivo y no quedar a criterio del médico, por el contrario, debe tener en cuenta el procedimiento curativo convencional de acuerdo a la evolución de la ciencia médica[1339] y la *lex artis.*

Por descanso o incapacidad para el trabajo, debe entenderse al tiempo, que por disposición médica, el sujeto pasivo no puede concurrir a trabajar porque está incapacitado para ello, o porque el descanso es necesario para contribuir a su curación o mejora de salud,

La Fiscalía de la Nación a través de la Resolución N° 3963-2016-MP-FN, del 8 de setiembre del 2016, con el fin de estandarizar la metodología, terminología y procedimiento del examen médico legal, a afecto de elaborar informes periciales de valoración del daño corporal reflejados en la determinación de los días de asistencia o descanso médico legal acorde a las exigencias de la ley ha elaborado la siguiente tabla de equivalencias.

Finalmente, con la modificación de este supuesto (numeral 3) establecida por el D. Leg. N° 1323 se ha establecido en forma concreta que también nos encontramos ante lesiones graves, cuando se determina que un nivel grave o muy grave de daño psíquico.

d) La afectación psicológica generada como consecuencia de que el agente obligue a otro a presenciar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, o pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho.

[1338] TAMARIT SUMALLA: *Ob. Cit.* p. 107.

[1339] TAMARIT SUMALLA: *Ob. Cit.* p. 108.

Esta agravante está comprendida de modo genérico en la última parte del el artículo 124°-B del Código, introducida por D. Leg. N° 1323, del 6 de enero del 2017, en este el legislador ha considerado como *afectación psicológica* a la generada como consecuencia de que la víctima (especialmente niños, ancianos o personas discapacitadas) es obligada por el agente a presenciar cualquier modalidad de actos violentos o delitos graves como asesinato, homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, sobre todo cuando, la víctima de estos delitos es una persona cercana como padres hermanos, otros familiares o seres queridos. En el presente caso, solo se ha considerado los casos en que el agresor obliga a presenciar a la víctima la materialización de un homicidio dolos, lesiones dolosas o la violación sexual, más no así otros delitos, como sí debe ser considerado para los supuestos de lesiones leves o faltas contra la persona.

Obviamente, el impacto psicológico en estos casos es devastador contra la víctima a la que se hace presenciar estos crímenes o aberraciones, y claro, la secuela emocional negativa normalmente generará un daño psíquico de nivel muy grave o grave; aun cuando en ciertos casos el impacto puede ser menor y configurar solo daños psíquicos moderados. En tal sentido, en estas afectaciones psicológicas, también deben considerarse las afectaciones cognitivas y las conductuales, referidas respectivamente, a las secuelas generadas en la capacidad intelectiva de la víctima (capacidad de entendimiento y razonamiento) así como a la afectación al comportamiento o conducta de la víctima, con repercusión de su vida de relación.

Esta agravante prevé tres supuestos de realización del tipo, el primero referido al caso en que el agente *obliga* a la víctima a presenciar el homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, materializados en agravio de algún familiar, ser querido o cualquier persona; en este caso, el sujeto activo intencionalmente busca causar la afectación psicológica al sujeto pasivo. Aun cuando la norma no lo dice expresamente, se trata de un supuesto de dolo directo, plenamente intencional (el sujeto actúa con conocimiento y voluntad de generar la afectación

psicológica), inclusive puede realizar actos de violencia o de amenaza para obligar a la víctima a presenciar el hecho. Este, naturalmente, es un supuesto de especial gravedad que debe ser sancionado con la pena en su extremo superior.

El segundo supuesto, también referido a un hecho *doloso,* es el caso en que si bien al agente no obliga a las víctimas a presenciar el hecho criminal, dolosamente permite que estos presencien el hecho, sea para causar un mayor impacto en las víctimas y familiares o personas presentes en la comisión de los delitos anotados, y materializar su venganza por ejemplo, o porque simplemente se satisface sádicamente con la presencia de las víctimas de la afectación psicológica, en la materialización de sus delitos.

Además, de la interpretación de la norma se advierte un *supuesto preterintencional,* referido al hecho en que si bien el agente no obliga a la víctima a presenciar los hechos criminales (homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual) ni es su intención que esta presencien los hechos, pudo evitar que niños, adolescentes, discapacitados, ancianos u otras personas, presencien los hechos a fin de no causarles los traumas o secuelas psicológicas o emocionales configurativos de esta agravante; sin embargo, negligentemente no evitó que las víctimas presencien los hechos, lo que les ha generado una afectación psicológica *muy grave o grave.* Si dicha afectación fuera moderado o leve, los hechos se subsumirán en el delito de lesiones leves o faltas contra la persona respectivamente.

Como puede verse, este último caso presenta inicialmente dolo en la acción delictiva de homicidio, lesiones materiales o violación sexual, y negligencia en la generación de las secuelas psicológicas al presenciar los hechos iniciales. Este supuesto, queda claramente determinado en el numeral comentado, en cuanto establece: *"pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho"*. En este caso, la "situación" a la que se refiere la norma, es el hecho de presenciar el delito primigenio; y claro, la norma no diferencia si el agente no evitó que las víctimas presenciaran el hecho, porque actuó dolosamente o por negligencia,

simplemente precisa que pudiendo evitarlo no lo hizo. Claro que en este caso se puede decir que como se trata de lesiones psíquicas graves, cuya pena es elevada, se debe interpretar restrictivamente la norma penal, sin embargo, si no consideramos el supuesto preterintencional estaríamos interpretando indebidamente la norma, esto es, faltando al principio de legalidad. Obviamente, sería importante que esta parte, referida a la preterintencionalidad se derogue, para no dar el mismo tratamiento a supuestos dolosos y a culposos

B. Supuestos agravados de primer nivel (pena no menor de 6 ni mayor de 12 años)

a) La víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, magistrado del Tribunal Constitucional, autoridad elegida por mandato popular, o servidor civil, y es lesionada en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas

El *fundamento* de este supuesto agravado, al igual que en el homicidio calificado, está constituido por la *mayor gravedad del injusto*, ya que el comportamiento del agente se hace más disvalioso, precisamente porque se ataca a quien se encuentra en cumplimiento de sus funciones, y que goza de un especial status y rol, que exige una reforzada y especial protección.

a).1. Los sujetos especiales considerados en el presente numeral

a).1.1. Miembros de la Policía Nacional del Perú

Tal como se ha señalado para el homicidio calificado, se trata de funcionarios que integran el Sistema de Defensa Nacional encargado de garantizar la seguridad de la Nación. La Policía Nacional tiene como misión y función garantizar, mantener y establecer el orden interno; sus miembros están encargados de la protección y ayuda a las personas y la comunidad. Garantizan el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Para cumplir tales funciones previene, instiga y combate la delincuencia.

En el ejercicio de estas funciones los efectivos policiales quedan expuestos y ponen en riesgo su vida, sea en las propias intervenciones o con posterioridad a estas pueden quedar sujetos a la venganza o rivalidad de los grupos delincuenciales a los cuales interviene a raíz del cumplimiento de sus funciones, por ello requieren de una protección especial por parte del sistema penal y por esto, atacar y causar lesiones graves a un efectivo policial en ejercicio de sus funciones resulta altamente reprochable y por lo mismo se configura esta circunstancia agravante.

a).1.2. Personal de las fuerzas armadas

El artículo 165° de la Constitución Política del Estado establece que las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Inclusive en algunos casos asumen el control interno del país, cuando las circunstancias así lo requieren. Igualmente, en ciertas circunstancias, por ley se les otorga la facultad de controlar determinadas áreas en conflicto delictivo, como es el caso del VRAE, en donde se las ha involucrado en la lucha contra el narcotráfico. En el ejercicio de estas funciones, al igual que los efectivos de la Policía Nacional, también los efectivos de las Fuerzas Armadas pueden exponer a riesgo su integridad física y mental así como su salud, por ello que a través de esta agravante se sanciona un atentado contra estos funcionarios con una pena mayor.

a).1.3. Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público

En cuanto a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público la agravante está referida a los casos de atentado contra la salud e integridad física y mental de los jueces y fiscales, quienes ejercitando sus funciones de investigación y procesamiento del delito pueden quedar sujetos a la venganza o represalia de los agentes delictivos u organizaciones criminales, y en tal sentido, se justifica esta agravante. Para la configuración de la agravante importa únicamente

su nombramiento como Juez o Fiscal, no interesando si es titular, provisional o suplente, ni el área donde se desenvuelve (civil, penal, laboral o comercial), pero claro los que mayormente quedarán expuestos serán los jueces y fiscales que laboran en el área penal.

a).1.4. Magistrados del Tribunal Constitucional

La agravante está referida al menoscabo a la integridad física y mental o la salud perpetrado contra los magistrados del Tribunal Constitucional, organismo que está encargado del control del cumplimiento de la Constitución. A diferencia de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, acá no hay magistrados provisionales o suplentes, únicamente existen magistrados cuyo mandato se ha extendido por no haberse designado a su sucesor, pero claro, se requiere que el hecho homicida esté vinculado al ejercicio de la función del magistrado del Tribunal.

a).1.5. Cualquier autoridad elegida por mandato popular

En esta agravante se consideran a todos los funcionarios o autoridades elegidos por sufragio directo de la población, como los gobernadores regionales, los alcaldes provinciales, distritales y los de centros poblados menores; asimismo, también se considera al presidente de la República y los Vicepresidentes.

En el caso de que los jueces de paz llegasen a ser elegidos por mandato popular también pueden ser considerados en este acápite; no obstante a la fecha aún no son nombrados de este modo por lo que no pueden comprenderse en esta agravante, pero sí podrán ser comprendidos en el rubro que comprende a los magistrados del Poder Judicial, pues, los Jueces de Paz, pertenecen y son miembros de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente. Puede discutirse si otras autoridades vinculados a la Administración de Justicia Especial, como los directivos de las Comunidades Nativas y Campesinas (e incluso los directivos de las Rondas Campesinas) elegidos por mandato popular de sus respectivas comunidades pueden

comprenderse en esta agravante, habida cuenta que también ejercen jurisdicción especial con autoridad de cosa juzgada, y a raíz de ello pueden poner en riesgo su integridad física y mental. Por nuestra parte, consideramos que las ataques o lesiones graves ocasionadas de estas autoridades también configuran el supuesto agravado previsto en este artículo, pues existe el mismo fundamento que para los demás casos; inclusive podría sostenerse que el riesgo para sus vidas, luego de ejercer sus funciones son mayores que para el caso de las demás autoridades, puesto que no tienen ninguna protección como sí lo tienen las demás autoridades por parte de la Policía Nacional.

a).1.6. Servidor civil

El Decreto Legislativo N° 1323, ha incorporado como sujetos especiales en este tipo penal a los *servidores civiles*. Esto es, si se causa una lesión a estos sujetos estaremos ante el supuesto agravado del delito de lesiones graves materia del presente comentario.

El concepto *servidor civil* en el marco de análisis del presente tipo penal o de cualquier otro tipo, es un elemento normativo, para cuya determinación tenemos que remitirnos a una norma extrapenal; en este caso a la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, del 3 de julio del 2913, la misma que proporciona una definición de servidor civil. En efecto, esta Ley define y clasifica a los *servidores civiles*, precisando que son aquellos que se enmarcan dentro de un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas.

Asimismo, dicha Ley en su artículo 1° precisa que el Régimen del Servicio Civil aplicable a los servidores civiles, se aplica a las entidades públicas: a) El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos; b) El Poder Legislativo; c) El Poder Judicial; d) Los Gobiernos Regionales; e) Los Gobiernos Locales; f) Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía; g)

Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público.

Igualmente, la referida Ley en su artículo 2°, clasificación de los servidores civiles en los siguientes grupos: 1) Funcionario público; 2) Directivo público; 3) Servidor Civil de Carrera; 4) Servidor de actividades complementarias. Añadiendo que en cualquiera de estos grupos pueden existir servidores de confianza. A la vez, la norma define a cada una de estas clases de servidores civiles en los siguientes términos:

1) *Funcionario público.* Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.

2) *Directivo público.* Es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial.

3) *Servidor civil de carrera.* Es el servidor civil que realiza funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.

4) *Servidor de actividades complementarias.* Es el servidor civil que realiza funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.

5) *Servidor de confianza.* Es un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Ingresa sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta

el funcionario que lo designa. No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa.

Como puede apreciarse, todos los trabajadores, servidores o empleados públicos que trabajan para el Estado en sus diversos niveles y organismos autónomos, son servidores civiles, incluyéndose dentro de este concepto general a los miembro de la Policía Nacional del Perú, de las Fuerzas Armadas, magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público, magistrados del Tribunal Constitucional, o autoridades elegidas por mandato popular; sin embargo para el análisis de la presente agravante, excluimos del concepto *"servidor civil"* a todos los mencionados porque la norma los ha considerado de modo específico, por lo que realizamos una definición y análisis autónomo.

a).2. Cumplimiento de sus funciones

La norma *in comento* precisa que el sujeto pasivo debe encontrarse en el *cumplimiento de sus funciones o a consecuencia de ellas*, de tal manera que si no se presenta tal circunstancia en el momento en que se produce el hecho, no se podrá subsumir el comportamiento lesivo en esta agravante; vg., el caso en que el chofer que embiste al policía de tránsito causándole lesiones graves cuando este le ordena detenerse ante una infracción vehicular, en este caso estará presente la agravante, también cuando el mismo chofer atropella al policía luego de que este le ha impuesto una papeleta (a consecuencia del cumplimiento de sus funciones); o también luego de que el Fiscal ha formulado una acusación. Para esto no interesa que el agente de las lesiones sea la propia persona imputada o afectada con el ejercicio de la función de la víctima o sea un tercero; sea que dicho tercero actúe por cuenta propia, por cuenta de un segundo tercero o actúe por disposición o indicación de la persona intervenida o comprendida en la acusación hecho por el Fiscal.

Por el contrario, no estaremos ante esta agravante en el caso en que la novia ocasiona lesiones graves a su pareja, que es miembro de la Policía Nacional u otro funcionario en una discusión de pareja. En

este sentido, debe existir *conexidad objetiva* entre "el cumplimiento de funciones" del funcionario agraviado y la resolución lesiva; es decir, las lesiones deben estar vinculadas precisamente del desempeño funcional del sujeto pasivo.

De otro lado, no resulta aplicable esta agravante en los casos de efectivos policiales que prestan servicios particulares de seguridad en sus días de franco, con o sin autorización de su comando, ya que en estos casos no están ejerciendo la función pública, que es la razón que fundamenta la agravante.

El funcionario agraviado (Policía, miembro de las Fuerzas armadas, Fiscal, Juez, etc.) debe encontrarse en ejercicio regular de la función, esto es, no debe haber rebasado sus facultades funcionariales, puesto que solo en el ejercicio regular estos funcionarios requieren una protección intensificada, mas no así en el caso en que al funcionario, a través de una conducta antijurídica o arbitraria se ha colocado en un ámbito fuera de la protección del propio orden jurídico. De este modo, si se causa lesiones a un policía, militar, juez o fiscal, en los momentos en que abusaba de sus atribuciones, la agravante no concurre, precisamente porque hay un incumplimiento o extralimitación de funciones, vg., del efectivo policial o fiscal que se encuentra allanando un domicilio sin orden judicial o en un caso de abuso de autoridad, y en esas circunstancias se le causa lesiones graves. Igualmente, no estamos ante esta agravante cuando las lesiones se causan por un ajuste de cuentas al haber incumplido una prestación a la que ilegalmente se había comprometido previamente; vg., otorgar una libertad, evitar una incautación, devolver bienes provenientes del delito, dejar sin efecto un embargo, etc.; ya que en estos casos hay un incumplimiento de la función pública encomendada.

En el caso de lesiones a un soldado, o personal de tropa de las fuerzas armadas (integrante temporal de estas) consideramos que no se presenta esta agravante, puesto estas personas no son portadores de potestades especiales que les conceda la condición de funcionario público, y por tanto, nunca pueden estar en ejercicio de función pública alguna.

De otro lado, resulta discutible si esta agravante se presenta cuando el funcionario no se encuentra propiamente en ejercicio de sus funciones, pero está en determinado lugar o en determinadas circunstancias, precisamente, en razón a que tiene que cumplir sus funciones en dicho lugar o viene a ejercitarla. A nuestro entender, este caso está vinculado directamente al ejercicio de la función, y por tanto, debe comprenderse en esta agravante (ejercicio de la función), puesto que el funcionario no podría cumplir su función sin encontrarse en dichas circunstancias, y mucho más si se han causado las lesiones, precisamente, para evitar que la víctima cumpla sus funciones.

b) La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición

Los supuestos agravados comprendidos en este inciso, estaban considerados en el tipo penal independiente previsto en el artículo 121°-A del Código Penal, norma que fue modificada por la Ley N° 30364, del 23 noviembre 2015; esta norma a la vez ha sido modificada por el D. Leg. N° 1323, con el texto actual que pasamos a analizar.

En realidad se trata de una agravante por la condición de la víctima, que en general se trata de personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad y el agente aprovecha esta situación para cometer el delito de lesiones, dicha situación justifica el mayor reproche penal al agente de estos delitos.

b).1. La víctima es menor de edad

A diferencia de normas anteriores que consideraban para la configuración de la agravante solo a los menores de 14 años, la norma en actual vigencia (D. Leg. N° 1323) considera a todos los menores, esto es, a todos aquellos que aún no han alcanzado la mayoría de edad (no han cumplido los 18 años). Claro que los mayores de entre 16 y 18 años ya tienen un desarrollo físico y psíquico superior a los que tienen menos de esta edad, por lo que ya no son considerados incapaces absolutos sino solo relativos, pero ello solo será considerado

para efectos de la graduación de la pena, mas no para la configuración de la presente agravante. Asimismo también la norma vigente ha aumentado la pena a una no menor de seis ni mayor de 12 años de pena privativa de libertad.

Como ya se ha señalado, el fundamento de la agravación está en el mayor reproche penal que ocasionan los atentados contra la integridad o salud de un menor de edad, que obviamente muestra una especial inferioridad física y una especial vulnerabilidad frente a la agresión del agente, a la vez que se trata de personas en proceso de formación y desarrollo de su personalidad, lo que puede verse trastocado con las acciones de violencia ejercidas en su agravio.

En cuanto al *aspecto subjetivo* del tipo, la minoría de edad, como elemento objetivo tiene que ser abarcada por el dolo para la configuración de la agravante; en tal sentido, esta debe ser conocida por el agente del delito. Si bien en algunos casos la minoría es evidente por tratarse de niños, púberes o adolescentes tempranos, ello no ocurre en los casos en que se trata de un menor de más de 16 y menos de 18 años por ejemplo, en que no se puede diferenciar si realmente se trata de un menor o de una persona de más de 18 años. En estos casos es plenamente posible el error de tipo; en tal sentido, si el sujeto no conocía la edad de la víctima no estaremos ante esta agravante, pero claro subsidiariamente operará el tipo penal básico del artículo 121° del Código.

Un punto relevante en cuanto al aspecto subjetivo en la configuración de esta agravante, así como también respecto de las demás agravantes previstas en este artículo (adulto mayor o discapacidad) es el hecho que el agresor *aprovecha o se vale de la situación de vulnerabilidad a la víctima*, lo que significa que necesariamente debe tener conocimiento de tal situación, por lo que para la configuración de todas estas agravantes solo se admitirá el dolo directo, descartándose los casos de dolo eventual o de culpa (consciente o inconsciente). Pues, no se puede aprovechar de algo que se desconoce o que no se tiene seguridad de su existencia.

b).2. La víctima es adulta mayor

El Decreto Legislativo N° 1323, ha incorporado como sujetos especiales en este tipo penal a *los adultos mayores;* en la norma anterior, también en un tipo independiente, se consideraba a estas víctimas, pero refiriéndose a personas mayores de 65 años de edad. Con la modificación actual, varía la definición de la víctima.

El concepto víctima *adulta mayor,* en el marco de análisis del tipo penal, es un elemento normativo, para cuya determinación tenemos que remitirnos a una norma extrapenal; en este caso, a la Ley de la persona adulta mayor, Ley N° 300490, del 30 de junio del 2916, la misma que señala: *"Entiéndase por persona adulta mayor a aquella que tiene 60 o más años de edad".* Con ello queda fuera de discusión esta definición, pues como se sabe, con anterioridad se hablaba de anciano o se hacía referencia directa a persona de más de 65 años, como por ejemplo, lo hacía indirectamente el artículo 22° o el artículo 81° del Código Penal.

Si bien se puede discutir si realmente, a la fecha, con todos los avances de la medicina preventiva, una persona de 60 años es realmente una víctima vulnerable al igual que un menor de edad o un discapacitado, no obstante, esta es la definición normativa conforme a las leyes vigentes.

En el mismo sentido que la agravante anterior, el fundamento de la agravación radica en el mayor reproche penal que significa la agresión a una persona adulta mayor, estando a la supuesta especial vulnerabilidad en que se encuentra habitualmente las personas de esta edad, sobre todo, si se trata de mujeres (en los casos distintos a los considerados en el art. 121°-B), aunado a ello, también se considera el hecho que la sociedad prodiga una consideración especial a estas personas ancianas, que normalmente ya han cumplido su vida activa y han cumplido sus deberes frente a sus hijos, familiares y la sociedad, por lo que una agresión a estas personas evidentemente resulta de mayor reproche.

Al igual que en los casos de menores de edad, en el *aspecto subjetivo,* la edad de la víctima debe ser conocida por el agresor, de lo contrario estaremos frente a un supuesto de error de tipo. En tal sentido solo se acepta el dolo directo, descartándose el eventual. No obstante, es plenamente posible el error de tipo (en este caso de la agravante del tipo), cuando se trate de personas de 60 años a más que sin embargo muestra fortaleza, vigor y energía tal, que el agente de las lesiones considera que se trata de una persona de mucha menor edad.

b).3. La víctima sufre de discapacidad

Estas son personas especialmente vulnerables, tanto que en muchos casos, inclusive, requieren de la ayuda de otra persona para realizar sus actividades de la vida cotidiana, al no poder valerse por sí mismas. Atendiendo a los grados de discapacidad, se presentan problemas para determinar cuándo esta es suficiente para configurar la agravación. Al respecto, la norma no hace distingo respecto al nivel de la discapacidad, por lo que, en principio, todo tipo de discapacidad configura esta agravante. Sin embargo, pueden descartarse los supuestos en que esta es mínima y no implica una verdadera situación de vulnerabilidad, por lo que el Juez razonablemente puede dejar de considerarla; salvo que exista un certificado médico o un instrumento que determine el nivel de la incapacidad, en cuyo caso se estará a lo que establezca dicho documento, sin que el juez pueda negarla o afirmarla.

Igualmente, la incapacidad tiene que conocerse, sea porque es evidente o porque el agente de algún modo se había enterado de la misma; en tal sentido, para la configuración de la agravante solo es admisible el dolo directo. Pudiendo presentarse casos de error de tipo (de la agravante) cuando la discapacidad es mínima y no puede ser apreciada a la vista de cualquier persona, en este caso del agresor.

b).4. Circunstancia común a los tres supuestos anteriores

Una circunstancia común a todos estos casos de agravación, es el hecho que al agente de las lesiones conoce la condición de la víctima

(minoría de edad, adultez mayor y discapacidad) que la hace especialmente vulnerable, y precisamente esta situación de vulnerabilidad es aprovechada por el agente para materializar los actos lesivos. Ello evidencia, por un lado que estas condiciones de debilidad aseguran el resultado al agresor, quien a la vez cuenta con la mínima resistencia de la víctima para ejercer la defensa o repeler el ataque, y ello, naturalmente, evidencia una actuación alevosa de parte del agresor, lo cual fundamenta la mayor gravedad del hecho y la mayor severidad de la pena.

c) *Para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima*

El uso de *arma* en la producción de las lesiones configura una agravante fundamentada en la peligrosidad del medio empleado para causar las lesiones; con ello la materialización del delito es más fácil de concretarse, no solo por la facilidad para ocasionar las lesiones con el uso del arma, sino porque el medio resulta idóneo para vencer o inhibir toda resistencia o voluntad de repeler la agresión de parte de la víctima o eventuales terceros que pudieran encontrarse en el lugar. Pues, como se sabe, el uso de un arma significa un especial peligro o riesgo creado, no solo para la víctima sino también para terceros. Pero claro, el arma debe ser usada en el hecho, no basta con que el sujeto la porte, aun cuando sea de modo evidente, de tal forma que la víctima o terceros se sientan inhibidos de toda defensa. Esto es, el arma debe haber sido utilizada o empleada por el agente en una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de la víctima o de eventuales terceros; esto es, debe haberse utilizado el arma disparándola, apuntando con ella a las personas, blandiéndola o mostrándola significativamente con fines intimidatorios[1340]. En tal sentido, si el agente tan solo lleva consigo el arma, sin mostrarla y hacer uso de ella, no configura la circunstancia agravante en estudio.

[1340] CREUS: *Ob. Cit.*, p. 432.

Asimismo, el empleo del arma después de producidas las lesiones, con el fin de repeler un ataque contraofensivo no configura esta agravante, en todo caso, estaremos ante un delito de lesiones en concurso con otro delito.

Especial, debate merece el caso en que se utiliza el arma, pero con esta no se han causado las lesiones, sino que solo se ha utilizado para amedrentar a la víctima a fin de vencer su resistencia propia o la de eventuales terceros. Al respecto, si como se ha indicado, el uso del arma significa la creación de un riesgo concreto e inminente y disuade a la víctima o a los eventuales terceros de realizar una defensa a favor de la víctima, consideramos que la agravante está presente aun en los casos en que las lesiones no se hubiesen causado con la propia arma.

De otro lado, ***arma*** es todo instrumento que cumple o puede cumplir una función de defensa o ataque. Esto es, cualquier instrumento apto para agredir físicamente a una persona, aunque no se hubiera fabricado o adquirido para tal fin o no estuviera especialmente destinado a ese propósito. En efecto, el legislador nacional en el artículo 189°-C del CP, claramente ha equiparado con las armas a los instrumentos que no tienen la calidad de tales, al establecer como agravante para el robo de ganado a la circunstancia de "portar arma o instrumento que pudiera servir como tal". Lo que se requiere es que dicho objeto tenga una evidente potencialidad ofensiva[1341], o idoneidad para la defensa; potencialidad que transmite a su portador o a quien hace uso de la misma.

Nuestra norma penal no diferencia entre arma y *medio o instrumento peligroso,* como sí lo hacen otras legislaciones; por lo que en nuestro medio también debe comprenderse en este rubro (como arma) a elementos o instrumentos idóneos para potenciar la capacidad ofensiva del agente, como el caso de las granada, la dinamita, los fulminantes, elementos químicos (ácidos corrosivos, explosivos,

[1341] GÓMEZ citado por ROJAS VARGAS: *Ob. Cit.*, p. 419.

quemantes o radioactivos), elementos biológicos (bacterias, virus contagiosos, etc.); inclusive puede considerarse otros elementos que pueden causar lesiones como el agua hirviente, etc.

Un caso que ha generado discusión es la posibilidad de considerar como arma a ciertos *animales* especialmente entrenados para atacar como perros, pumas, etc., con los cuales el agente puede atacar o amenazar a la víctima a fin de disuadirla del ejercicio de la defensa. En estos casos, si bien no se trata propiamente de instrumentos o accesorios con los cuales se puede atacar a las personas, si es que se hubiera entrenado debidamente a estos animales para atacar o comportarse de un modo intimidante en determinadas circunstancias y a voluntad del agente (amo o conductor del animal) con lo que se logra efectivamente potenciar la capacidad de ataque del agente, no habrá problema alguno para considerar al animal como un "arma" habida cuenta que nuestra normatividad no diferencia entre arma y medio o instrumento peligroso; pues, en este caso nos encontramos claramente ante el fundamento que amerita la agravación de la actuación a mano armada.

Existen diversas tipos de armas, la clasificación más común es: *a) Armas blancas,* entre las que se encuentran las *cortantes* como los cuchillos, navajas, machetes, sables, etc.; a estas se pueden asimilar los vidrios, picos de botella, etc. Las *punzantes* como los puñales, punzones, verduguillos, etc. Las *punzo-cortantes,* entre las que se encuentran los propios cuchillos, puñales o bayonetas. *b) Armas de fuego,* que son aquellas que disparan proyectiles, usualmente de plomo, por efecto de la deflagración de la pólvora dentro del casquillo del cartucho[1342]. Estas pueden ser de *uso particular,* como las pistolas, revólveres, escopetas, carabinas; o *de guerra,* como los fusiles, pistolas automáticas

[1342] El cartucho está compuesto por el casquillo, que es la envoltura metálica, el proyectil y la pólvora. Cuando el arma ha sido disparada, únicamente queda el casquillo percutido, la pólvora se ha quemado y el proyectil (bala) ha sido disparado (lanzado).

(*parabellum*), metralletas, ametralladoras, etc. *c) Armas contundentes,* que son aquellos instrumentos que sin producir efectos cortantes, punzantes o penetrantes, poseen capacidad para causar lesiones a la víctima del tipo de edemas, hematomas, excoriaciones, equimosis, etc.; estos son los casos de martillos, combas, maderos, fierros, manoplas, cachiporras, piedras y otros instrumentos duros. Todas estas armas, de ser utilizadas para la realización de la acción de sustracción o apoderamiento, configuran la circunstancia agravante "mano armada".

Asimismo, en general también se puede tomar en cuenta cierto tipo de instrumentos que sirven para disparar o lanzar proyectiles, como las ballestas, las hondas, las huaracas, etc., las mismas que si bien no son asimiladas comúnmente como armas, en la práctica se presentan casos, y por ello mismo, debe de tenerse una idea clara al respecto; pues, al tener idoneidad para potenciar la capacidad ofensiva o de ataque del agente, se cumple con el fundamento para considerarlas en esta agravante.

También se clasifica a las armas en: *propias*, que son aquellas específicamente destinadas al ataque o defensa de las personas, como las pistolas, escopetas, espadas, sables, etc.; e *impropias*: que son los objetos que sin estar destinados al ataque adquieren tal carácter por razón a su empleo como medio de agresión a las personas. No es necesario que el objeto se asemeje a un arma, es suficiente con que cumpla la función de potencializar la capacidad ofensiva del sujeto activo[1343], como el caso de un martillo, una comba, un bisturí, unas tijeras, jeringas, herramientas de punta o filo, etc. Todas estas, igualmente se encuentran comprendidas como medios típicos, pues potencian la capacidad ofensiva del agente.

Otras clasificaciones aluden a: *armas reales y aparentes o simuladas.* Las *reales* obviamente se corresponden con las clasificaciones anteriores, sea como propias o impropias, o contundentes, blancas o

[1343] DONNA: *Ob. Cit.*, p. 161.

de fuego, y naturalmente, configuran la circunstancia agravante bajo comentario; puesto que todas estas dotan de evidente potencialidad ofensiva a quien las usa.

En cambio las *aparentes o simuladas*, constituyen imitaciones de armas propias o son las mismas armas propias que han sido deterioradas o inutilizadas y por tanto ya no cumplen su función. Dentro de estas están las armas de fuego inoperativas, que les falta algún accesorio, o que por otras circunstancias resulten insuficientes para generar un peligro propiamente tal para la vida e integridad física de las personas; inclusive se pueden considerar como tales a las propias armas de fuego desabastecidas o descargadas. Asimismo, se encuentran en este rubro, las armas simuladas como las de fogueo, de juguete o cualquier imitación realizada con el propósito de intimidar a la víctima.

Estas armas *aparentes o simuladas*, han generado gran confusión y falta de uniformidad de criterios en la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera. En efecto, un primer criterio sostiene que las armas aparentes o simuladas no estarían incluidas dentro del concepto de armas, a efectos de agravar la conducta delictiva[1344], ya que aunque tengan tal apariencia no constituyen propiamente un arma[1345]; pues, como refiere VILLA STEIN, las armas inservibles o simuladas no se consideran armas, por inidóneas[1346]; asimismo, a pesar de que pueden resultar aptas para aumentar la intimidación contra la víctima, faltaría el elemento objetivo de generar mayor riesgo o peligrosidad para la vida o integridad de esta[1347]; en tal sentido, se

---

[1344] En esta línea, CREUS: *Ob. Cit.*, p. 432

[1345] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.*, p. 443.

[1346] VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal. Parte Especial.* T.II-A, Editorial San Marcos, Lima, 2001. p. 73.

[1347] En sentido contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso: *"Derecho Penal. Parte Especial"*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2008, p. 223, quien sostiene: *"... si bien se parte de una premisa correcta, cuando se dice que el arma debe ser idónea para producir los eventos lesivos, en cuanto a la afectación de*

considera que en estos casos solo habrá que calificar el hecho dentro de la figura básica de lesiones; salvo en el caso de que, de acuerdo a las circunstancias, pudiesen utilizarse como objeto ofensivo; así, una pistola o una metralleta deteriorada que se usa como objeto (arma) contundente. Inclusive un arma de fuego simulada, podrá utilizarse como arma contundente si es que el material del cual está hecha pasee estas cualidades.

Una segunda postura sostiene que el uso de estas armas aparentes o simuladas cumplen su papel intimidante a la víctima y a eventuales terceros que pudieran salir en su defensa, cumpliéndose con el fundamento de la agravación que radica en el efecto producido por el uso del arma, consistente en la anulación o disminución de las posibilidades de defensa de la víctima; esto, es, el uso de estas armas, aun siendo aparentes o simuladas, han dado mayor contundencia y eficacia a la amenaza o violencia ejercida contra la víctima, facilitando así la realización del delito[1348].

Una tercera posición, buscando mediar en el debate asume un criterio supuestamente racionalizador, sosteniendo que aun cuando las dos anteriores posiciones son válidas, no se puede asumir solo

---

los bienes jurídicos fundamentales del sujeto pasivo, no se debe perder de vista, la perspectiva de la víctima , que puede incurrir en error en cuanto a la apreciación real del arma desde una perspectiva ex ante, que desde márgenes racionales puede dar visos en cuanto a la materia de prohibición de este articulado, hasta que punto pues, la víctima ha de poder verificar la funcionalidad del arma, más aún tratándose de especiales y atemorizantes circunstancias en las cuales se ve envuelta...". Por nuestra parte, discrepamos de este criterio, en tanto, como se ha señalado, el fundamento de la agravante radica, no sólo en el mayor peligro para la vida o integridad física del agraviado, sino en el mayor poder intimidante que el empleo del arma de fuego produce en la víctima, con lo que facilita la comisión del delito, al anular la respuesta defensiva de ésta. En tal sentido, tanto al arma real, propia, aparente o descompuesta, resultan idóneas para concretar tal propósito.

[1348] En la misma línea, CREUS: *Ob. Cit.*, T.I, p. 431; DONNA: *Ob. Cit.*, T. II, p. 159.

alguna de ellas, puesto que ambas poseen fuerza argumentativa[1349]; asumiendo sobre todo, que se debe tomar en cuenta que estas armas aparentes o simuladas, en determinados casos pueden ser utilizadas como arma contundente y fácilmente poner en peligro la vida o la integridad física de la víctima; por ello, en tales casos, de todos modos se cumplirá con la previsión normativa y por tanto, estaremos ante la presente agravante.

Como se puede apreciar, si bien todas estas posturas doctrinarias desarrollan argumentos razonables, no han llegado a convencer a los operadores jurídicos, no habiéndose resuelto la problemática generada al respecto, por el contrario, la jurisprudencia ha asumido sus propios criterios más o menos de modo uniforme.

Por nuestra parte, consideramos que para asumir un criterio al respecto, debemos tener claramente determinado cuál es el fundamento político criminal que sustenta esta agravación. Al respecto, si bien el fundamento de la agravación radica en el mayor disvalor de la acción, determinado por el empleo de las armas o instrumentos que ponen en peligro la vida, integridad física o libertad de la víctima, la potencialidad del arma se expresa en la eficacia que la amenaza o violencia ejercida con las armas produce, al anular o disminuir la voluntad de la víctima o eventuales terceros de defender a la víctima o repeler el ataque, lo que obviamente permite al agente lograr su propósito delictivo. Dicha eficacia delictiva, se logrará con armas propias o impropias, así como también con armas reales (verdaderas), simuladas o aparentes; y por tanto, en todos estos casos se configurará la agravante bajo estudio. Salvo claro está, los casos en que resulte evidente que se trata de una arma simulada o de juguete, y esta circunstancia sea plenamente verificable por la víctima al momento de los hechos, en cuyo caso el uso del arma no surte ningún efecto para la víctima

[1349] Al respecto ver, ROJAS VARGAS, Fidel: *Ob. Cit.* p. 424. En el mismo sentido, SALINAS SICCHA: *Delitos contra el patrimonio.* Jurista Editores, 2ª. Edición, Lima, 2006, p. 155.

así como tampoco para el agente; obviamente en estos supuestos se descarta la configuración de la agravante, pero no porque se trate de una arma aparente o simulada si no porque no resultaba idónea para anular o disminuir la capacidad de respuesta defensiva de la víctima, y por ello mismo, está ausente el fundamento de la agravación[1350].

Finalmente, en cuanto la norma considera a *"objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima"*, es de apreciar que dichos objetos o instrumentos se asimilan en el concepto de arma que hemos expuesto, de tal forma que no hace falta tratarlos por separado; más aún, si precisamente se trata de objetos contundentes o instrumentos que pongan en riesgo la vida de la víctima, lo que evidencia que se consideran a elementos de uso especialmente riesgoso que potencian la capacidad ofensiva (agresiva) del agente e inhiben la respuesta defensiva de la víctima o la de eventuales terceros, lo que evidentemente establece una relación de similitud con el concepto amplio de armas que hemos desarrollado. En tal sentido, tanto armas así como objetos e instrumentos contundentes, configuran la presente agravante, por las mismas razones y fundamentos.

d) El delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía.

El D. Leg. N° 1323, ha introducido como circunstancias agravantes a formas extremas de realización de las lesiones como el ensañamiento y a la alevosía.

En general el ***ensañamiento*** equivale a una actuación de *gran crueldad o crueldad excesiva* (ya desarrollada en el homicidio) de parte del agente en la producción de las lesiones[1351]. Desde esta perspectiva podemos concluir *que esta circunstancia de calificación concurre, cuando el agente aumenta y prolonga el dolor y sufrimiento de la víctima,*

[1350] Al respecto ver mayor información sobre armas en el Tomo III de este mismo trabajo, referido a los delitos contra el patrimonio.

[1351] Por todos CASTILLO ALVA: *El Homicidio...*, p. 195; HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 76; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 153.

atormentándola, y torturándola de manera innecesaria. Así, se presenta esta agravante cuando el agente ha decidido causar las lesiones, no de una manera sencilla, sino infligiéndole padecimientos excesivamente crueles e inhumanos. En tal sentido se considera que los elementos de una actuación con ensañamiento o crueldad excesiva son: La causación de un dolor o sufrimiento; la innecesariedad del dolor o sufrimiento; la intencionalidad de causar este dolor innecesario, lo cual califica al dolo, y por ello solo se admitirá el dolo directo respecto de esta agravante.

El fundamento de la agravante reside *en un mayor contenido de injusto del hecho,* ya que el delito es cometido de una forma tal que se hace padecer a la víctima sufrimientos innecesarios, que atentan contra la dignidad de la persona, lo que denota una mayor gravedad del hecho; y en una *mayor culpabilidad* basada en el ánimo ensañado del agente de aumentar y prolongar el sufrimiento de la víctima de manera innecesaria lo que revela el ánimo cruel del agresor[1352].

En cuanto a la *alevosía* nuestro Código no contiene una definición de la alevosía, pero ordinariamente se ha considerado como actuar alevoso cuando se obra a traición y sobre seguro. Lo central en el accionar alevoso es que el sujeto activo despliega su acción empleando medios, formas o modos que tienden *al aseguramiento de la ejecución de la acción de matar con evitación de los riesgos provenientes de la reacción defensiva de la víctima*[1353] *o de terceros,* que deban o

---

[1352] ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 76; En la doctrina nacional sostienen que se trata de un elemento subjetivo de tendencia interna intensificada, en el cual radica el fundamento de su agravación: VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 298; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 84; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 99; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 110 observa que el fundamento de agravación reside únicamente en la mayor reprochabilidad que merece quien además de querer matar, lo hace de determinada manera buscando martirizar a la víctima; BRAMONT ARIAS – GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 56 señala que el fundamento de esta agravante se encuentra en la idea de querer matar de una manera determinada.

[1353] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 372; CASABONA: *Ob. Cit.* p. 70; GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 107; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 53; HURTADO

puedan oponerse a la acción delictiva y no que simplemente puedan reaccionar después de su ocurrencia[1354]. El agente para asegurar la ejecución del delito recurre a medios o estratagemas que anulan o disminuyen significativamente la acción defensiva de la víctima, como llevarla con engaños a un lugar solitario, atacarla por la espalda, por sorpresa, o ganándose su confianza o también utilizando un medio como el veneno que solo se muestra cuando ya causa el efecto lesivo en la salud de la víctima. No es indispensable para los efectos de la presente agravante, que el sujeto activo aproveche una especial relación de confianza que pudiera tener con su víctima para causarle las lesiones, ya sea derivada de una relación afectiva o sentimental u obtenida por mediante engaños[1355].

Son elementos de un accionar alevoso: *1) el modus operandi*, determinado por la utilización o empleo de medios, modos o formas que tiendan a asegurar el hecho sin riesgo; esto es, evitar el peligro que supone la defensa del sujeto pasivo colocándolo a aprovechándose de su estado de indefensión; y, asegurar la ejecución del delito, para lo cual no es necesario que el sujeto haya elegido determinados medios o formas de ejecución, basta el aprovechamiento de las circunstancias que

---

POZO: *Ob. Cit.* p. 64; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 111; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* pp. 86-87; NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 37; LEVENE: *Ob. Cit.* p. 229; DONNA: *Ob. Cit.* p. 41; FONTÁN PALESTRA: *Ob. Cit.* p. 92: "La alevosía resulta de la idea de seguridad y falta de riesgo, como consecuencia de la oportunidad y de los medios elegidos".

[1354] CREUS: *Ob. Cit.* p. 20; PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 207, señala que la expresión "defensa por parte del ofendido" que es utilizada por el texto español debe ser interpretado en el sentido de "defensa efectuada en su favor o interés, aunque sea por terceros".

[1355] Al respecto BACIGALUPO asume una posición opuesta y señala que: "la gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es *producto de la confianza que la víctima depositó en el autor. (...)*. El que obra con alevosía no solamente aprovecha la indefensión de la víctima sino que *quebranta la confianza especial* que la víctima le proporcionó, poniéndose prácticamente en sus manos". *Ob. Cit.* p. 38.

ya le vienen dadas[1356], por lo que no existe mayor inconveniente que el autor utilice los medios alevosos que le proporciona un tercero[1357]. Y claro, debe existir un aprovechamiento consciente y deliberado de los medios y circunstancias favorables con el propósito lesivo, lo que hace que el sujeto cometa el delito (pues, es un cobarde). En este sentido, se señalan tres supuestos, en los cuales se excluye la agravación, pese al conocimiento de una ocasión favorable: a) aquellos casos en los que el sujeto está decidido a cometer el delito y, al realizarlo se encuentra con una situación determinante de la indefensión de la víctima; b) aquellos otros en los que el agente lleva a cabo la conducta criminal en un estado psíquico excluyente de la voluntad de aprovechamiento –vg., en estados pasionales-; y, c) los supuestos de ataques a personas constitucionalmente indefensas, si el agente no ha querido aprovecharse de la calidad de la víctima al realizar el delito[1358].

En este punto, se discute si este elemento debe ser enfocado subjetiva u objetivamente. Desde la primera perspectiva (subjetiva) bastará que el agente considere adecuados los medios, modos o formas que utiliza para asegurar la ejecución y eliminar las posibilidades defensivas de la víctima o de terceros; mientras que, desde el punto de vista objetivo, lo que se debe verificar o determinar es, si en el desarrollo de los hechos, los medios, modos o formas empleados por el agente, aparecen *ex ante* como idóneos para asegurar la ejecución y evitar riesgos.

Por nuestra parte consideramos que se debe partir de un análisis subjetivo-objetivo. En este sentido, la elección de los modos, formas o medios de acuerdo a la planeación del sujeto activo, deben estar

---

[1356] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 372.

[1357] GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 107, señala que sólo se requiere que el agente utilice los medios, modos o formas de ejecución que están a su disposición, con el fin de asegurar la ejecución e impedir una reacción defensiva de la víctima.

[1358] *Ob. Cit.* pp. 548 y ss.

orientados a asegurar su propósito; sin embargo, estos, desde una perspectiva *ex ante*, deben aparecer como objetivamente idóneos. La idoneidad, a decir de PEÑARANDA RAMOS, debe evaluarse mediante un juicio *ex ante* efectuado desde el punto de vista de un espectador objetivo en atención a la totalidad de las circunstancias del hecho que sean cognoscibles en el momento en que se realiza la acción y en los particulares y especiales conocimientos que entonces tuviese el agente[1359]. Desde esta perspectiva, la alevosía concurre independientemente de que se logre o no asegurar la ejecución de la acción homicida[1360], ya que estamos ante una circunstancia de *tendencia*[1361].

2) En cuanto al elemento subjetivo, está representado precisamente por la finalidad u objetivo perseguido por el homicida: el aseguramiento en la ejecución de la acción lesiva y la ausencia del riesgo. Ambas finalidades deben concurrir, de no ser así, no podrá apreciarse esta agravante[1362]; por este motivo no se configura esta agravante cuando la finalidad del homicida no ha sido la de evitar riesgos para su persona, sino por ejemplo de acabar con el dolor de un enfermo terminal a fin de proporcionarle una muerte menos dolorosa[1363]. En un sentido más general, se debe señala que no es suficiente la mera inadvertencia de la víctima, ni su imposibilidad de defensa, ni la ausencia del riesgo, si ello no fue lo que motivó la acción del autor[1364]

[1359] *Ob. Cit.* p. 195.

[1360] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 374, al respecto nos indica que no es preciso que el sujeto consiga realmente asegurar la ejecución e impedir los riesgos que pudieran provenir de la defensa del agredido para que concurra la alevosía, pero es preciso que ex ante aparezca como probable la consecución de dichos fines.

[1361] GRACIA MARTIN: *Ob. Cit.* p. 108.

[1362] CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 373.

[1363] GONZALES RUS: *Ob. Cit.* p. 67.

[1364] CREUS: *Ob. Cit.* p. 21.

En este sentido, si el sujeto acomete a otro creyendo que el sujeto agredido se encuentra armado y dispuesto para la defensa, sin estarlo realmente, no habrá alevosía; asimismo, si el agente ataca armado a otro creyendo que se encuentra dormido o indefenso, cuando en realidad estaba fingiendo dicho estado, encontrándose preparado para repeler la agresión, tampoco habrá alevosía. Igualmente, no existe alevosía en los casos en los que el agente ataca a la víctima creyendo que ella se estaba defendiendo o cuando habiendo premeditado un actuar alevoso, al llevar a cabo el hecho de manera que le implique afrontar un riesgo de la defensa de la víctima o de terceros, vg., quien habiendo decidido dar muerte a un niño, se da con la sorpresa de que este era cuidado por una persona, pero igualmente realiza la acción homicida[1365].

El *fundamento* de esta agravante es un *mayor contenido del injusto* de la acción lesiva, derivado de una mayor peligrosidad objetiva de la acción, al emplearse medios, formas y modos objetivamente idóneos para asegurar la ejecución de la acción de matar[1366], y de la tendencia subjetiva del agente hacia dicho aseguramiento sin riesgos para su autor[1367]. En tal sentido, como elemento del injusto es factible su extensión y aplicación a los partícipes[1368].

[1365] CREUS: *Ob. Cit.* p. 21.

[1366] MIR PUIG: *Ob. Cit.* p. 618; BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 63; CEREZO MIR: *Ob. Cit.* pp. 377-378; MORALES PRATS: *Ob. Cit.* p. 42; DEL ROSAL BLASCO: *Ob. Cit.* p. 692; ROMEO CASABONA: *Ob. Cit.* p. 70; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 207-208.

[1367] GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* pp. 108 y 110, precisa que no es necesario que los medios utilizados por el homicida sean idóneos, para que se configure esta agravante, por lo que no siempre se dará una mayor peligrosidad de la acción.

[1368] CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 459.

C. Supuesto agravado de segundo nivel (pena no menor de 8 ni mayor de 12 años)

a) Lesiones graves seguidas de muerte (Homicidio preterintencional)

La norma ha previsto un supuesto con agravante de segundo nivel sancionado con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años, *cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado.* Este es el caso de las llamadas lesiones seguidas de muerte u homicidio preterintencional. En este supuesto estamos ante un caso en que se conjugan o reúnen dos elementos subjetivos del tipo de distinta naturaleza; en efecto, estamos ente el *dolo* en la causación de las lesiones y la *culpa o imprudencia* en la producción de la muerte.

Antes de entrar al análisis de esta figura, es necesario precisar que algunos niegan la validez de este tipo penal, por considerar que al atribuir el resultado "muerte" al agente, se estaría ante una imputación penal objetiva, la misma que está proscrita por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. No obstante, por nuestra parte consideramos que ello no es así, ya que no se trata de una imputación propiamente objetiva, puesto que si bien se atribuye el resultado objetivo "muerte" al autor de la conducta dolosa previa de "lesiones", ello se hace en virtud a su accionar culposo o negligente, ya que desde el inicio (antes de causar las lesiones o al momento de causarlas) era previsible el riesgo para la vida (riesgo de muerte) que se generaba con la acción del agente; y más todavía, en ciertos casos, este riesgo queda más claro luego de perpetradas las graves lesiones, por lo que si el agente no hubiese sido negligente, aún estaba en la posibilidad de evitar el resultado fatal.

Entonces, no se trata de una atribución de responsabilidad objetiva (proscrita por la Ley) sino de una atribución a título de "culpa", desde luego que agravada, porque el riesgo para la vida se creó a través de una conducta dolosa, que si bien solo estaba orientada a causar lesiones, traía aparejado el riesgo de muerte, que aun cuando no era querido por el agente, al ser previsible y no haberlo evitado, este lo asumió como una consecuencia de su accionar doloso.

Distinto sería el caso en que se tratase de un resultado fortuito, que al no ser previsible, no entrañaría ningún actuar negligente de parte del autor de las lesiones respecto a la creación del riesgo para la vida de la víctima. En este último caso, si se pretendiera atribuir el resultado "muerte" al agente de las lesiones, obviamente, se estaría infringiendo el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribe la atribución de responsabilidad objetiva. En este caso, dicha infracción determina la inaplicabilidad de cualquier norma contraria al referido artículo del Título Preliminar; pues, estos principios son prevalentes respecto a las demás normas de la parte general y especial del Código[1369], como lo reconoce la doctrina unánimemente y lo estipula el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal[1370]. En tal sentido, el artículo 123° del Código Penal, referido a las lesiones con resultado fortuito, consideramos que no resulta aplicable por contravenir una norma de carácter prevalente; sin embargo, ello no sucede en el caso de lesiones seguidas de muerte u homicidio preterintencional, materia del presente análisis, puesto que no está referido a un resultado fortuito sino de un resultado culposo, cuyo riesgo se ha generado por una conducta dolosa.

El tipo penal de lesiones graves seguidas de muerte, en principio, protege la salud o integridad física y mental de la víctima, pero también protege la vida que es extinguida a consecuencia de las lesiones dolosas y de la negligencia en el resultado "muerte". Por tanto, no encontramos inconveniencia para la validez y vigencia de este tipo penal.

Hechas estas precisiones y entrando al análisis de este tipo penal debemos señalar que para la configuración de este tipo deben concurrir los siguientes presupuestos:

[1369] A diferencia de las demás normas de la parte general del Código, que son subsidiarias de las normas de la parte especial (subsidiariedad tácita).

[1370] Si bien este artículo hace referencia a la prevalencia de las normas del Título Preliminar respecto a las demás normas del Código Procesal Penal y no a las del Código Penal, esta disposición evidencia la naturaleza de los títulos preliminares de los códigos en nuestro ordenamiento jurídico.

i) *Una acción dolosa* que ha generado "lesiones dolosas graves".

ii) *Ausencia del dolo de matar*, esto es, el sujeto ha tenido la intención de causar las lesiones y efectivamente las ha causado, pero en ningún momento tuvo la intención de causar la muerte del sujeto pasivo; en el caso que hubiera actuado con dolo de matar, salimos del ámbito del homicidio preterintencional, para ubicarnos únicamente en un homicidio simple, un parricidio o un asesinato, según sea el caso.

iii) Pese a la ausencia del dolo de matar, el riesgo creado y materializado en las lesiones graves causadas, ha generado, a su vez, un *riesgo no permitido para la vida* de la persona lesionada.

iv) Este riesgo no permitido para la vida ha *sido previsible ex ante*, esto es, al momento de la causación de las lesiones, y más todavía (en algunos casos) este riego es previsible luego de que las lesiones se han materializado.

v) Existencia de una *relación causal e imputación objetiva* entre la conducta dolosa de lesiones y el resultado culposo "muerte", por lo que debe acreditarse, en primer lugar, la situación de desamparo en el que el imputado ha colocado a la víctima y la muerte provocada al sujeto pasivo; esto es, si bien el resultado final es culposo, este debe guardar estricta conexión causal con el delito doloso inicial (lesiones graves)[1371]; en segundo lugar, debe establecerse si ha existido la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, que la ejecución y la consumación de las lesiones haya sido el factor que ha creado el riesgo que finalmente se ha realizado en el resultado "muerte de la víctima".

d) Por último, *el homicidio debe ser imputable subjetivamente a título de culpa* -consciente o inconsciente-. Debe verificarse en el caso concreto si el agente del delito de lesiones se ha representado o podía representarse el resultado más grave

[1371] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 359.

creado con su acción para otro bien jurídico -en este caso la vida humana independiente-, que finalmente resulta lesionado; si por el contrario, este resultado fuera imprevisible, tendrá que ser considerado fortuito, no pudiendo generar este hecho, responsabilidad penal alguna.

D. Supuestos agravados de tercer nivel (Pena no menor de 15 ni mayor de 20 años)

a) Lesiones graves seguidas de muerte en casos agravados

Finalmente, dentro de las lesiones seguidas de muerte en las que el agente pudo prever este resultado, se ha previsto una agravante de tercer nivel referida a los casos en que se añade otra causal de agravación referida a la *condición especial* de la víctima; esto es, cuando la víctima es miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional, autoridad elegida por mandato popular, en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas, o servidor civil; o también cuando la víctima es menor de edad, adulto mayor o persona con discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición. Asimismo, cuando para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de *arma,* objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima. Y finalmente, si el delito se hubiera realizado con *ensañamiento o alevosía,* tal como ya lo hemos desarrollado líneas antes. En estos casos, de especial agravación, la pena privativa de libertad es no menor de quince ni mayor de veinte años; tal como lo estipula el D. Leg. N° 1323.

2.4. TIPO SUBJETIVO

La figura penal *in comento* es eminentemente dolosa.

2.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando se produce la afectación a la integridad o salud (física o mental) de la víctima, conforme a las modalidades previstas en el presente tipo penal. Se admite la tentativa.

TABLA REFERENCIAL DE VALORACIÓN MÉDICO LEGAL DE LESIONES

TABLA REFERENCIAL DE VALORACIÓN MÉDICO LEGAL DE LESIONES EN ADULTOS				
1	**PIEL Y ANEXOS**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
1.1	Heridas en mucosa oral	02	07	S/C
A	**HERIDAS**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
1.2	Superficiales (afrontadas o suturadas en un solo plano)	02	07	S/C
1.3	Profundas (suturadas en más de un plano)	03	10	S/C
1.4	Heridas a colgajo	05	15	S/C
1.5	Con pérdida de sustancia	05	07-15	S/C
1.6	Heridas con pérdida de segmento (en oreja, nariz, lengua y labio)	05	35	S/C
1.7	Heridas perforantes o transfixiantes	04	12	S/C
1.8	EROSIONES	00-02	02-04	S/C
B	**EXCORIACIONES**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
1.9	Ungueales	02	01 - 05	S/C
1.10	Por fricción (Según extensión y localización)	02	06	S/C
1.11	Lineales y otras sin mayor compromiso	01	03-06	S/C
C	**EQUIMOSIS, HEMATOMA**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
1.12	EQUIMOSIS	00 - 02	02-06	S/C
1.13	Equimoma	03	08-12	S/C
1.14	Derrame o Bolsa sanguínea	03	08-15	S/C
1.15	Tumefacción	02	02-06	S/C
1.16	HEMATOMA (Simple, Menor)	03	08	S/C
1.17	HEMATOMA (Complejo/ Mayor-requiere debridación quirúrgica)	04	08-15	S/C
D	**QUEMADURAS (DE SUPERFICIE CORPORAL)**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
1.18	PRIMER GRADO	01	02-03	S/C
1.19	SEGUNDO GRADO I superficial	02	05-12	S/C
1.20	SEGUNDO GRADO II profunda	05-10	20-25	Reevaluación
1.21	TERCER GRADO	20	50-60	Reevaluación
2	**FRACTURAS :**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
A	**HUESOS DEL CRANEO :**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.1	BOVEDA (Frontal, parietal, temporal, occipital)	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.2	Sin desplazamiento	05	35	S/C
2.3	Con desplazamiento	15	60	Reevaluación
2.4	BASE (Temporal, occipital, etmoides y esfenoides)	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.5	Sin desplazamiento	10	45	S/C
2.6	Con desplazamiento	20	90	Reevaluación

B	HUESOS DE LA CARA	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
	(Frontal, malar, arco cigomático, maxilar superior, maxilar Inferior/mandíbula, palatinos y lacrimal/ungüis)			
2.7	Sin desplazamiento	05	35	S/C
2.8	Con desplazamiento	15	60	S/C
2.9	HUESOS PROPIOS NARIZ (HPN) simple sin desplazamiento	05	15	S/C
2.10	HUESOS PROPIOS NARIZ (HPN) simple con desplazamiento	05	16 - 25	S/C
2.11	HPN conminuta o compleja	05	25 - 35	S/C
C	**HUESOS DEL MIEMBRO SUPERIOR**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.12	CLAVICULA	05	35	S/C
2.13	ESCAPULA	05	60	S/C
	HUMERO:	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.14	Cabeza	20	90	Reevaluación
2.15	Diáfisis	10	60	S/C
2.16	Epífisis distal	10	75	S/C
2.17	RADIO:Epífisis	5	60	S/C
2.18	Diáfisis	5	45	S/C
2.19	CUBITO: Olecranon	5	60	S/C
2.20	Epífisis	5	60	S/C
2.21	Diáfisis	5	45	S/C
2.22	AMBOS(Cubito y radio)	10	75	S/C
2.23	CARPO: Escafoides	15	45 - 70	Reevaluación
2.24	Semilunar, piramidal, pisciforme, trapecio, trapezoide, grande, ganchoso/unciforme)	10	45	S/C
2.25	METACARPO	10	35	S/C
2.26	FALANGES: Del II al V dedoEpífisis/articular	10	25 - 35	S/C
2.27	Del II al V dedo Diáfisis	5	25	S/C
2.28	Del I dedo Epífisis/articular	10	40 - 50	S/C
2.29	Diáfisis	10	35	S/C
D	**HUESOS DE LA COLUMNA :**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.30	CERVICAL: Sin desplazamiento	05	45	Reevaluación
2.31	Con desplazamiento	15	80	Reevaluación
	DORSAL	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.32	Fractura del cuerpo sin afectación articular	05	45	Reevaluación
2.33	Fractura del cuerpo con afectación articular	15	80	Reevaluación
2.34	Fractura de apófisis transversa	10	75	Reevaluación
	LUMBAR	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.35	Fractura del cuerpo sin afectación articular	05	45	S/C
2.36	Fractura del cuerpo con afectación articular	15	80	S/C
2.37	Fractura de apófisis transversa	10	75	S/C
2.38	Sacro	05	35	S/C
2.39	Cóccix	08	35	S/C

E	**HUESOS DEL TORAX**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
	COSTILLA (1 ó 2)	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.40	Sin desplazamiento	05	20	S/C
2.41	Con desplazamiento	05	35	S/C
2.42	Mayor o igual a tres (3) costillas	05	45	Reevaluación
2.43	Esternón	05	45	Reevaluación
F	**HUESOS DE PELVIS**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.44	Ramas isquiopubicas	15	75	S/C
2.45	Ilion e isquion	10	60	S/C
2.46	Pubis	05	70	S/C
2.47	Acetábulo	15	90	S/C
G	**MIEMBRO INFERIOR :**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
2.48	FÉMUR: cabeza	20	120	Reevaluación
2.49	Cuello	10	90	Reevaluación
2.50	Diáfisis	10	80	S/C
2.51	epífisis distal	15	90	S/C
2.52	Rótula	10	40	Reevaluación
2.53	TIBIA: epífisis proximal	10	75	S/C
2.54	platillo tibial	10	70	S/C
2.55	Diáfisis	10	60	S/C
2.56	Epífisis distal	10	75	S/C
2.57	Peroné diáfisis	5	35	S/C
2.58	Epífisis	5	45	S/C
2.59	Tibia y peroné	15	80	S/C
2.60	Bimaleolar (tobillo)	15	80	S/C
2.61	Trimaleolar (tibia + peroné)	15	80	Reevaluación
2.62	Astragalo / escafoides sin desplazamiento	10	60	Reevaluación
2.63	Con desplazamiento	15	90	Reevaluación
2.64	Calcáneo	10	60	S/C
2.65	Tarso (cuboides y cuñas)	05	45	S/C
2.66	METATARSO:II AL IV	5	35	S/C
2.67	METATARSO:I Y V	5	45	Reevaluación
2.68	FALANGES:Del II al V dedo Epífisis/articular	10	25	S/C
2.69	Del II al V dedo diáfisis	5	20	S/C
2.70	Del I dedo Epífisis/articular	10	35	S/C
2.71	Diáfisis	5	20	S/C
3	**ARTICULACIONES (LUXACIONES)**			
B	**LESIÓN CERVICAL**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
3.3	Esguince cervical	02	08	Salvo/C
3.4	Subluxación cervical	03	15	Salvo/C
3.5	Luxación cervical	05	35	Salvo/C

C	LUXACIONES DEL MIEMBRO SUPERIOR	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
3.6	Escápulo humeral	05	35	Salvo/C
3.7	Acromio clavicular	05	20	Salvo/C
3.8	Codo	05	35	Salvo/C
3.9	Muñeca	05	25	Salvo/C
3.10	Metacarpofalángica o interfalángica	05	20	Salvo/C
D	**LUXACIONES DEL MIEMBRO INFERIOR**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
3.11	Coxo femoral	15	90	Salvo/C
3.12	Diástasis sínfisis púbica	10	60	Salvo/C
3.13	RODILLA: lesión de ligamento cruzado posterior	10	60	Salvo/C
3.14	Lesión de ligamento cruzado anterior	10	40	Salvo/C
3.15	Lesión de ligamentos laterales	05	20	Salvo/C
3.16	Tobillo	05	35	Salvo/C
3.17	Metatarsofalángica o interfalángica	05	20	Salvo/C
3.18	Subluxaciones (todos los miembros)	03	15	Salvo/C
4	**LIGAMENTOS, MÚSCULOS, VASOS, NERVIOS Y OTROS**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
4.1	ESGUINCES (todos los miembros)I Grado	02	05	Salvo/C
4.2	II Grado	03	12	Salvo/C
4.3	III Grado	05	20	Salvo/C
4.4	DESGARRO MUSCULAR: Parcial	02 - 05	12 - 20	Salvo/C
4.5	Total	02 - 05	40	Salvo/C
4.6	Seccionamiento de tendones de la mano	05	20	Salvo/C
4.7	Seccionamiento de tendones del pie	05	25	Salvo/C
4.8	Traumatismo vascular (arterial y/o venoso)	05	25-40	Salvo/C
4.9	LESIÓN NERVIOSA : Neuropatías traumática	05	25-40	Salvo/C
4.10	Meniscopatía traumática	10	45	Salvo/C
4.11	Ruptura de tendón de aquiles	10	60	Salvo/C
4.12	Fasceitis plantar	05	20	Salvo/C
5	**DIAGNÓSTICOS**			
A	**CABEZA**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
5.1	TRAUMATISMO ENCEFALO CRANEANO (TEC): Leve	02	06	Salvo/C
5.3	TEC Moderado	06	15	Salvo/C
5.5	TEC Grave o Severo	20	60	Salvo/C
5.6	Herida cuero cabelludo (sin compromiso encéfalo craneano)	02	07	Salvo/C
5.7	Hematoma Epicraneal	02	10	Salvo/C
5.8	Hematoma Epidural	10	35	Salvo/C
5.9	Hematoma Subdural	10	40	Salvo/C
5.10	Concusión Cerebral	06	25	Salvo/C
5.11	Conmoción y Contusión	10	25	Salvo/C
5.12	Laceración Encefálica	20	90	Salvo/C
5.13	Edema Cerebral (de origen traumático) leve	04	10	Salvo/C

5.14	Edema Cerebral (de origen traumático) Moderado	06	15	Salvo/C
5.15	Edema Cerebral (de origen traumático) Grave	20	60	Salvo/C
5.16	Hemorragia Subaracnoidea	06	35	Salvo/C
5.17	Hemorragia Intraventricular	06	35	Salvo/C
5.18	Hematoma intraparenquimal	10	45	Salvo/C
5.19	Neumoencéfalo	10	50	Salvo/C
B	**CUELLO**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
5.20	Contusión con compromiso vascular/visceral	05	15	Salvo/C
5.21	Laceración con compromiso vascular/visceral	05	35	Salvo/C
5.22	Lesión cervical partes blandas (Cogoteo)	02	08	Salvo/C
C	**TÓRAX**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
5.23	Neumotórax	05	25	Salvo/C
5.24	Hemotórax, Hemoneumotórax	05-08	35	Salvo/C
D	VÍSCERAS: (Tórax, Abdomen y Pelvis)	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
5.25	CONTUSIONES(Leve=3/08, Moderado=4/15, Severo=5/20)	03-05	08-20	Salvo/C
5.26	LACERACIONES (Leve=3/10, Moderado=6/20, Severo=10/40)	03-10	10-40	Salvo/C
5.27	Laceración - Perforación Peritoneal	03-05	10-20	Salvo/C
5.28	Metrorragia no complicada (Post evento traumático)	03	07	Salvo/C
6	**OFTALMOLOGÍA**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
A	**POR QUEMADURAS QUÍMICAS**	A.T FAC.	INC.M.L	Observación
6.1	Grado I.- Daño del epitelio	01	02	Salvo/C
6.2	Grado II.- Borrosidad,Isquemia	03	07	Salvo/C
6.3	Grado III.- Pérdida total del epitelio corneal	03	15	Salvo/C
B	**OTRAS LESIONES DEL PARPADO Y EL OJO**	A.T FAC.	INC.M.L	Observación
6.4	PARPADOS: Edema, equimosis, heridas sin complicaciones	02	03-07	Salvo/C
6.5	Laceración palpebral (en tarso)	02	06	Salvo/C
6.6	Laceración palpebral (en borde)	02	14	Salvo/C
6.7	CONJUNTIVA BULBAR:Hemorragias	02	08-10	Salvo/C
6.8	Abrasiones traumáticas (porrasguño en el ojo)	02	07	Salvo/C
6.9	Heridas leves	02	07	Salvo/C
6.10	Heridas moderadas	03	15	Salvo/C
6.11	CORNEA: Cuerpo extraño	02	03 a 08	Salvo/C
6.12	Erosión/abrasión epitelial	02	08	Salvo/C
6.13	Heridas o quemaduras que involucren el estroma	04	14	Salvo/C
6.14	Ruptura corneal	02	09	Salvo/C
6.15	ESCLERÓTICA .- Herida penetrante	06	20-30	Salvo/C
6.16	Irítis traumática sin hifema	02	15	Salvo/C
6.17	Irítis traumática con hifema	04	20-90	Salvo/C
6.18	Uveítis anterior leve	02	03	Salvo/C
6.19	Uveítis anterior moderada	03	07	Salvo/C
6.20	Ruptura de esfínter	03	07	Salvo/C

6.21	CRISTALÍNO: Luxación de cristalino, catarata traumática	06	30	Salvo/C
6.22	VÍTREO.- Hemorragia leve	04	14	Salvo/C
6.23	Hemorragia moderadaa severa	06	30	Salvo/C
6.24	RETINA: Ruptura retiniana (desgarro pequeño)	02	15	Salvo/C
6.25	Desprendimiento, ruptura, lesión macular	08	90	Salvo/C
6.26	COROIDES: Hemorragia	04	30	Salvo/C
6.27	Coroidorretinitis	06	30	Salvo/C
6.28	Uveítis posterior	06	30	Salvo/C
6.29	MUSCULOS EXTRAOCULARES:Paresias	04	30	Salvo/C
6.30	Parálisis	04	30	Salvo/C
6.31	Enucleación o evisceración	04	30	Salvo/C
6.32	Lesión del segmento posterior: Edema, desgarro retiniano,	08	30	Salvo/C
6.33	hemorragia vítrea, desprendimiento de retina	08	30	Salvo/C
6.34	Estallido ocular	08	30	Salvo/C
6.35	Sección de conducto lacrimal	08	30	Salvo/C
7	**OTORRINOLARINGOLOGÍA**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
A	**PABELLÓN AURICULAR-OÍDO EXTERNO**	A.T FAC.	INC.M.L	Observación
7.1	Avulsión o desprendimiento	04	25	Salvo/C
7.2	Pericondritis	05	07	Salvo/C
B	**OÍDO MEDIO (con Informe de la especialidad)**	A.T FAC.	INC.M.L	Observación
7.3	Ruptura del tímpano	05	20	Salvo/C
7.4	Obstrucción de Trompa de Eustaquio (Traumática)	04	14	Salvo/C
7.5	Lesión de oído interno (con Informe de la especialidad)	05	15	Salvo/C
7.6	Paresia coclear traumática	04	14	Salvo/C
C	**LARINGE (con Informe de la especialidad)**	A.T FAC.	INC.M.L	Observación
7.7	Luxación Art. Crico-aritenoidea	03	14	Salvo/C
7.8	Luxación Art. Cricotiroidea	03	28	Salvo/C
7.9	Fractura de anillos laríngeos	04	15	Salvo/C
7.10	Fractura de hueso hioides	05	20	Salvo/C
7.11	Fractura de cartílago tiroides	05	25	Salvo/C
7.12	Fractura de cartílago cricoides	05	30	Salvo/C
7.13	Contusión laríngea conparesia de cuerdas vocales	02	05	Salvo/C
7.14	Contusión laríngea con parálisis de cuerdas vocales	05	60	Salvo/C
7.15	Laringitis Traumática	02	08	Salvo/C
7.16	Avulsión de epiglotis	04	20	Salvo/C
8	**OTROS - CASOS ESPECIALES**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
8.1	Sección del conducto de Stenon	05	15	Salvo/C
8.2	Traumatismo de cartílago(s) nasal con desviación de eje nasal	02-04	08-10	Salvo/C
9	**LESIONES DENTARIAS**	ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
	I. LESIONES DE LOS TEJIDOS DUROS DENTARIOS Y DE LA PULPA			
9.1	Infracción (fisura) de la corona	1	1 a 3	
9.2	Fracturano complicada de la corona			

		limitada al esmalte	2	3 a 5	
		limitada esmalte y dentina	2	6 a 10	
9.3	Fractura complicada de la corona				
	A tercio medio coronal	Uno a dos dientes	3	7 a 10	
	A tercio cervical		5	15	
9.4	Fractura no complicada de corona y raíz				
		Uno a dos dientes	3	5 a 10	
9.5	Fractura complicada de corona y raíz				
		Uno a dos dientes	5	15 a 20	
9.6	Fractura de raíz				
		Uno a dos dientes	5	15 a 20	
	*si son cuatro o más piezas dentarias debe señalarse además de la valoración cuantitativa, que se altera la función del sistema estomatognático y lo hacen impropio para su función.				
	II. LESIONES EN LOS TEJIDOS PERIODONTALES				
9.7	Concusión (afecta estructuras de sostén del diente sin movilidad ni desplazamiento anormal del diente pero con una evidente reacción a la percusión)				
	Concusión	Uno a dos dientes	2	3 a 5	
9.8	Subluxación				
		Uno a dos dientes	2	08 a 10	
9.9	Luxación intrusiva				
		Uno a dos dientes	5	15 a 20	
9.10	Luxación (extrusiva, lateral)				
		Uno a dos dientes	5	20 a 25	
9.11	Exarticulación (avulsión completa)				
		Uno a dos dientes	5	20 a 25	
	*si son cuatro o más piezas dentarias debe señalarse además de la valoración cuantitativa, que se altera la función del sistema estomatognático y lo hacen impropio para su función. *si las perdidas dentarias son en forma masiva (que involucren un hemimaxilar) podrá extenderse hasta30 días o más				
	III. LESIONES DEL HUESO DE SOSTÉN				
9.12	Fractura conminuta de la cavidad alveolar (fondo)		5	20 días	
9.13	Fractura de la paredalveolar		5	20 a 25	
9.14	Fractura del procesoalveolar (afecta al hueso maxilar)		5	25 a 35	
9.15	Fractura de maxilar				
	Sin desplazamiento		05	35	
	Con desplazamiento		15	60	
9.16	Fractura de mandibular				
	Sin desplazamiento		05	35	
	Con desplazamiento		15	90	
9.17	Luxación de la Articulación Temporo Mandibular ATM				
		Unilateral	3 - 5	20-25	
		Bilateral	5 - 8	35	
	*se tiene que considerar que las fracturas van a producir secuelas anatómicas, funcionales y estéticas.				

EN NIÑOS					
A	**SEGMENTO CORPORAL**		ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
10.1	Clavícula		02	21	S/C
B	**HUMERO:**		ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	S/C
10.2	Cuello quirúrgico	Sin desplazamiento	2	21	S/C
10.3		Con desplazamiento	5	45	S/C
10.4	Diáfisis	Transversa	6	60	S/C
10.5		Espiroidea	5	45	S/C
10.6	Cabeza Radial	sin cirugía	2	15	S/C
10.7		con cirugía	3	21	S/C
10.8	Olécranon	sin desplazamiento	2	21	S/C
C	**MUÑECA**		ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
10.9	Radio	(en rodete-tallo verde)	2	21	S/C
10.10	Radio	Externo distal	3	30	S/C
10.11	Escafoides		6	60	S/C
D	**MANO:**		ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
10.12	Metacarpianos	y falanges	3	21	S/C
E	**FÉMUR:**		ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
10.13	Cérvico-trocantérica		12	120	S/C
10.14	Diáfisis transversal		8	80	S/C
10.15	Supracondilea		5	45	S/C
F	**TIBIA:**		ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
10.16	Externo proximal		5	45	S/C
10.17	Diáfisis aislada		6	60	S/C
10.18	Tibia y peroné		8	80	S/C
G	**PERONÉ:**		ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
10.19	Aislado		3	30	
H	**TOBILLO:**		ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
10.20	Epifisiolisis		3	35	S/C
10.21	Fisura epifisiaria		2	15	S/C
I	**PIE:**		ASIST. FAC.	DESC. MED. LEGAL	Observaciones
10.22	Metatarsianos	y falanges	2	21	S/C
10.23	Calcanéo		3	30	S/C

Leyenda de las Siglas:
Asistencia Facultativa = Asist. Fac.
Descanso Médico Legal = Desc. Med. Legal
Salvo complicaciones = S/C

3. LESIONES GRAVES POR VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES E INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR

Art. 121°-B: "En los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 121° se aplica pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años e inhabilitación conforme al artículo 36, cuando:

1. *La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.*
2. *La víctima se encuentra en estado de gestación.*
3. *La víctima es el padrastro; madrastra; ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, o la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numeral 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B.*
4. *La víctima mantiene cualquier tipo de relación de dependencia o subordinación sea de autoridad, económica, laboral o contractual y el agente se hubiera aprovechado de esta situación.*
5. *Para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.*

6. *El delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía.*
7. *Cuando la afectación psicológica a la que se hace referencia en el numeral 4 del primer párrafo del artículo 121, se causa a los hijos, hijas, niñas, niños o adolescentes bajo el cuidado de la víctima de feminicidio, de lesiones en contextos de violencia familiar o de violación sexual.*

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever ese resultado, la pena será no menor de quince ni mayor de veinte años."[1372]

3.1. ANTECEDENTES

Este tipo penal ha tenido diversas modificaciones desde que fue incorporado en nuestro sistema penal por el artículo 10 de la Ley N° 29282, publicada el 27 noviembre 2008, pasando por la modificación establecida por la Ley N° 30364, hasta la modificación por la norma vigente D. Leg. N° 1323, del 6 de enero del 2017.

En realidad con las múltiples modificaciones, con marchas y contramarchas, prácticamente se ha generado un caos legislativo en donde no se aprecia los fundamentos de las modificaciones, ni una sistemática que facilite el estudio y análisis de estas figuras penales. Asimismo, no se aprecia con qué criterio se establecen tipos autónomos, circunstancias agravantes y cómo se agrupan los casos en un artículo. En el presente caso, este tipo penal se ha configurado a partir de los supuestos básicos contenidos en el artículo 121° del CP, a los que se han agregado diversas circunstancias agravantes vinculadas a fundamentalmente a la protección de las mujeres y el grupo familiar.

[1372] Artículo modificado por el D. Leg. N° 1323. Del 6 de enero del 2017. Este artículo fue incorporado por el Artículo 10 de la Ley N° 29282, publicada el 27 noviembre 2008. Posteriormente fue modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23 noviembre 2015.

Sin embargo, se ha legislado con tan poca claridad y confusión, que incluso se repiten circunstancias agravantes que ya están consideradas y sancionadas con la misma pena, en el tipo anterior (Art. 121°).

3.2. SUPUESTOS TÍPICOS

3.2.1. LESIONES CAUSADAS A LA MUJER POR SU CONDICIÓN DE TAL (Numeral 1)

A. Fundamentos de la agravación

Como se ha visto al tratar el feminicidio, en sociedades como la nuestra, en las que existe un elevado signo machista, las mujeres son el grupo social que más padece de la violencia simbólica, violencia que sufren inclusive dentro de sus hogares, en las calles, en las escuelas y en sus lugares de trabajo; se trata de una violencia enferma sin justificación[1373]; todo lo cual convierte a las mujeres realmente en un grupo especialmente vulnerable respecto a los demás miembros de una sociedad y especialmente en la interrelación hombre-mujer, lo que justifica la exigencia de una respuesta político-criminal específica el respecto.

La especial vulnerabilidad de las mujeres en sus relaciones intersubjetivas con los hombres y la asimetría en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, así como la necesidad de adecuación de la legislación nacional a los instrumentos internacionales (especialmente, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará") y el incremento de los casos de muertes y ataques contra las mujeres, son las razones que justifican, en primer lugar la tipificación del feminicidio, así como las lesiones causadas contra la mujer por su condición de tal, en nuestro ordenamiento jurídico penal.

[1373] VÁSQUEZ AGUILAR, Julio Eduardo: *¿Es feminicidio la consumación y máxima expresión de la violencia simbólica?* http://www.analectica.org/articulos/vazquez-feminicidio/

Y claro, en el tipo penal debe considerarse no solo la condición de ascendiente, descendiente, cónyuge o conviviente, sino también cualquier tipo de situaciones de acercamiento con el hombre victimario a partir de sus relaciones intersubjetivas de diversa índole, como familiaridad, parentesco, condición de enamorado, trabajo, explotación sexual, cuidado o guarda, capacidad disminuida, o cualquier otra posición de autoridad o ascendencia. Pues, esta situación de vulnerabilidad y acercamiento de ambos sujetos expone a la víctima respecto de su victimario, y es esta la situación que aprovecha el agente para desencadenar la agresión contra la mujer. Como se sabe, esta situación no es determinada por la simple condición de mujer de la víctima o por una situación de odio, sino por el hecho que el victimario establece o asume una relación de predominio sobre esta, situación que utiliza en su propio beneficio o a expensas de la víctima, y cuando la mujer pretende poner coto a esta situación o liberarse de la relación de exposición o subordinación, el agente, empleando su mayor predominio, y creyéndose con prerrogativas sobre la víctima, desencadena la agresión lesiva.

Obviamente a esta situación de violencia contribuye la estructura social imperante en la sociedad, que aduce que el sentimiento de culpa de las mujeres sobre las agresiones que le suceden, están fundadas en la sexualidad como la última expresión de una forma de dominación y supremacía masculina, lo cual realmente aún estaría en la mente de algunas mujeres que han crecido y vivido en una situación de violencia. En este sentido, este tipo de lesiones contra la mujer constituyen una forma más de extrema violencia de género. Y desde luego justifica plenamente una respuesta penal específica.

Lamentablemente, el legislador no ha tenido claridad en los bienes u objetos de protección penal, puesto que si se pretende proteger a la mujer dentro de la relación familiar, lo primero que ha debido considerar es la protección de la cónyuge o conviviente, sin embargo, advertimos que ha omitido considerar a estas dos presuntas víctimas, pese a que estas son las que habitualmente son las víctimas preferidas y

frecuentes de los agentes delictivos; por lo que para incorporar a estas víctimas en la protección penal agravada hay que hacer "malabares" interpretativos, como se verá más adelante.

B. Sujetos y acción típica

Tal como se ha señalado para los casos de feminicidio, en cuanto al *sujeto activo* de este delito, la norma hace referencia en general *"al que causa lesiones a la mujer por su condición de tal"*, a partir de lo cual se podría concluir que el sujeto activo puede ser cualquier persona, sea un hombre o una mujer. Sin embargo, consideramos que, estando a que las lesiones deben realizarse aprovechando la "condición de mujer" de la víctima, el sujeto activo no puede ser otro que un hombre; pues no tendría sentido en la estructura del tipo penal resaltar la condición de mujer de la víctima, si precisamente la victimaria va a ser otra mujer. Más aún, si se tiene en cuenta que las lesiones deben realizarse aprovechando la situación de vulnerabilidad o de parte débil de la relación hombre-mujer.

En tal sentido, los sujetos activos de este delito de lesiones graves agravadas pueden ser solo los cónyuges, los excónyuges, los convivientes, los exconvivientes, padrastros, ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes (por consanguinidad o afinidad); otras personas que habitan en el mismo hogar; personas que mantienen relaciones contractuales o laborales con la mujer víctima; personas con quienes la víctima haya procreado hijos en común, independientemente que convivan o no al momento de producirse el evento delictivo (todos ellos hombres). A la vez que también puede ser sujeto activo cualquier hombre que haya mantenido un acercamiento a la víctima debido a la condición de mujer de esta.

Respecto a la *acción típica* debe resaltarse que las lesiones causadas a la mujer están en relación directa con la vulnerabilidad de la víctima y al predominio físico o de cualquier otra índole que ejerce el agente delictivo, especialmente por su condición de varón. Asimismo, las agresiones se producen a consecuencia de la situación o relación

preexistente entre el sujeto activo y la mujer, lo que determina un acercamiento o un contacto con la víctima, circunstancia que es aprovechada por el victimario para concretar su reprobable acción. En efecto, esta situación de vulnerabilidad es reconocida por la propia ley de violencia familiar (Ley N° 30364) la misma que haciendo referencia a la violencia contra la mujer: *"Reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres".*

C. Supuestos en los que pueden causarse las lesiones conforme al artículo 208°-B del Código Penal

a) Supuestos básicos de feminicidio

a).1. Violencia familiar

En este primer caso, de violencia familiar, en general se puede comprender a cualquier acción u omisión realizada en el seno de la familia, la misma que ocasiona daños físicos o psíquicos o incluso puede consistir en amenazas en contra a la parte más débil de la relación familiar; y claro, las lesiones típicas debe causarse en este marco de violencia familiar. Es decir, con anterioridad a las lesiones graves consideradas en este artículo deben existir maltratos o actos de violencia.

Tal como se ha señalado para el caso del feminicidio, para encuadrar mejor el contexto de violencia en que se produce este tipo de lesiones, debe considerarse lo dispuesto por la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Ley N° 30364, la misma que en su artículo 5° define a la violencia familiar en general y específicamente la violencia contra las mujeres, como *"...cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado. (...).* Y agrega: *"Se entiende por violencia contra las mujeres: a) La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el*

mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, maltrato físico o psicológico y abuso sexual. (...). Asimismo, agrega en su artículo 7°: *"Son sujetos de protección de la Ley: Las mujeres durante todo su ciclo de vida: niña, adolescente, joven, adulta y adulta mayor*[1374].

Más aún el artículo 8° de la Ley 30364, modificado por el D. Leg. N° 1323, del 6 de enero del 2017, establece los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, precisando que estos son:

*"a) **Violencia física.** Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.*

*b) **Violencia psicológica.** Es la acción u omisión, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.*

*c) **Violencia sexual.** Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.*

*d) **Violencia económica o patrimonial.** Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de:*

[1374] La norma sobre violencia familiar hace referencia a los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar: a) Violencia física; b) Violencia psicológica y c) Violencia sexual.

1. *La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes.*
2. *La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales.*
3. *La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias.*
4. *La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo."*

La presencia de cualquiera de estos tipos de violencia determinará el contexto típico en que se producen las lesiones para configurar este supuesto agravado de lesiones.

Si bien la violencia familiar se puede llevar a cabo no solo por hombres sobre mujeres sino también por mujeres sobre mujeres e incluso contra hombres, en el presente caso, (primer supuesto considerado por el artículo 108°-B del CP, relativo del delito de feminicidio), consideramos que las lesiones solo deben haber sido ocasionadas por un agente de género masculino; tal como lo hemos explicado al desarrollar el delito de feminicidio.

a).2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual

Otro de los supuestos considerados en el artículo 108°-B del CP, al cual nos remite el artículo bajo comentario (121°-B del CP) es el caso en que el agente de las lesiones previamente a estas emplea cualquier tipo de *coacción* contra la mujer, esto es, ejerce contra ella diversas acciones violatorias de su libertad personal, obligándola a realizar algo que no quiere hacer o impidiéndole realizar una acción conforme a su voluntad y que no está prohibida por la ley. En este caso, la coacción que significa un delito contra la libertad personal se ve consumida por las lesiones graves en virtud al principio de consunción (concurso aparente de leyes).

Por *hostigamiento o acoso sexual* debemos entender las diversas formas de presión o insinuación de contenido sexual que el agente realiza en contra de la víctima previamente a la agresión causante de las lesiones graves. Este acoso deberá realizar el agente valiéndose de la circunstancia favorable o de dominio que la especial situación de vulnerabilidad de la víctima genera en la relación entre el sujeto activo y la víctima. Esta situación de vulnerabilidad propicia que la víctima se vea compelida a admitir o tolerar presiones o situaciones ascendentes de la voluntad criminal del sujeto, el que finalmente desencadena la agresión lesiva. Las presiones o insinuaciones deben manifestarse en actos concretos como invitaciones reiteradas y rechazadas, tocamientos, acercamientos corporales, llamados de atención innecesarios, galanteos reiterados y en general cualquier acción que evidencie el abuso de la posición de predominio del agente sobre la víctima.

a).3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que confiera autoridad al agente

Esta situación prevista en el artículo 208°-B del CP, está referida al supuesto en que el agente posee alguna posición concreta de predominio sobre la víctima, originada en la existencia de cualquier tipo de subordinación en la relación entre hombre y mujer. Esta situación normalmente lleva a la víctima a depositar confianza en su agresor, y este en lugar de responder lealmente a dicha confianza, la defrauda y acomete contra la víctima causándole las lesiones graves en cuestión, precisamente aprovechando dicha confianza. Puede tratarse de una relación que le otorga autoridad al agente, como una situación laboral, de dependencia económica o de cualquier otra índole. Lo importante es que el agente se sirve de esta posición de dominio o predominio para agredir a la víctima.

a).4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente

Este caso está referido al supuesto en que el agente realiza acciones discriminatorias contra la mujer, referidas a su condición de tal.

En realidad este es un criterio general aplicable para la apreciación de este delito, pero en este supuesto se hace referencia expresamente al predominio discriminatorio.

La agresión y lesiones causadas a la mujer deben producirse en un contexto en que está siendo discriminada por su condición de mujer, y ante la reacción de esta frente al agravio, el agente realiza la conducta lesiva; tal sería el caso en que se le impide ingresar a un recinto, participar en un evento o realizar un reclamo y ante la insistencia o la reacción física de la mujer el sujeto activo arremete contra ella causándole lesiones graves.

Como especifica la norma, en este caso no se requiere que haya existido una relación conyugal o de convivencia, así como tampoco de familiaridad, pero sí es necesario que se haya establecido, por lo menos momentáneamente, una relación hombre-mujer en la cual el hombre se considera predominante y valiéndose de dicho predominio realiza la agresión lesiva.

b) Supuestos agravados previstos por el artículo 108°-B del CP

El artículo bajo comentario (121°-B del CP) precisa que este tipo se configura cuando la víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos *en el primer párrafo* del artículo 108°-B (supuestos de feminicidio), lo que, aparentemente, llevaría a considerar como típicos solo los supuestos básicos de feminicidio comprendidos en el primer párrafo del artículo referido (108°-B) y a dejar de lado los supuestos agravados comprendidos en el segundo párrafo de este artículo, los mismos que con mayor razón exigen una respuesta severa (agravada) de parte del sistema penal; con lo que, aparentemente, estaríamos frente a un contrasentido; sin embargo, interpretando debidamente esta norma en concordancia con al artículo 121°-B, de puede superar esta inconveniencia.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 108°-B del CP prevé diversos supuestos agravados sancionados con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años (en el caso de feminicidio). Estos

supuestos agravados son: 1) Si la víctima era menor de edad o adulta mayor; 2) Si la víctima se encontraba en estado de gestación; 3) Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente; 4) Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación; 5) Si al momento de cometerse el delito, la víctima padecía de cualquier tipo de discapacidad; 6) Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas; 7) Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108° del CP (asesinato); y finalmente, 8) Cuando concurra más de una de estas circunstancias. Obviamente estos supuestos son especialmente agravados y exigen una respuesta penal severa por lo que no pueden quedar fuera de la agravante prevista en este tipo penal. Por ello mismo, interpretando debidamente el numeral 1) del artículo 121°-B concordante con el artículo 208°-B del CP, se aprecia que el *párrafo segundo* de este último artículo solo se refiere a circunstancias agravadas de los supuestos comprendidos en el *primer párrafo*, lo que significa que al referirse en el numeral primero del artículo 121°-B al primer párrafo del artículo 108°-B, necesariamente comprende al primero y segundo párrafos; pues, este último no es más que la determinación de las circunstancias agravantes del primero. En tal sentido, resultan de aplicación para la determinación de la agravante bajo comentario ambos párrafos del artículo 108°-B del CP, referidos al delito de feminicidio.

Respecto a estas agravantes (segundo párrafo del artículo 108°-B), ya las hemos tratado con cierta amplitud al ocuparnos del feminicidio, por lo que en todo caso, nos remitimos a los criterios desarrollados en dicho acápite.

D. Elementos subjetivos

Todos estos supuestos configuran tipos eminentemente dolosos que agotan los elementos subjetivos únicamente con el dolo; pues, no admite algún otro elemento subjetivo distinto del dolo. Como en todos los casos el dolo del agente deberá abarcar todos los elementos objetivos del tipo, especialmente en los casos en que la agravante está referida a la condición de mujer de la víctima, así como el agente debe

conocer el contexto en el cual se concreta la muerte, esto es, debe ser consciente que se vale de la especial situación que le da predominio en la relación hombre-mujer, al encontrarse la víctima en alguna situación de subordinación o minusvalía respecto del hombre; sea por la circunstancia especial o por la propia condición de mujer de la víctima, lo cual por lo menos le concede una prevalencia física o psicológica al sujeto activo. En el caso de la agravante por la condición de mujer, no será posible el dolo eventual, precisamente porque el agente conoce la situación de vulnerabilidad de la víctima y se vale precisamente de ello.

Asimismo, en los demás supuestos que el agente se vale de alguna situación o condición especial de la víctima y se vale de ello para cometer las lesiones, no será posible el dolo eventual.

E. Concurso aparente de normas penales

Ahora bien, es posible encontrarnos ante casos de concurso aparente de normas penales, como los que se presentan entre el primer párrafo del art. 121°-A del CP, referido a la agravante cuando la *víctima sufre de discapacidad física o mental*, norma que sanciona el hecho con pena privativa de libertad no menor de *seis ni mayor de doce años*, y los supuestos previstos en el numeral 1) del art. 121°-B, referido a las lesiones causadas a la mujer por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108°-B, dentro del cual también se considera, en el numeral 5) del segundo párrafo (supuesto agravado), al caso en que se causa lesiones a una persona que padece de cualquier tipo de discapacidad.

Como puede verse, un mismo caso puede tipificarse en ambos tipos penales, por lo que estamos ante un concurso de normas penales. Este concurso se resuelve aplicando el *principio de especialidad* a favor de la última norma -art. 121°-B, numeral 1), concordante con el artículo 108°-B, numeral 5)-; pues, esta norma abarca con mayor exhaustividad al hecho, puesto que considera la condición de discapacitada así como la condición de mujer de la víctima y el hecho que

las lesiones se hayan causado, precisamente, por la condición de mujer de la víctima; y claro, al ser este un supuesto considerado más grave (agravante de segundo nivel) también la pena a imponerse deberá estar dentro del extremo máximo de la pena. En este caso, esta última es la norma específica o especial que desplaza a la general.

Sin embargo, el artículo 121°-A del CP resultará aplicable en todos los demás casos en que estemos frente a una víctima discapacitada pero no ante una mujer cuyas lesiones se causan, precisamente, por la condición de mujer de la víctima.

Otro supuesto de concurso aparente de normas lo tenemos en el caso de la agravante prevista en el numeral 3) del art. 121°-B, referido al caso en que la *víctima depende o está subordinado al agente* de las lesiones, frente a los supuestos previstos en el numeral 1) del mismo artículo (121°-B), referido a las lesiones causadas a la mujer por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, dentro del cual también se considera en el numeral 3) del primer párrafo, el caso en que las lesiones se producen cuando el agente *abusa de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;* asimismo, con el numeral 3) del segundo párrafo (supuesto agravado), que establece la agravante cuando *la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad* del agente. Como puede verse estas normas pueden entrar e concurso aparente puesto que si la víctima se encuentra bajo cuidado o responsabilidad del agente, también podemos decir que depende o está subordinado al mismo o que el agente ostenta una posición o relación que le confiera autoridad.

En estos casos, al igual que en el caso anterior, estamos ante un concurso aparente de leyes que se resuelve con el principio de especialidad a favor del art. 121°-B, numeral 1), concordante con el artículo 108°-B; pero no con el numeral 3) del primer párrafo sino con el numeral 3) del segundo párrafo, consecuentemente se graduará la pena en el extremo mayor. Asimismo, en los casos en que no se trate de lesiones causadas a una mujer por su condición de tal, será de

aplicación el numeral 3) del art. 121°-B, referido al supuesto en que la *víctima depende o está subordinado al agente.* Y tratándose del concurso entre el supuesto previsto en el primer párrafo (supuesto básico) y el segundo párrafo (supuesto agravado) del artículo 108°-B, al que nos remite el numeral 1) del artículo 121°-B el CP, estaremos a lo que disponga el segundo Párrafo (supuesto agravado) del artículo 108°-B.

3.2.2. LA VÍCTIMA SE ENCUENTRA EN ESTADO DE GESTACIÓN (Numeral 2)

Esta agravante ha sido introducida por el D. Leg. N° 1323, sin embargo, constituye una repetición de la agravante ya contenida en el numeral anterior, puesto que el artículo 108°-B del CP, referido al fiminicidio, ya considera como una circunstancia agravada al hecho que la víctima se encuentre en estado de gestación, tal como ya lo describimos antes. Entonces esta repetición no tendría sentido, evidenciando una vez más el nivel de confusión del legislador (Poder Ejecutivo) al reiterar esta agravante. Únicamente tendría sentido, y así habrá que interpretar esta agravante, si las lesiones se producen a una mejer gestante, pero no se realizan los hechos en el marco en que La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, pero ello resulta altamente difícil si se tiene en cuenta que estamos en el marco las lesiones por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar.

Dicho esto, conviene precisar sin embargo, que la mujer en *estado de gestación, es la mujer embarazada o en estado de gravidez.* Naturalmente, una mujer en estas condiciones requiere de atenciones adecuadas y la evitación de situaciones riesgosas a efectos de garantizar la salud de la gestante y del concebido, por lo que es de considerar el estado de la víctima y su especial vulnerabilidad a efectos de agravar la conducta del agente.

Sin embargo, para la configuración de la agravante no se requiere que se haya afectado la salud del concebido; tampoco resulta relevante

el tiempo de embarazo de la víctima o su estado de salud durante la gestación; no obstante, el avanzado estado de gravidez tendrá incidencia en la determinación de la pena, al reflejar una ausencia de conmiseración o la alta indolencia de parte del agente. Lo que sí resulta relevante es el hecho que el estado de embarazo debe ser evidente, de tal forma que le sea conocido al agente esta situación, de lo contrario, nos encontraremos ante un error de tipo y el sujeto no responderá por esta agravante.

3.2.3. LA VÍCTIMA ES PADRASTRO, MADRASTRA, ASECENDIENTE O DESCENDIENTE POR CONSANGUINIDAD O POR ADOPCIÓN, PARIENTE CONSANGUÍNEO O POR ADOPCIÓN HASTA EL CUARTO GRADO, PARIENTE POR AFINIDAD HASTA EL SEGUNDO GRADO, HABITAN EN EL MISMO HOGAR, CÓNYUGE O CONVIVIENTE DEL AGENTE (Numeral 3)

A. Fundamento de la agravación

Se considera como fundamento de esta agravante la especial relación existente entre el agente y la víctima, la misma que normalmente genera un deber de garante recíproco de sus respectivos bienes jurídicos entre el agresor y la víctima. En tal sentido, estamos ante una mayor intensidad y contenido del injusto (un mayor desvalor de la acción y del resultado), pues, nos encontramos frente a instituciones positivas de la sociedad como es la relación de familiaridad o parentesco entre ascendientes y descendiente, o ante una relación dentro del matrimonio y del concubinato o convivencia, de las cuales surgen una serie de deberes especiales que se dirige a un obligado especial, no solo para que "no dañe" al otro, sino para que fomente, preserve, garantice y mantenga seguros los bienes jurídicos que se encuentran dentro de la esfera jurídica de la persona con quien se mantiene este vínculo especial. No es que el Derecho Penal valore de modo diferente la salud de las personas, sino que desvalora con mayor intensidad las lesiones causadas a un pariente, ya que con este hecho también se infringen deberes especialmente valorados por la sociedad y el ordenamiento jurídico.

Asimismo, también se tiene en cuenta que en estos casos estamos frente a un mayor grado de culpabilidad[1375]; a la vez que se asume que en este tipo de lesiones se infringen deberes especiales de protección y solidaridad surgidos en una situación de acercamiento entre el agente y la víctima, lo que genera un estado de confianza entre ambos, que hace que la víctima quede en una situación de especial vulnerabilidad respecto de su agresor o agresora; pues, cualquier mecanismo de autoprotección o de defensa de la víctima se relaja respecto a dicho agresor al generarse la situación de confianza; y esta situación de indefensión es aprovechada por el agresor para acometer contra su víctima y causarle las lesiones en cuestión, evidenciando cierta dosis de alevosía en su actuación[1376].

B. Conducta típica

La conducta típica consiste en causar un daño grave a la salud física o mental de las personas especialmente vinculadas al agente agresor, defraudando deberes especiales de solidaridad y cuidado recíproco. Las ideas centrales sobre el daño al bien jurídico "salud individual", ya fue desarrollado *ut supra.*

C. Sujetos

Los sujetos activo y pasivo de este delito son sujetos especiales, similares al caso del delito de parricidio; pero adicionalmente el D.

[1375] Aun cuando en contra se dice que los vínculos parentales no siempre engendran una comunidad de afectos y sentimientos que todos debieran respetar, o que impongan un deber especial de respeto de la salud e integridad de los parientes; más aún se dice que en muchos casos se generan en la familia tensiones profundas entre sus componentes, derivadas de situaciones como la brutalidad física y sexual del marido sobre la mujer y los hijos, los malos tratos, los celos, cuestiones hereditarias, etc. CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 273.

[1376] Al respecto el Código Penal español, considera en el numeral 2° de su artículo 148°, como un supuesto agravado las s lesiones causadas con ensañamiento o *alevosía.*

consanguinidad". Entonces, el cónyuge es pariente por afinidad en primer grado, con sus suegros, mas no con su cónyuge.

Peor aún, en una evidencia de la desinformación del legislador (Poder Ejecutivo) sobre materias de Derecho de familia, en el numeral 3 del artículo 121°-B modificado por el Decreto Legislativo en cuestión, se dice que la agravante se presenta cuando la *víctima es ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o* ***por afinidad;*** y como se sabe, no existe tal ascendencia o descendencia por afinidad.

No obstante, a continuación vamos a desarrollar cada uno de estos sujetos pasivos o víctimas considerados en la norma modificada.

a) Padrastro o madrastra

La determinación o definición de este sujeto pasivo del delito no presenta mayor dificultad para su constatación; pues, en estos casos los sujetos lesionados son el esposo o la esposa de la madre o del padre del agente de las lesiones. Puede discutirse si se comprende o no dentro de esta agravante al conviviente o a la conviviente de la madre o padre del sujeto activo del delito; sin embargo, estando a que lo que se pretende prevenir son las lesiones en el seno familiar, también se considera al conviviente o a la conviviente dentro de los conceptos de padrastro y madrastra respectivamente.

Otro punto de discusión es el relativo al caso en que el padre o la madre del agente de las lesiones a fallecido y el agente ocasiona lesiones al esposo o esposa supérstite. Al respecto, estando a que el fallecimiento no quita la calidad de esposo o esposa, estos aún seguirán siendo padrastro o madrastra del agente, en tal sentido, en estos casos, de todos modos estaremos frente a la agravante; pues, la calidad de esposo o esposa es una condición jurídica y no simplemente fáctica. Distinto es el caso de los convivientes, que solo mantienen una relación de hecho, por lo que al morir el padre o la madre del agente del delito, dicha situación de hecho desaparece, por lo que tampoco podrá reconocerse la existencia de una relación convivencial; consecuentemente, tampoco podrá verificarse la existencia de la agravante en cuestión.

b) Ascendientes y descendientes por consanguinidad

En este caso, los sujetos activo y pasivo protagonistas de este delito, están determinados en función del parentesco consanguíneo que en *línea recta* existe entre ambos; es decir, se comprende a hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, así como a padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., no interesando que los descendientes hayan sido procreados dentro del matrimonio o fuera de este, ni que hayan sido o no reconocidos; sin embargo, se excluyen de esta agravante a los parientes consanguíneos colaterales como los hermanos, tíos, sobrinos, así como a los parientes por afinidad (cuñados, suegros, etc.).

Este elemento del tipo penal constituye un elemento descriptivo ya que se refiere a una situación de hecho natural, por lo tanto no da mérito a una circunstancia prejudicial o a la necesidad de inexistencia de una resolución del fuero civil que declare, por ejemplo, la paternidad del agresor; pues, el Juez Penal es autónomo para determinar, por los medios científicos que crea adecuados, la relación de parentesco consanguíneo, sin sujeción a las limitaciones que se encuentran en la legislación civil. Es decir, esta cuestión, en ciertos casos puede ser completamente independiente a lo declarado por el Juez Civil; así por ejemplo, si se declara de manera automática la paternidad del agresor al no haberse opuesto dentro del término legal al requerimiento de quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad -conforme se dispone en el art. 1° de la Ley N° 28457-, esta declaración, en ciertos casos no vincula al Juez Penal, quien puede utilizar los medios científicos que estime convenientes para determinar de modo real el vínculo consanguíneo existente entre el agresor y su víctima.

Por consiguiente, si se llega a establecer que la víctima no era hijo del homicida, pese a que este actuó en la creencia de haber dado muerte a su hijo por haber sido engañado, estaremos frente a una agravante imposible, lo cual obviamente, configurará simplemente las lesiones graves previstas en el artículo 121° del CP.

Leg. N° 1323, ha incorporado a sujetos pasivos como padrastro; madrastra; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; así como también a personas que habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales. A diferencia de la norma anterior que solo consideraba, con mayor precisión a ascendiente o descendientes natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente.

Lamentablemente, el Decreto Legislativo, tal como ya lo señalamos antes, ha excluido de la agravante al cónyuge y al conviviente, lo cual nos parece un error evidente; pues, estas son las mayores y habituales víctimas de estos delitos, y sin embargo, se las ha excluido del tipo agravado[1377].

[1377] Cuando la ley modificada (derogada) se refería a *cónyuge,* hacía referencia a un elemento normativo del tipo. Cabe precisar que conforme a nuestra legislación civil solo la declaración de nulidad del matrimonio y el divorcio excluyen la relación parental conyugal, mientras que la separación de cuerpos, ya sea de hecho o judicial no excluye dicha relación, pues dejan subsistente el vínculo matrimonial.

Es necesario precisar que en el caso de los cónyuges que han contraído matrimonio en el extranjero, lo único que debe tenerse en cuenta es que la forma del matrimonio, a los efectos de establecer la calidad de cónyuge, de acuerdo al artículo 2076° del Código Civil, se rige por la ley del lugar de su celebración. De esta manera, si en el país donde se contrajo matrimonio, el matrimonio religioso tiene plenos efectos jurídicos, no hay inconveniente para calificar esta agravante cuando alguno de los cónyuges causa una lesión grave al otro.

En el mismo sentido, consideramos que en nuestro medio, si bien solo tiene efectos jurídico-civiles al matrimonio civil, dejando de lado al matrimonio religioso, consideramos que este también debe ser considerado para la configuración de la agravación bajo estudio. En efecto, el fundamento de la agravante es la consecuencia que causa el matrimonio, esto es, la convivencia, la confianza y solidaridad de los cónyuges que surge del matrimonio, lo cual lleva al surgimiento de deberes de garante a cargo de cada uno de los cónyuges respecto de los bienes jurídicos del otro; y es precisamente el hecho de infringir este deber lo que justifica la agravación. Y claro, esta situación conyugal se puede producir no solo con el matrimonio civil sino también con el religioso; inclusive en algunos casos este tipo de matrimonio puede implicar para los cónyuges un vínculo más sólido e indisoluble que el propio

Creemos que el error devendría del hecho que muchas personas, equivocadamente, consideran que los cónyuges son parientes afines (en primer grado), cuando en realidad no lo son, pues son simplemente cónyuges. En efecto, el artículo 237° del Código Civil, establece que: *"El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por*

---

matrimonio civil. Consecuentemente, para efectos de la configuración de esta agravante, debe considerarse también el matrimonio religioso, siempre y cuando haya quedado registrado y pueda ser acreditable su existencia para efectos legales; tanto más, si la simple convivencia o concubinato es considerada suficiente para configurar la agravante en cuestión, con mayor razón la convivencia generada por un matrimonio religioso es razón suficiente para tal fin.

En cuanto al *concubino o conviviente* nuestro Código Penal no abarca cualquier unión de hecho, sino solo aquella que por su naturaleza y sus fines, pueda sustentar al menos ciertos deberes positivos entre un hombre y una mujer, como es el caso del concubinato, que goza de reconocimiento constitucional (Art. 5° de la Constitución Política).

Al igual que en el supuesto anterior se trataba de un elemento normativo, por lo cual se debía recurrir a la norma civil (Art. 326° del Código Civil), donde se establecen los requisitos necesarios para la existencia del concubinato; esto es, debe existir una unión voluntaria entre varón y mujer, cuya duración sea de por lo menos dos años. Por consiguiente, se descartaba del ámbito de esta agravante aquellas uniones de hecho iniciadas con violencia o intimidación, o en las que no ha existido una manifestación de voluntad válida de parte de alguno de los concubinos. Asimismo, se exigía que no exista impedimento matrimonial; esto es, que no estemos ante ninguna de las causales establecidas en el artículo 241° y 243° del Código Civil. Igualmente, se exigía que con la unión de hecho se pretenda alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes al matrimonio. Por tal razón, no configura esta agravante las lesiones graves causadas al amante o a la "querida", ni aquellas situaciones en las que la pareja únicamente mantiene relaciones sexuales esporádicas o regulares; lo cual obviamente, no impide que se configure el delito de lesiones graves previsto en el artículo 121° del CP.

Asimismo, se debe puntualizar que, si bien la continuidad de la relación convivencial puede aceptar ciertos períodos de intermitencia, lo que interesa es que haya durado por lo menos dos años continuos, y que las lesiones a uno de los concubinos se hayan producido, precisamente, dentro de la actualidad de dicha relación convivencial.

c) Ascendiente o descendiente por adopción

Se trata de un elemento normativo del tipo; pues requiere de un juicio de valor referido a la norma que nos indica cuándo estamos ante tal situación, y a diferencia del supuesto anterior, el Juez Penal no es autónomo ni independiente respecto a la existencia o validez del vínculo adoptivo, estando supeditado a lo que pueda resolverse en la vía civil o lo que ya se haya resuelto por alguna otra autoridad. En efecto, en la vía penal no se puede discutir la validez de la adopción, esta existe y sigue vigente mientras no se declare su invalidez en la vía civil; sin embargo, la determinación de la validez o invalidez de la adopción no constituye una cuestión prejudicial, ya que no se trata de establecer el carácter delictuoso del hecho que se imputa (lesiones, que queda claro que en todos los casos constituye delito), aunque debe reconocerse sus efectos de cara a establecer la correcta tipificación del hecho que se imputa[1378].

Por último, cabe precisar que aquel que causa lesiones graves a su hijo consanguíneo, o viceversa, después de haberse producido la adopción, no incurre en la presente agravante sino solo en el tipo básico de lesiones previsto en al artículo 121° del CP, ya que de conformidad con el art. 377° del Código Civil y 115° del Código de los Niños y Adolescentes, el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea.

d) Pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad

Estos son los casos en que los agraviados son los hermanos, tíos, sobrinos o primos hermanos, sea pro consanguinidad o por adopción. Asimismo, parientes por afinidad como los suegros, los yernos o nueras y los cuñados. No interesa si viven o no juntos. En este último caso de parientes por afinidad, el matrimonio debe estar vigente, porque

[1378] Al respecto ver desarrollo más detallado en el capítulo correspondiente al parricidio.

si se hubiera anulado o hubiese operado el divorcio, tal parentesco se extingue. Asimismo, una relación estable de más de dos años y sin impedimento matrimonial, también genera parentesco por afinidad, al igual que el matrimonio, por lo que también en estos casos, de producirse las lesiones graves, también estaremos frente a la agravante materia de análisis.

e) Personas que habitan en el mismo hogar

En esta agravante se comprende a cualquier persona que viva en el mismo hogar que el agresor o sujeto activo del delito, siempre que no medie una relación contractual o laboral, esto es, que no viva en condición de inquilino o arrendatario o que no labore en dicho lugar, como por ejemplo en condición de empleada del hogar; o como trabajador en general, cuando en el mismo domicilio funciona un negocio y el sujeto activo o pasivo labora en dicho negocio.

Este numeral 3, también comprende en su texto a los casos de violencia que se dan en cualquiera de los contextos de los numeral 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B. Sin embargo, puede apreciarse que este mismo contenido ya está comprendido en el numeral 1) de este mismo artículo, por lo que esta agravante no resulta aplicable, y a la vez se evidencia, una vez más, el nivel de improvisación del legislador y su falta de cuidada al determinar el contenido de los tipos penales establecidos en la nueva norma (D. Leg. N° 1323).

3.2.4. LA VÍCTIMA MANTIENE CUALQUIER TIPO DE RELACIÓN DE DEPENDENCIA O SUBORDINACIÓN SEA DE AUTORIDAD, ECONÓMICA, LABORAL O CONTRACTUAL Y EL AGENTE SE HUBIERA APROVECHADO DE ESTA SITUACIÓN (Numeral 4)

La norma anterior señalaba en general que la agravante se presentaba cuando la víctima dependía o estaba subordinada al agente de las lesiones; con la modificación establecida por el D. Leg. N° 1323, se ha especificado el tipo de relación de dependencia o subordinación de la víctima respecto de su agresor, precisándose que esta debe

ser de *autoridad, económica, laboral o contractual.* Con esto se deja fuera del alcance de la agravante los casos en que la dependencia o subordinación era de naturaleza familiar, política, académica (es su profesor o director), religiosa, deportiva, de amistad o de cualquier otra índole, que no sea las consideradas expresamente en el tipo penal. Esta relación de dependencia o subordinación de la víctima respecto de su agresor la coloca en una situación de vulnerabilidad respecto a este.

Este supuesto es similar al previsto por el numeral 3) del artículo 108°-B –supuesto básico- referido a los casos de ejercicio de poder o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente, en los que, obviamente, se desarrolla una relación de subordinación de la víctima respecto a su agresor o de predominio de este último con relación a la primera.

Asimismo, esta agravante también presenta similitudes con lo dispuesto por el numeral 3) del segundo párrafo del artículo 108°-B del CP (supuesto agravado) referido a los casos en que la *víctima se encuentra bajo cuidado o responsabilidad del agente*, pues, esta es la principal forma en que se genera la dependencia o subordinación. Y claro, uno de los casos más comunes e importantes en que la víctima se encuentra bajo el cuidado y responsabilidad del agente, y por ende hay dependencia y subordinación, se presenta en los casos en que el agresor es el padre del menor agraviado o el tutor o curador de la víctima.

En estos supuestos se presentan casos de concurso aparente de normas para determinar cuál de estas normas mencionadas se aplica al caso concreto. Este problema interpretativo se resolverá en cada caso aplicando el *principio de especialidad* a través del cual se aplica la norma que comprende y desarrolla más exhaustivamente el caso y se descarta la que lo considera solo de modo general; o en todo caso, se considerará la pluralidad de causales de agravación y se elevará la pena al extremo superior del tipo penal agravado. Así por ejemplo, en el caso en que el lesionado gravemente sea un

menor de edad, que obviamente es menor y dependiente, se aplicarán la agravante de minoría de edad y la de la dependencia, para incrementar la pena.

3.2.5. SE UTILIZA CUALQUIER TIPO DE ARMA, OBJETO CONTUNDENTE O INSTRUMENTO QUE PONGA EN RIESGO LA VIDA DE LA VÍCTIMA (Numeral 5)

Esta agravante así como la subsiguiente, no está referida a la condición de la víctima o la relación de la víctima con el agresor, sino a la forma como se comete las lesiones. Este punto ya se desarrolló con cierto detalle al tratar la agravante prevista en el numeral 3) del segundo párrafo (agravante de primer nivel) del artículo 121°, por lo que en todo caso, nos remitimos a los criterios tratados en dicho punto; pues se trata de una repetición innecesaria que revela el descuido del legislador.

3.2.6. EL DELITO SE HUBIERA REALIZADO CON ENSAÑAMIENTO O ALEVOSÍA (Numeral 6)

Esta agravante al igual que la anterior se refiere a la particular forma de realización del delito y también ha sido tratada con anterioridad, en el numeral 4) del segundo párrafo del artículo 121°, por lo que nos remitimos a dicho desarrollo.

3.2.7. AFECTACIÓN PSICOLÓGICA CAUSADA A LOS HIJOS, HIJAS, NIÑAS, NIÑOS O ADOLESCENTES BAJO EL CUIDADO DE LA VÍCTIMA DE FEMINICIDIO, DE LESIONES EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR O DE VIOLACIÓN SEXUAL (Numeral 7)

Tal como se ha desarrollado al tratar el numeral 4 del primer párrafo del artículo 121° y se reitera al tratar el artículo 124°-B, modificado por el D. Leg. N° 1323, de reciente data, el daño psíquico comprende diversos menoscabos causados a la salud mental (psicológica, cognitiva, conductual, etc.), entre los cuales destacan las lesiones psicológicas, las secuelas emocionales, las afectaciones psicológicas, entre otras.

En este caso, la presente agravante considera a las afectaciones psicológicas a las que se hace referencia en el numeral 4 del primer párrafo del artículo 121° (también modificado por el D. Leg. N° 1323) que se causan a los hijos, hijas, niñas, niños o adolescentes que se encuentran bajo el cuidado de la víctima de los delitos de feminicidio, de lesiones en contextos de violencia familiar o de violación sexual.

Esto es, se comprende a las afectaciones psicológicas causadas a los hijos, hijas, niñas, niños o adolescentes bajo el cuidado de la víctima de los delitos de los delitos antes indicados cometidos en agravio de la madre o de cualquier otra mujer que esté al cuidado de los referidos menores; aunque no se descarta que estos delitos puedan ser cometidos en agravio de algún hombre que esté al cuidado de dichos menores, como su padre, abuelo, hermano, padrino, tío, primo o cualquier otra persona de sexo masculino.

Como puede verse, en esta agravante los sujetos pasivos pueden ser menores de edad (niños, niñas adolescentes); pero como la norma también se refiere, en general, a hijos o hijas que mantiene bajo su cuidado la víctima de los delitos indicados, también puede tratarse de hijos mayores de edad con discapacidad que no pueden valerse por sí mismos y que por ello permanecen bajo el cuidado de una persona mayor, que en este caso, es la víctima de violación sexual, lesiones en contexto de violencia familiar y feminicidio.

Asimismo, si se tratase de un delito de feminicidio, la persona que mantiene a los menores o discapacitados y que es víctima del delito, solo puede ser una mujer, tal como lo hemos desarrollado en la parte pertinente de este trabajo; igualmente, si se trata de una violación sexual, la víctima ordinariamente será una mujer, al igual que si se trata del delito de lesiones en un contexto de violencia familiar. Esta mujer puede ser la madre, si se trata de hijos o hijas, u otras mujeres, si se trata de otros niños, niñas o adolescentes; en este último caso, puede tratarse de la hermana, abuela, prima, tía, cuñada o cualquier otra mujer que esté a cargo del cuidado de los menores o incapaces. No obstante, si se tratase de los delitos de violación sexual

o de lesiones en el contexto de violencia familiar, también la víctima de los delitos referidos puede ser cualquier hombre que está a cargo de los menores o incapaces.

De otro lado, en este caso debemos entender por *afectaciones psicológicas* a las lesiones, secuelas emocionales, o menoscabos psíquicos (cognitivos, conductuales o psicológicos en general) causados a la salud mental de los menores o discapacitados, como consecuencia de que el agente de los delitos de feminicidio, lesiones en contexto de violencia familiar o violación sexual en agravio de las personas antes indicadas (especialmente mujeres y excepcionalmente hombres) *obliga* a los menores o discapacitados a presenciar la secuela criminal perpetrada en agravio de sus seres queridos; o también cuando sin obligarlos a presenciar *no evita que estos presencien* pudiendo hacerlo.

Obviamente, el impacto psicológico en estos casos es devastador contra los menores y discapacitados a quienes se les hace presenciar estos crímenes y aberraciones, y claro, normalmente la secuela emocional negativa generada será un daño psíquico de nivel muy grave o grave; lo cual califica como lesiones graves, conforme al numeral 4 del artículo 121° del Código Penal.

También es necesario tener en cuenta, tal como lo desarrollamos con más detalle al tratar los daños psíquicos previstos en el artículo 124°-B, que se comprende como afectaciones psicológicas a todo menoscabo psíquico en general, dentro de las cuales también se comprende a las *afectaciones cognitivas*, las mismas que significan un menoscabo intelectual, es decir, un detrimento en la capacidad del razonamiento y entendimiento, que lleva a la víctima a un estado de confusión en el que presenta dificultades para entender y para tomar decisiones. Obviamente, esta afectación tendrá efectos perniciosos en la vida de relación, familiar, laboral y social de la persona, lo que puede significar un nivel de daño psíquico muy grave, grave (el efecto también puede ser un daño psíquico moderado o leve, pero en estos caso no configurará el delito de lesiones graves –que es el que estamos analizando- sino delito de lesiones leves o faltas contra la persona).

Igualmente por *afectaciones conductuales* son aquellas que tienen incidencia directa o indirecta en el comportamiento social, familiar, laboral y relacional de la víctima; estas tienen importantes repercusiones en la interrelación con el medio[1379], que se evidencia en conductas observables, como apatía, depresión, ansiedad y en general dificultades para retomar la vida cotidiana; pueden mostrarse también a través de conductas irascibles, agresivas, etc., las que claramente constituyen expresiones de daños psíquicos con honda incidencia en la vida de la víctima.

Así las cosas, queda claro que los sujetos pasivos en estos delitos solo pueden ser menores de edad y discapacitados que son hijos o están bajo el cuidado de las personas señaladas líneas antes, especialmente mujeres y excepcionalmente hombres.

3.2.8. LESIONES GRAVES POR LA CONDICIÓN ESPECIAL DE LA VÍCTIMA SEGUIDAS DE MUERTE

Al igual que para el supuesto básico de este delito previsto en el artículo 121° del CP, cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever ese resultado, estos hechos se sancionan con una pena más severa (no menor de quince ni mayor de veinte años). Al respecto nos remitimos a los criterios desarrollados al analizar la norma referida.

[1379] ALVAREZ, VARELA: *Daño Psíquico.* https://psicologiajuridicaforense.wordpress.com/2011/03/09/dano-psiquico/ (Consulta del 25 de noviembre del 2016).

4. LESIONES LEVES

Art. 122°: "1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, o nivel moderado de daño psíquico, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo precedente y el agente pudo prever ese resultado.

3. La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de acuerdo al artículo 36°, cuando:

a. La víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial, del Ministerio Público o del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular o servidor civil y es lesionada en el ejercicio de sus funciones oficiales o como consecuencia de ellas.

b. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.

c. La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108°-B.

d. La víctima se encontraba en estado de gestación;

e. La víctima es el padrastro; madrastra; ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108°-B.

f. La víctima mantiene cualquier tipo de relación de dependencia o subordinación sea de autoridad, económica, laboral o contractual y el agente se hubiera aprovechado de esta situación.

g. Para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.

h. El delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía.

4. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de catorce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión a que se refiere el párrafo 3 y el agente pudo prever ese resultado."[1380]

Este tipo penal había sido modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el

[1380] Artículo modificado por el D. Leg. N° 1323, del 6 de enero del 2017. Con anterioridad ya había sido modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23 noviembre 2015.

23 noviembre 2015; a la fecha nuevamente ha sido modificado por el D. Leg. N° 1323, del 6 de enero del 2017, habiéndose establecido una nueva estructura del delito de lesiones leves, a la vez que se ha mantenido la agravación significativa de la pena establecida por la norma anterior. Se sanciona este tipo de delitos con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, habiéndose eliminado la pena de multa. Asimismo se ha establecido ocho circunstancias agravantes sancionadas con pena no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de libertad; además de los dos supuestos de lesiones seguidas de muerte previstas para el tipo básico y para los agravados.

En realidad, las circunstancias agravadas y los supuestos de lesiones seguidas de muerte constituyen una repetición de las agravantes previstas en el artículo 121° del CP, solo que en este caso, el tipo básico está constituido por las lesiones que requieren de una asistencia médica o descanso entre 11 y 29 días o las lesiones consisten en un daño psíquico moderado; y sobre esta conducta básica se añaden las circunstancias agravadas previstas en la norma.

4.1. TIPO OBJETIVO

4.1.1. SUJETOS

Al igual que en el artículo 121° del CP, el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, excepto en los supuestos agravados previstos en el numeral 3) en los que en que pueden las diversas víctimas consideradas en cada agravante de modo específico.

4.1.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Muchos han sostenido que este tipo penal constituye el tipo base de los delitos de lesiones que conforman este Capítulo. Sin embargo, tal como ya lo hemos referido al tratar el artículo 121°, realmente no lo es; puesto que no comprende a todos los supuestos configurativos

del delito de lesiones. Esto queda más claramente determinado, con la modificación introducida por el D. Leg. N° 1323, que incorpora el artículo 122°-B al Código Penal, creando así un tipo penal autónomo del artículo 122° tanto en su estructura típica así como en la sanción prevista.

La conducta típica de este artículo (22°) consiste en ocasionar lesiones, daños o menoscabo en la integridad o en la salud (física o mental) de una persona que requieran entre 11 y 29 días de asistencia médica o incapacidad para el trabajo (descanso). O también cuando se causa *daños psíquicos* (lesiones psicológicas o afectaciones psicológicas, cognitivas o conductuales) de nivel moderado; esto es, se trata de lesiones cuantitativamente medibles que no comprenden otro tipo de lesiones que estén fuera de este parámetro cuantificable.

Tal como ya se indicó al analizar el artículo 121° del CP, debemos entender por *asistencia médica, atención facultativa o tratamiento médico,* al sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es curable, consistente en una acción prolongada más allá del primer acto médico que supone una reiteración de cuidados que se continúa por dos o más sesiones hasta la curación total. Pudiendo tratarse de actuaciones médicas especializadas, entendidas como cualquier acto quirúrgico de cirugía mayor o menor que sea necesario para curar en su más amplio sentido. Pero la exigencia de tratamiento debe tener carácter objetivo y no quedar únicamente a criterio del médico; es decir, debe determinarse conforme a los procedimientos curativos convencionales de acuerdo a la evolución de la ciencia médica[1381] y la *lex artis.*

Asimismo, por descanso o incapacidad para el trabajo, debe entenderse al tiempo que, por disposición médica, el sujeto pasivo no puede concurrir a trabajar porque está incapacitado para ello, o porque es necesario el descanso para contribuir a su curación o mejora de salud,

[1381] TAMARIT SUMALLA: *Ob. Cit.* p. 108.

Igual que para el art. 121°, para la determinación del nivel de gravedad de las lesiones (número de días de atención médica o incapacidad para el trabajo) deberá tenerse en cuenta la Resolución de Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-FN, del 8 de setiembre del 2016, a través de la cual se estandariza la metodología, terminología y procedimiento del examen médico legal, a fin de elaborar informes periciales de valoración del daño corporal o psíquico cuantificados acorde con las exigencias de la ley. (Al respecto ver el cuadro de equivalencias contenidas en la Guía de Valoración de Daño Corporal del Ministerio Público, cuyos cuadros se consignan en la parte correspondiente a las lesiones graves).

4.1.3. DAÑO PSÍQUICO

Una novedad introducida en este artículo por la modificación legal, es el hecho de haber incorporado como delito de lesiones leves a los *daños psíquicos de nivel moderado* causados a la salud mental de la persona. Para la determinación del nivel del daño moderado, no se requiere recurrir a la medición cuantitativa de la atención facultativa o de la incapacidad para el trabajo; pues, como se ha señalado, la valoración de la lesión psicológica, conforme lo estipula el art. 124°-A del CP (modificado por el D: Leg. N° 1323), será determinada por el perito psiquiátrico o psicológico, fundamentalmente tomando en cuenta el instrumento técnico oficial especializado; es decir, la Guía de Valoración de Daño Psíquico aprobado por Resolución de Fiscalía de la Nación N° 3962-2016-MP-FN. Esta guía, a la vez, proporciona una definición del daño psíquico, en los siguientes términos:

"El constructo daño psíquico es un concepto tratado de manera limitada en nuestro medio. Su estudio se orienta hacia la medición objetiva de los efectos a mediano y largo plazo de la violencia en la salud mental de las personas, intentando establecer un enlace directo entre la exposición a la violencia y los efectos psicosociales en la población de las víctimas en las diversas instancias de la administración de justicia.

Para el logro de este propósito es necesario contar con instrumentos que coadyuven a la valoración del daño psíquico de una persona que ha sufrido uno o varios acontecimientos violentos producidos por violaciones de sus derechos humanos y que puede expresarse en violencia sexual, violencia física y/o psicológica".

Y concluye señalando: *"Definimos al daño psíquico como la afectación y/o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo*[1382]".

La lesión que cause un *daño psíquico leve*, conforme a lo previsto en el artículo 124°-A concordante con el artículo 441° del CP, constituye falta contra la persona. En este caso es necesario precisar que la agravación que da carácter delictivo (y no solo falta) a las conductas previstas en el artículo 441°, en general no resulta de aplicación en el caso del daño psíquico leve, porque para ello el hecho tiene que revestir especial gravedad, y en el caso de la lesión psíquica o daño psicológico, determinado luego del examen minucioso realizado por los peritos psiquiatras o psicólogos, no se ha advertido ninguna de estas circunstancias agravantes, por el contrario, ha quedado claro que se trata de un daño únicamente leve; de haberse advertido la posibilidad de un daño moderado o grave, se habría determinado que los daños psicológicos causados no son leves, sino de nivel más grave. Más aún, tal como lo hemos desarrollado al comentar el artículo 121°, los supuestos de daño psíquico de nivel leve, en general no constituyen delito sino falta contra la persona. Salvo que se trate de afectaciones psicológicas, cognitivas o conductuales *leves* causadas a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108°-B del Código Penal, esto es, en el contexto en que se comenten los delitos de feminicidio.

[1382] GUÍA: p. 40.

4.2. SUPUESTOS AGRAVADOS

La norma penal prevé ocho supuestos agravados sancionados con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y la inhabilitación correspondiente, en los casos siguientes:

a. La víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial, del Ministerio Público o del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular o servidor civil y es lesionada en el ejercicio de sus funciones oficiales o como consecuencia de ellas. (6-12)

b. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.

c. La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108°-B.

d. La víctima se encontraba en estado de gestación;

e. La víctima es el padrastro; madrastra; ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108°-B.

f. La víctima mantiene cualquier tipo de relación de dependencia o subordinación sea de autoridad, económica, laboral o contractual y el agente se hubiera aprovechado de esta situación.

g. Para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.

h. El delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía.

El análisis de los conceptos y categorías comprendidos en estas agravantes ya los hemos realizado en la parte correspondiente de los artículos 121° y 121°-B del Código Penal, normas que al tratarse de supuestos de lesiones graves agravadas, sancionan con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años; y obviamente, en el presente caso por tratarse de lesiones leves se sanciona con pena menor. En todo caso, nos remitimos a los criterios desarrollados e los referidos artículos 121° y 121°-B.

4.3. LESIONES LEVES SEGUIDAS DE MUERTE

En este caso al igual que para el supuesto anterior nos remitimos al desarrollo realizado al analizar el artículo 121° del CP. La norma derogada había previsto para este caso una pena bastante benigna. En efecto, disponía: *"Cuando la víctima muere a causa de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años"*. A la fecha, la norma ha establecido una pena más severa, no menor de ocho ni mayor de catorce años de pena privativa de libertad, la misma que es mucho más severa que la ley anterior.

5. AGRESIONES EN CONTRA DE LAS MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR

Art. 122°-B: "El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108°-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36°.

La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes:

1. *Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.*
2. *El hecho se comete con ensañamiento o alevosía.*
3. *La víctima se encuentra en estado de gestación.*
4. *La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición."*[1383]

[1383] Artículo incorporado por el D. Leg. N° 1323, del 5 de enero del 2017.

5.1. CUESTIONES GENERALES

Este artículo ha sido incorporado al Código Penal por el D. Leg. N° 1323, del 6 de enero del 2017. Con anterioridad a dicha norma, cualquiera de estas conductas solo podía configurar falta contra la persona; aun cuando el artículo 441° del CP consideraba (y aún considera) que las faltas que requieran hasta 10 días de asistencia facultativa o descanso serán consideradas delitos si concurren circunstancias especiales o medios que den gravedad al hecho, sin embargo, tal como ya lo hemos señalado en páginas anteriores, no se había precisado qué tipo de delito; pues, estos hechos no se pueden reconducir al tipo de lesiones leves (art. 122°) ni al de lesiones graves (art. 121°) ni a sus derivados, puesto que estos tienen otra estructura típica. Siendo así, la previsión del artículo 441°, al final resultaba ser un contrasentido.

Con el presente artículo 122°-B (materia de análisis), recién se ha establecido el tipo penal en el cual deben subsumirse los hechos que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, cuando concurren las circunstancias especiales que le dan gravedad a los hechos; con lo que medianamente se ha llenado el vacío existente, aun cuando se ha considerado solo algunas circunstancias, quedando todavía el vacío respecto de otras.

Las circunstancias agravantes especiales consideradas por este tipo penal son el hecho que las lesiones corporales sean *causadas a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar* en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B; asimismo, si se trata de algún tipo de *afectación psicológica, cognitiva o conductual,* también causada en el contexto antes referido.

5.2. SUJETOS

Como quiera que este tipo penal contiene varios supuestos típicos, también los sujetos activos y pasivos pueden ser diversos.

Así, en el *primer supuesto básico* (lesiones causadas a una mujer por su condición de tal) el sujeto activo solo puede ser cualquier hombre, tal como se ha visto al desarrollar el tipo de feminicidio; y el sujeto

pasivo solo puede ser una mujer que haya tenido cierto acercamiento o relación de cualquier tipo con el sujeto activo (siempre un hombre), igualmente como lo hemos desarrollado al tratar el feminicidio.

En el *segundo supuesto básico*, cuando las lesiones son causadas a integrantes del grupo familiar, tanto el sujeto activo así como el pasivo solo pueden ser cualquier miembro del grupo familiar, descartándose en este caso, el supuesto en que las lesiones son causadas por un particular ajeno al grupo familiar, en cuyo caso, los hechos solo podrán configurar faltas contra la persona.

En este supuesto resulta necesario precisar qué entendemos por *grupo familiar*; al respecto, este es el conjunto de personas o miembros que integran la familia. A la vez, *familia* es el conjunto de personas emparentadas entre sí que viven juntas, o que sin vivir juntas o bajo el mismo techo, tienen como referente a un tronco o ascendiente común (puede también tratarse de más de un tronco o ascendientes como por ejemplo los esposos). En tal sentido, la familia está integrada o constituida por los cónyuges, ascendientes, descendientes, parientes colaterales consanguíneos y afines de un linaje.

No obstante, en cuanto a los consanguíneos colaterales y a los afines en general, en caso que no vivieran juntos, solo deben considerarse integrantes de la familia, aquellos cuyo parentesco es reconocido por el Código Civil (les concede efectos jurídicos), esto es, los parientes hasta el cuarto grado por consanguinidad (hermanos, tíos y sobrinos carnales, y los primos hermanos), así como los parientes afines hasta el segundo grado de afinidad (suegros, hijastros y cuñados). En el caso de ascendientes y descendientes, integran la familias todos los niveles (padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc.; hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc.) aunque no vivan juntos o bajo el mismo techo.

En el caso de parientes consanguíneos más allá del cuarto grado, de afines más allá del segundo grado o de particulares serán considerados miembros de la familia si es que viven juntos, siendo asumidos por los demás miembros de la familia como parte integrante del grupo

familiar; este es el caso de tíos, sobrinos, primos lejanos (quinto grado a más), o los parientes afines como primos, tíos, sobrinos, concuñados u otros más allá del segundo grado, o también los particulares.

En el caso de los *supuestos agravados,* en los dos primeros (numerales 1 y 2) los sujetos activos y pasivos son los mismos que en los supuestos básicos; pues, la agravación no se da en función a los sujetos sino a la forma como se materializa el delito (utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima, en el primer caso y cometiendo el hecho con ensañamiento o alevosía, en el segundo).

En los dos últimos supuestos agravados (numerales 3 y 4) los sujetos activos igualmente son los mismos que los de los supuestos básicos; sin embargo, los sujetos pasivos son "especialísimos"; pues, el hecho se agrava, precisamente, por la calidad de los sujetos pasivos. En este caso, los sujetos pasivos son la mujer que se encuentra en estado de gestación, en el tercer caso (numeral 3) y un menor de edad, una persona adulta mayor o una persona con discapacidad, en el cuarto (numeral 4). Pero claro, en ambos casos debemos estar en el contexto previsto en los supuestos básicos, hay que recordar que nos encontramos solo ante agravantes de los tipos simples o básicos.

5.3. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los supuestos típicos básicos contenidos en este artículo son tres. En efecto, la norma sanciona al que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108°-B. De ello se aprecia claramente, que los tres supuestos deben darse en el contexto establecido para el delito de feminidio.

El primero caso consiste en causar *lesiones corporales a una mujer* por su condición de tal que requieran menos de diez días de

asistencia médica o descanso. El segundo consiste en causad *lesiones corporales* a integrantes del grupo familiar, esto es, a los sujetos pasivos del delito referidos líneas antes. Y el tercero consiste en causar algún tipo de *afectación psicológica, cognitiva o conductual,* a cualquiera de los sujetos indicados en los dos supuestos anteriores. En este último caso, es necesario precisar que la afectación anotada debe causar un daño psíquico de nivel leve, tal como lo estipula el artículo 124°-B del Código Penal, de lo contrario estaremos ante el delito lesiones leves o graves según sea el caso.

Finalmente, debemos poner en evidencia otro descuido reprochable de parte del Legislador; pues, tal como lo establece el artículo 122° del Código, constituye delito de *lesiones leves,* las lesiones en el cuerpo o en la salud que requieran *más* de diez y *menos* de treinta días de asistencia facultativa o descanso, esto es, las que requieran entre 11 y 29 días; asimismo, como lo estipula el presente artículo (122°-B) constituyen delito de *agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar,* las lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, esto es, de 9 días a menos; y ***qué pasa con las lesiones que requieren de 10 días*** (que son las más comunes que disponen los médicos legistas en sus respectivas pericias), no constituyen delito de lesiones leves ni delito de agresiones contra las mujeres o integrantes del grupo familiar; pues ninguno de estos tipos penales lo toma en cuenta. Como puede apreciarse es una absoluta negligencia del legislador.

En realidad, siendo rigurosos al respecto y en observancia literal del principio de legalidad, los casos de 10 días de asistencia o descanso solo constituirían faltas contra la persona; lo cual, sin embargo, es un contra sentido, si consideramos que los casos que requieren de un día de asistencia o descanso, tal como lo estipula el presente tipo penal, constituyen delito.

Para superar esta deficiencia, debemos realizar una interpretación sistemática y conforme a los fines político-criminales que orientaron la promulgación de la presente norma, pues, no resulta lógica una

interpretación literal. Más aún, desarrollando un criterio a *fortiori,* podemos concluir que si son delitos las lesiones que requieren de un día de asistencia o descanso, con mayor razón lo será el que requiere de 10 días; y por tanto, también este caso será considerado delito.

Para fundamentar esta interpretación debemos tener en cuenta que el artículo 441° del Código Penal estipula que las lesiones que requieran hasta diez días de asistencia o descanso, son consideradas faltas *contra la persona, siempre que no concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito.* En el presente caso, las lesiones corporales causadas a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar o cualquier afectación psicológica, cognitiva o conductual causada en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, normativamente se consideran circunstancias agravantes, pues, de otro modo no se habría promulgado la norma penal bajo análisis que criminaliza las agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar (Art. 122°-B), consecuentemente, en aplicación del artículo 441° del Código Penal, las lesiones que requieran de 10 días de asistencia o descanso causadas a las mujeres o a integrantes del grupo familiar, serán consideradas delito. ¿Cuál delito? Precisamente el previsto en el artículo 122°-B.

5.4. SUPUESTOS AGRAVADOS

Todos los supuestos agravados previstos en este tipo penal, ya han sido considerados en los tipos penales de lesiones anteriormente tratados, pues, la única diferencia con aquellos, es que las lesiones causadas requieren 10 días a menos de asistencia médica o descanso, en lo demás la estructura típica es igual. En tal sentido, los conceptos y criterios específicos considerados en este caso, son los mismos que se han tratado al desarrollar los artículo 121°, 121°-B, 122°, 124°-B y en su caso el 108°-B del Código Penal, por lo que para el análisis completo del presente tipo penal, nos remitimos a los criterios desarrollados con cierto detalle en los artículos mencionados.

6. LESIONES CON RESULTADO FORTUITO

Art. 123°.- "Cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir."

Este dispositivo tiene como antecedente inmediato el art. 167° del Código Penal de 1924[1384], respecto del cual, la regulación actual no presenta mayores innovaciones. Roy Freyre informa que el origen de este dispositivo se encuentra en el art. 110° del proyecto Suizo de 1918[1385].

Este artículo en realidad consideramos que es inaplicable por ser contradictorio con el propio sistema penal y sus principios básicos que proscriben la responsabilidad penal objetivo. En efecto, el artículo 123° del CP pretende atribuir responsabilidad por un resultado fortuito, esto es, por un hecho que no se sustenta en una actuación doloso ni una culposa o imprudente pese a que el artículo 11° del mismo Código, estipula que únicamente son delitos y faltas las *acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*, y más aún, el artículo VII del

---

[1384] Art. 167°: "*Cuando el delincuente hubiere causado un resultado grave que no quiso causar ni pudo prever, la pena podrá ser disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir*".

[1385] *Ob. Cit.* p. 329.

Título Preliminar del Código establece que está prohibida todo tipo de responsabilidad objetiva[1386]. Y aun cuando se podría asumir que el artículo 123° del CP resulta preeminente por ser una norma de la Parte Especial del Código (la Parte General es subsidiaria de la Especial), es de tenerse en cuenta que los principios del Título Preliminar el Código son prevalentes respecto a las demás normas de la parte general y especial, como lo reconoce la doctrina unánimemente y lo estipula el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal[1387]. En tal sentido, si una norma de la parte especial resulta contraria a un principio plasmado en el Título Preliminar, en primer lugar, el principio debe orientar el sentido de interpretación y aplicación de la norma de la Parte General o Especial, y si no se pudiera conciliar su sentido con el contenido del principio, dicha norma, simplemente, resulta inaplicable. Precisamente, esto sucedería con el artículo 123° del CP.

Ahora bien, puede sostenerse que este artículo permite disminuir la pena hasta la que corresponda al hecho que el agente quiso causar;

[1386] La jurisprudencia nacional toma en serio la proscripción de la responsabilidad objetiva, y descarta la posibilidad de imputación penal por hechos fortuitos, como puede verse en la casación que se transcribe: "*...la decisión jurisdiccional no infringió el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva, reconocido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. Los Jueces del Mérito no pusieron a cargo del imputado recurrente un elemento objetivo del tipo legal de robo agravado, independientemente de la existencia de dolo o culpa. No se ha castigado al imputado por un hecho fortuito o por un comportamiento que cae dentro del riesgo permitido. No se le atribuyó un hecho ajeno. Precisamente los presupuestos de la coautoría, según lo expuesto en el cuarto fundamento jurídico, piden estimar que se vulneró el principio del hecho propio, el imputado intervino en la decisión común y realizó un aporte objetivo al hecho punible además el resultado no constituyó un exceso de uno de los intervinientes en el hecho.*"(Sentencia Casatoria N° 87-2011-Arequipa. 19/07/2012, en: GÁLVEZ VILLEGAS: Nuevo Orden Jurídico..., Tomo II, 2015, p. 176).

[1387] Si bien este artículo hace referencia a la prevalencia de las normas del Título Preliminar respecto a las demás normas del Código Procesal Penal y no a las del Código Penal, esta disposición evidencia la naturaleza de los títulos preliminares de los códigos en nuestro ordenamiento jurídico.

por lo que no se estaría incrementando su responsabilidad objetivamente (sin dolo ni culpa), pero si ello fuera así, el artículo no tendría ningún sentido por ser innecesario.

De otro lado, es necesario precisar que este artículo del Código no establece propiamente un tipo penal con la descripción del supuesto fáctico considerado como delito y la determinación de la pena conminada aplicable al caso, sino que más bien constituye una disposición que proporciona una pauta para interpretar y aplicar las demás normas referidas al delito de lesiones. Pues, solo cobraría vigencia concreta este artículo, cuando se realiza o comete una acción dolosa configurativa del delito de lesiones previsto en cualquier tipo penal de lesiones (inclusive cuando se trate de faltas configurativo de faltas contra la persona), pero por razones ajenas a la intención del agente se produce un resultado más grave, pero este resultado más grave no es imputable al agente a título de culpa o imprudencia, como en el caso de los resultados preterintencionales que conjuga dolo en la primera acción y culpa en el resultado más grave. En este caso se trata de un resultado más grave fortuito o imprevisible.

6.1. RESULTADO FORTUITO

El caso fortuito es considerado como un hecho imprevisible e incalculable que sobreviene de sorpresa en el comportamiento del hombre, provocando un resultado más grave no querido que no podía evitarse con las precauciones ordinarias[1388]. Explica ROY FREYRE[1389], que a diferencia de la preterintencionalidad, en cuyo caso el sujeto no prevé lo previsible; en el caso fortuito, por el contrario, el agente procede de forma irreprochable al no prever lo normalmente imprevisible.La acción dimanante del resultado puede ser una comisión o una omisión, lo que caracteriza al resultado fortuito es su imprevisibilidad. En general, se excluye al agente de todo tipo de

[1388] MAGGIORI: *Ob. Cit.* p. 511.

[1389] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 336.

responsabilidad (penal, civil o administrativa) por los hechos que acontecen fortuitamente.

"La imputación objetiva del resultado no puede ser connotada típicamente, porque aun cuando la desplegada por el agente puede ser considerada como una condición para el resultado, éste escapa a la capacidad de control del autor, dado su carácter imprevisible; así no es punible por el resultado, aquel que hiere a otro dejándolo en campo abierto donde después le cae un rayo ultimándolo, o si al ser trasladado en una ambulancia, esta se desembarranca produciéndose su deceso. En estos casos los resultados devenidos, se producen al margen de la acción lesionante, considerada integralmente"[1390].

Para la materialización del resultado fortuito, la acción que inicialmente despliega el agente debe tener el carácter de dolosa; el supuesto culposo queda excluido ya que la norma hace referencia expresa a la *"lesión que se quiso causar"*, de donde se aprecia claramente que, en realidad, sí quiso causar lesiones menos graves, lo cual determina claramente la naturaleza dolosa o intencional de la conducta del agente.

[1390] BARDALES VINCES, Héctor: *Lesiones con resultado fortuito.* http://www.ussvirtual.edu.pe/documentos/derecho/produccionjuridica/2008-/lesionesconresultadofortuito.pdf (Consulta del 23 de noviembre del 2016)

7. LESIONES CULPOSAS

Art. 124º: *"El que por culpa, causa a otro un daño en el cuerpo o la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y de sesenta a ciento veinte días multa."*

La pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días multa, si la lesión es grave, de conformidad a los presupuestos establecidos en el artículo 121°.

La pena privativa de libertad será no menor de un año ni mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de cuatro años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho.

La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de seis años e inhabilitación, según corresponda, conforme al Artículo 36° incisos -4), 6) y 7)-, si la lesión se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25

gramos – litro en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito"[1391].

7.1. NOCIONES GENERALES

Es antecedente de la presente figura penal el art. 168° del Código Penal derogado[1392], el mismo que se basó en el art. 111° del proyecto suizo de 1918. El Código Penal de 1863, como se ha indicado, no reguló las lesiones culposas en forma independiente, pues siguiendo la tradición española, estatuyó en forma genérica la responsabilidad penal por culpa, como una atenuante de la pena en relación a cualquier delito (Art. 60°).

Al igual que en el caso del homicidio culposo, la redacción actual que tiene el presente dispositivo legal es el resultado de sucesivas reformas legislativas, así en mérito al artículo 1°de la Ley N° 27753 -publicada el 09 de junio de 2002-, se elevaron las penas para los supuestos agravados, y se agregaron las siguientes agravantes: *i)* Conducción de vehículo automotor en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes; y, *ii)* Cuando la lesión resulte de la inobservancia de las reglas

---

[1391] Redacción actual conforme a la modificatoria introducida por Ley N° 29439, publicada el 19 de noviembre de 2009.

[1392] Art. 168° CP 1924: "El que por negligencia, causare una lesión corporal que requiera asistencia médica hasta por más de quince días o produzca impedimento de trabajo por igual tiempo, será procesado por denuncia de parte y reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a noventa días, una vez iniciada la instrucción continuara de oficio, salvo que el agraviado renuncie expresamente a la prosecusión de las acción. Corresponde el juzgamiento de oficio y la pena de prisión no mayor de cinco años, en los casos en que la asistencia médica o el impedimento de trabajo fuera mayor de treinta días, o si por negligencia el autor de la lesión hubiera infringido un deber impuesto por su función, su profesión o su industria, siempre que la asistencia médica o el impedimento de trabajo exceda de veinte días. El juez podrá acumular la multa con la prisión".

técnicas de tránsito; sin embargo, estas agravantes, en virtud del art. 1° de la Ley N° 29439 -publicada el 19 de noviembre de 2009-, fueron rediseñadas, destacándose las siguientes modificaciones: *i)* Introducción de la causación del resultado mediante el empleo negligente de arma de fuego; *ii)* En el caso del conductor de vehículo motorizado (que es extensivo al caso del que emplea negligentemente un arma de fuego), se precisa adecuadamente las sustancias tóxicas bajo los cuales opera el agente, ya no solo limitado a los estupefacientes, sino a las drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o sintéticas; y, finalmente, *iii)* En el caso del conductor de vehículo motorizado, se distingue si se trata de un transporte particular o del transporte público de personas, mercancías o carga en general. En el primer caso la agravante de la conducción en estado de ebriedad opera cuando se determina que el conductor tiene presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.50 gramos-litro; mientras que en el segundo caso, la agravante opera cuando se detecta en el conductor la presente de alcohol en su sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro.

Como se ha indicado, a diferencia de lo previsto en el Código Penal derogado, el texto legal vigente emplea el término *culpa* -que es adoptado en el sistema italiano- para referirse a *negligencia;* sin embargo, esta distinción no tiene mayor importancia, por cuanto la "negligencia", ha sido siempre entendida como sinónimo de "culpa"

Las lesiones imprudentes el igual que el homicidio imprudente o culposo -como todo delito culposo-, es un *tipo abierto*, pues la ley no precisa las características de la conducta típica, lo cual resulta correcto, estando a la imposibilidad de describir con certeza las innumerables formas como puede materializarse las conductas que pueden afectar un deber de cuidado y lesionar o crear un peligro contra la vida; en tal sentido, la acción típica esta descrita de manera indeterminada. El tipo se limita a realizar una regulación amplia o abierta, que debe ser completada por el juzgador, quien deberá identificar, en el caso concreto, la norma de cuidado que permita identificar el correspondiente deber de cuidado, para con ello, completar el tipo penal.

7.2. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien Jurídico protegido es la salud individual de la persona.

7.3. TIPO OBJETIVO

7.3.1. SUJETOS

El sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que el tipo penal no exige ninguna cualidad especial. En cuanto al sujeto pasivo, igualmente es uno indiferenciado.

7.3.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

A. De igual modo, que en el delito doloso, el comportamiento típico supone la realización de una acción que supere el riesgo permitido, el cual debe concretarse en el resultado. Este resultado constituye lesiones a la salud corporal o psíquica del sujeto pasivo, las mismas que pueden ser leves o graves. En este caso, se considera delito de lesiones leves culposas, cuando las lesiones requieren de más de 15 días de asistencia o incapacidad para el trabajo; a diferencia de los supuestos dolosos en que constituyen delito de lesiones leves, cuando requieren únicamente de más de 10 días de asistencia médica o incapacidad. En los casos de lesiones graves, la cuantificación de los días de asistencia o descanso es igual para tipos dolosos y culposos.

Mayoritariamente, a nivel doctrinal y jurisprudencial, se recurre a la infracción del deber de cuidado para explicar el contenido de los delitos culposos; sin embargo, como ya se ha indicado, el delito imprudente no es más que la producción de un peligro no permitido, en todo caso, si se quiere ver de otro modo, quien obra dentro del riesgo permitido no puede infringir una norma de cuidado; por consiguiente, la conducta típica del delito de lesiones culposas coincide en su aspecto objetivo con el delito doloso –ambos están constituidos por los factores de la imputación objetiva que permite atribuir el resultado al agente-[1393], por lo tanto han de aplicarse los mismos

[1393] HURTADO POZO: *Ob. Cit.* p. 715.

criterios expuestos sobre la imputación objetiva del comportamiento y del resultado.

B. El tipo penal in comento no establece un determinado comportamiento típico, por lo que la conducta puede ser activa u omisiva. En el caso de la omisión imprudente "*el autor infringe el cuidado no con un acto positivo, sino omitiendo la realización de una acción ordenada*"[1394], es decir, la inobservancia del cuidado objetivamente debido tiene lugar mediante una omisión, que, conforme se ha explicado al analizar el homicidio culposo, puede generarse por un erróneo -pero vencible- enjuiciamiento acerca: *i)* de la asunción de la propia posición de garante; *ii)* de la concurrencia de una situación típica; *iii)* de las posibilidades de realización de la acción salvadora; y, *iv)* de la innecesariedad de la intervención.

Puede apreciarse una lesión culposa por omisión cuando el sujeto activo no realiza la acción típicamente indicada, pudiendo hacerlo, la misma que ha sido provocada activa e imprudentemente "*omissio libera in agenda culposa*", o, no ha sido evitada por el sujeto cuando este podía haber impedido su aparición "*omissio libera in omittendo culposa*".

7.4. TIPO SUBJETIVO

Se requiere que el agente actúe con *culpa consciente*, esto es cuando teniendo conocimiento del riesgo que implica su acción, supone erróneamente, que el riesgo está bajo control, y que el resultado se evitará; es decir, realiza una evaluación equivocada de un riesgo que se podía captar en su verdadera dimensión. En este caso el agente tiene conocimiento del peligro abstracto y podía conocer (aunque no conoció) el peligro concreto, es decir, actúa bajo un error sobre las condiciones y la magnitud del riesgo, su representación no está acorde

---

[1394] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Manual de Derecho penal. Parte general.* (Editorial Temis S.A: Colombia, 2004). *Ob. Cit.* p. 339; VILLAVICENCIO. Ob. Cit. p. 676.

con la realidad, no es consciente de crear con su acción una situación de total inseguridad para el bien jurídico.

En el supuesto de la *culpa inconsciente,* el autor ignora el peligro que deriva de su acción lesiva, es decir, no llega a representarse el peligro, pero en atención a las circunstancias concomitantes, un examen cuidadoso de la situación o el contexto donde actúa, y de acuerdo a sus capacidades individuales, debía conocer los factores del riesgo.

Como puede apreciarse, en ambos casos el agente actúa bajo un *error de tipo vencible,* en el caso de culpa inconsciente, el error proviene de la ignorancia; mientras que en la consciente, el error deviene de la evaluación inadecuada de un riesgo que se podía captar en su real dimensión.

7.5. AGRAVANTES

El tipo penal *sub análisis* contempla las siguientes agravantes:

a) Cuando resulten lesiones graves

Este supuesto constituye una agravante de primer grado al ser el primer nivel de la agravación sancionado con pena privativa de libertad no menor de *uno* ni mayor de *dos* años.

El fundamento de esta agravante radica en la gravedad del resultado producido *(mayor disvalor del resultado).*

En este supuesto, de acuerdo al artículo 121° del CP, la acción delictiva debe haber colocado la vida de la víctima en peligro inminente; haber producido la mutilación de un miembro u órgano principal del cuerpo o haberlo hecho impropio para su función; haber causado incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica grave o muy grave, o causado la desfiguración de manera grave y permanente; o haber inferido cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física y mental que requiera de treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

b) Inobservancia de las reglas de profesión, de ocupación o industria

Este supuesto constituye una agravante de segundo grado al ser el segundo nivel de la agravación sancionado con pena privativa de libertad no menor de *uno* ni mayor de *tres* años.

En este caso se agrava la pena porque al agente le era más exigible un comportamiento conforme a las reglas técnicas de cuidado, debido precisamente a la preparación y formación que tiene en una determinada profesión para desarrollar determinadas actividades (lo que también determina que se tenga mayor confianza en él) o por el desempeño en una determinada ocupación o industria.

Las reglas de profesión, de ocupación o industria, no son sino aquellos mandatos, jurídicos o no, que regulan una determinada ocupación, profesión o industria, cuyo contenido versa sobre las precauciones que se deben tomar al iniciar, desarrollar y controlar la ejecución de una conducta, cuya finalidad es evitar la creación de un peligro o controlar uno existente.

Esta agravante, como se indicó al analizar el homicidio culposo, comprende tanto la impericia profesional (que comprende las infracciones de la norma de cuidado que se producen como consecuencia de la falta de conocimientos, de capacidad o pericia de quien ejerce una profesión o desarrolla una actividad industrial especializada, cuyo desarrollo requiere de una particular cualificación); como la negligencia profesional o industrial (que supone la infracción del cuidado debido por falta de atención, por desinterés, o por abandono en el desempeño de la conducta), requiriéndose que el actuar culposo se produzca en el ejercicio de profesión, ocupación o en el desarrollo de una actividad industrial, o con ocasión de la misma y que haya existido una especial transgresión de los específicos deberes técnicos que competen al profesional en el desarrollo de su actividad.

c) Cuando sean varias las víctimas del mismo hecho

Este supuesto constituye una agravante de tercer grado al ser el tercer nivel de la agravación sancionado con pena privativa de libertad no menor de *uno* ni mayor de cuatro años.

Se agrava las lesiones culposas cuando son varias las personas que resultan afectadas en su salud individual como resultado de la conducta imprudente del agente. El fundamento de esta agravante radica básicamente en la cantidad de bienes jurídicos u objetos de protección afectados, lo que denota una mayor *gravedad del injusto* (mayor disvalor del resultado).

La referencia a las "víctimas del mismo hecho" no debe ser interpretada de una manera amplia, es decir, entender que la agravante se presenta cuando exista un lesionado y otras personas perjudicadas en su aspecto patrimonial. No es ese el sentido de la norma, y una interpretación en ese sentido desbordaría la finalidad político criminal que inspira a la norma, cuyo bien jurídico protegido es la salud individual, por lo que la expresión "*varias víctimas del mismo hecho*" debe interpretarse como la referencia a la pluralidad de sujetos que han visto menoscaba su salud como consecuencia del evento delictivo. Como es obvio, el resultado debe ser la concretización del riesgo creado por el agente con la infracción de la norma de cuidado.

d) Cuando el resultado es consecuencia de la conducción de vehículo motorizado bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas o bajo los efectos del alcohol [1395]

[1395] En el Derecho comparado, en el Código Penal Colombiano se agrava el homicidio imprudente (lo que resulta aplicable para las lesiones) por conducción en estado de ebriedad (Art. 110° inc. 1): "Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello ha sido determinante para su ocurrencia". También de Costa Rica (Art. 117°): "(...). Si el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas

Este supuesto, al igual que los considerados con los literales e) y f), constituye una agravante de cuarto grado al ser el cuarto nivel de la agravación sancionado con pena privativa de libertad no menor de *cuatro* ni mayor de *seis* años.

A. Como se ha señalado, mediante Ley No. 27753 de fecha 09 de junio de 2002, se incluyó esta nueva agravante al delito de lesiones culposas, contemplando aquellos casos en los que el hecho delictivo es el resultado de la conducción de un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad.

Se debe destacar que la actual regulación (introducida por el art. 1° de la Ley N° 29439 publicada el 19 de noviembre de 2009), como ya se explicó al analizar el homicidio culposo, supera las deficiencias de la anterior. Así: *i)* Mientras la anterior regulación solo contemplaba el caso del agente que conducía bajo el efecto de estupefacientes, vg., morfina o cocaína, la actual regulación llena ese vacío abarcando, además, los casos en los que el agente conduce bajo los efectos de *drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o sintéticas*, vg., marihuana, éxtasis, scan, etc.; *ii*) Asimismo, la actual regulación ya no exige que el conductor se encuentra en estado de ebriedad; ahora solo basta comprobar que el agente estuvo conduciendo bajo una determinada cantidad de alcohol en la sangre, en el caso de transporte particular con un porcentaje mayor a 0.50 gramos litro, y en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general con un porcentaje mayor a 0.25 gramos litro.

B. El fundamento de esta agravante reside en la mayor gravedad del injusto, ya que en este caso el conductor desarrolla una actividad

---

alcohólicas o de drogas enervantes, la cancelación de la licencia será por un período de diez a veinte años"); de Guatemala (Art. 127°: "(...) Si el delito culposo fuere cometido al manejar vehículo en estado de ebriedad o bajo efecto de drogas o fármacos que afecten la personalidad del conductor o en situación que menoscabe o reduzca su capacidad mental, volitiva, o física (...)".

riesgosa con una clara disminución de sus capacidades, aumentando la posibilidad de los accidentes de tránsito y la lesión de los bienes jurídicos; asimismo, porque en su condición de profesional del volante encargado del transporte público o privado, con su accionar negligente pone en riesgo la vida y salud de una pluralidad de personas.

Se debe descartar una interpretación meramente objetiva de esta agravante, es decir, considerar que es suficiente constatar la presencia de alcohol en la sangre del agente, en una proporción mayor a 0.25 o 0.5 g/l, para dar por configurada la agravante, puesto que es necesario establecer que la creación del riesgo no permitido (de producción de accidentes de tránsito con lesión de bienes jurídicos) se realizó al infringirse la norma de tránsito (al conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes), y este riesgo se concretó en el resultado (lesiones de los transeúntes o pasajeros). En efecto, el hecho debe tener su origen por ejemplo en una prolongación de los tiempos de respuesta a un determinado estímulo o en la disminución de los reflejos y del campo visual del conductor que precisamente son consecuencia de la ingesta de alcohol o drogas tóxicas o estupefacientes[1396].

[1396] Resulta aconsejable, en estos supuestos, tener en cuenta, referencialmente, la sintomatología que se describe en la Tabla de Alcoholemia (Ley No. 27753): *i)* En el 1er. Período de 0.1 a 0.5 g/l: No existen síntomas o signos clínicos, pero las pruebas psicométricas muestran una prolongación en los tiempos de respuesta al estímulo y posibilidad de accidentes. No tiene relevancia administrativa ni penal; *ii)* En el 2do. Período de 0.5 a 1.5 g/l: Ebriedad, Euforia, verborragia y excitación, pero con disminución de la atención y pérdida de la eficiencia en actos más o menos complejos y dificultad en mantener la postura. Aquí está muy aumentada la posibilidad de accidentes de tránsito, por disminución de los reflejos y el campo visual; *iii)* En el 3er. Período de 1.5 a 2.5 g/l: Ebriedad absoluta, excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control; *iv)* En el 4to. Período de 2.5 a 3.5 g/l: Se evidencia grave alteración de la conciencia, estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres; y, *v)* En el 5to. Período (niveles mayores de 3.5 g/l): Existe riesgo de muerte por coma y el paro respiratorio con afección neumonológica, bradicardia con dilatación y afección intestinal.

e) Cuando el resultado es consecuencia del empleo de armas de fuego bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas o bajo los efectos del alcohol

Al igual que en el caso anterior, el fundamento de esta agravante radica en la mayor gravedad del injusto, ya que en este caso el agente hace empleo de un instrumento altamente riesgoso con una clara disminución de sus capacidades. De la misma forma que en el caso anterior, en este caso debemos descartar una interpretación meramente objetiva de la agravante; asimismo, es imprescindible establecer que la creación del riesgo no permitido al infringirse la norma de cuidado en el empleo de armas de fuego, es el que se ha realizado en el resultado.

Es irrelevante que el agente detente una posesión legítima o ilegítima del arma de fuego que emplea; sin embargo, en este último caso estaremos frente a un concurso real del delito de tenencia ilegal de armas (Art. 279° CP) con el delito de lesiones.

f) Cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

El tipo penal agrava el hecho cuando el resultado es consecuencia de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito, las cuales se encuentran prescritas en el Reglamento Nacional de Tránsito. Cabe precisar que este reglamento no solo establece ciertas reglas con relación a los conductores, sino también respecto a los peatones y al uso de la vía; sin embargo el adjetivo "técnico" utilizado en la regla, permite restringir la aplicación de esta agravante solo a los conductores y no a los peatones, ya que la técnica este referida a la utilización de determinados instrumentos, en este caso los vehículos automotores.

Respecto a las reglas técnicas de tránsito el Reglamento Nacional de Tránsito, establece para los conductores una serie de prescripciones relacionadas a la conducción, a los dispositivos de control, de seguridad, de velocidad, de estacionamiento y detención, entre otros. En todos estos casos el resultado (lesiones), a efectos de configurar esta agravante, debe ser producto del riesgo creado debido a la inobser-

vancia de estas reglas técnicas de tránsito, conforme se expone en los siguientes fallos: "*El inculpado ha infringido el deber de cuidado, al desplazar su vehículo a una velocidad no razonable para las condiciones del lugar y momento, máxime si como conductor de un vehículo destinado al transporte de colegiales no ha tenido presente la velocidad máxima para circular en zonas escolares*" (Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 16 de junio de 1998, Exp. N° 798-98); "... *la violación del deber de cuidado se acredita, por parte del conductor del vehículo de transporte público, al no haberse detenido el tiempo suficiente para que las agraviadas bajen del vehículo, ni cerrar luego la puerta y en tal estado reiniciar la marcha; no siendo válido como descargo el hecho de tener la puerta malograda, puesto que la negligencia radica justamente en ello, toda vez que es deber del conductor circular con su vehículo en perfecto estado técnico, más aún si se trata de uno destinado al transporte público*" (Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 29 de enero de 1998, Exp. N° 6685-98); "*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 o de cuidado, consistente en el presente caso en conducir su vehículo a velocidad mayor a la permitida, que le impidió toda medida evasiva para evitar el resultado lesivo, esto es, su desaceleración inmediata o el desplazamiento hacia el carril izquierdo cuando tuvo frente al agraviado y a su vehículo estacionado a los que impactó*" (Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 30 de enero de 1998, Exp. N° 5445-97).

También en este delito nuestra jurisprudencia ha venido consolidando la posición consistente en no atribuir responsabilidad penal al conductor de un vehículo motorizado cuando el hecho es imputable a la actuación negligente de la víctima, así se ha señalado que: "*Si el hecho se ha producido por la actitud imprudente del agraviado y no se*

ha acreditado que el procesado haya infringido algún deber de cuidado, realizando actos riesgosos o incrementando el riesgo contra terceros a resultas de la actividad que desarrollaba, no se configuran los supuestos legales señalados por el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales" (Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 09 de diciembre de 1999, Exp. N° 5615-97).

"En el presente caso no ha existido violación del deber objetivo de cuidado en la conducta del encausado cuando conducía su vehículo, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de parte del propio agraviado, al no tomar las medidas preventivas del caso para cruzar la pista; que siendo ello así, debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva el obrar a propio riesgo del agraviado tiene una eficacia excluyente del tipo penal, esto es, que su accionar no constituye delito de lesiones culposas y por ende no genera responsabilidad penal" (Ejecutoria Suprema, del 16 de Enero de 2001, R.N. N° 1125-2000 - Callao).

De otro lado, se debe tener siempre en cuenta que las reglas técnicas de tránsito, si bien son consecuencia de la experiencia y del razonamiento, están establecidas para situaciones de normalidad, y pueden ceder ante las circunstancias del caso concreto, como por ejemplo un sismo, una granizada o nevada abundante, en cuyas circunstancias se puede incrementar la necesidad de cuidado o flexibilizar el mismo.

Finalmente, es necesario precisar que la infracción de las reglas técnicas de tránsito y los deberes que exige el portar un arma de fuego se consideran especialmente graves, pues, la inobservancia de reglas técnicas de otras actividades no con sancionadas con la misma severidad, por ello es que el tercer párrafo de este artículo (referido a la infracción de reglas técnicas de otros áreas o actividades) sanciona con pena mucho menos severa a los infractores de dichas reglas; claro que en el caso de la infracción a las reglas de tránsito y de portar armas de fuego debe añadirse los efectos del consumo de drogas tóxicas,

estupefacientes, sustancias psicotrópicas y sintéticas, que es lo que le da especial gravedad a estos hechos.

7.6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la concreción de las lesiones. Cabe señalar que para la existencia de la responsabilidad penal por un delito culposo o imprudente no basta con realizar los actos ejecutivos de una conducta imprudente, sino que es necesario que se haya producido el resultado material, por tanto no es admisible la tentativa. Si las lesiones (como resultado de la acción típica) no se producen la conducta es penalmente irrelevante, salvo que se subsuma en otro tipo penal.

7.7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

No es posible la participación, por cuanto esta solo tiene sentido en los delitos dolosos, no existiendo una distribución de actividades que le competa a cada uno de los partícipes. En tal sentido, en caso de que dos o más personas realizan una acción culposa de la cual se deriva un resultado muerte, cada uno de los partícipes responderá a título personal por su falta de cuidado en la realización del hecho. Obviamente, se deja a salvo los criterios más contemporáneos que asumen la participación en los delitos culposos, cuyos criterios aún no han sido aceptados mayoritariamente, y por ello mismo no lo asumimos en este trabajo.

7.8. CONCURSO

Es muy frecuente el concurso de este delito con el delito de fuga del lugar de accidente de tránsito (Art. 408° CP), así por ejemplo en el caso del conductor que después de ocasionar un accidente de tránsito, huye del lugar omitiendo dar cuenta del hecho a la autoridad. O también el caso en que se omite la prestación de socorro luego de haber causado las lesiones. En estos supuestos, se deberá apreciar un concurso real de ambos delitos.

8. LESIONES AL CONCEBIDO

Art. 124°-A: "El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años".

8.1. CUESTIONES GENERALES

El presente tipo penal ha sido incorporado al catálogo de delitos a través de la promulgación del art. 1° de la Ley N° 27716, del 09 de Mayo de 2002.

Con la introducción de este dispositivo el Legislador ha pretendido cubrir un vacío legal respecto de la protección de la salud prenatal en relación a las conductas que no necesariamente estaban dirigidas a lesionar la vida humana dependiente sino la propia salud del feto o embrión; sin embargo, consideramos que al no tipificarse las lesiones culposas al concebido, como sucede en otras legislaciones[1397], se sigue manteniendo una gran laguna de punibilidad, ya que las conductas que tienen mayor incidencia en este campo son precisamente las conductas negligentes, vg., del personal médico en el ámbito del diagnóstico y terapia prenatal, o de la propia madre cuando se expone

[1397] Como sucede por ejemplo en el Código Penal de Colombia (Art. 126° CP); de El Salvador (Lesiones Culposas en el No Nacido, art. 139° CP); de España (Art. 158° CP), entre otros.

negligentemente a todo tipo de sustancias que pueden transmitirse al concebido a través de su cuerpo por ingestión, inyección, inhalación o contacto cutáneo, etc.

Nuestra legislación en muy lacónica al describir la conducta típica a la vez que no comprende las lesiones culposas. En la legislación comparada, como por ejemplo la española, se describe el tipo con mayor exhaustividad a la vez que se tipifican las lesiones culposas, aun cuando hace referencia a feto en lugar de concebido, lo cual no sería de recibo en nuestro ordenamiento jurídico, en que expresa y constitucionalmente se reconoce al concebido como sujeto de derecho[1398].

Lamentablemente el tipo penal no diferencia las graves afectaciones al feto de las moderadas y las leves, como se hace para diferenciar las lesiones en graves, leves y faltas, por lo que la protección no es de lo más eficiente, y puede llevar a inequidades como sancionar una simple afectación que no impide la viabilidad del concebido a la vez que no causa una lesión grave a la persona nacida, con igual severidad que a un daño grave que puede llevar graves consecuencias al nacimiento. Al respecto la legislación española hace referencia a causación de una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, con lo que deja fuera del tipo a cualquier otro tipo de lesiones.

[1398] CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: "Artículo 157°: *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.*
Artículo 158°: *"El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto".*

Finalmente, si bien la norma no hace referencia a lesiones psíquicas, es de considera que al hablar de la salud del concebido en general, debemos considera dentro de esta tanto a la salud física o corporal así como a la psíquica o mental.

8.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la salud del concebido, en el sentido propio del delito de lesiones. En muchos casos se habla de la "salud del feto" como se hace al consignar el epígrafe de este artículo en las diversas ediciones del Código Penal, o también como se señala en la legislación española. Sin embargo, es de tener en cuenta que nuestra Constitución Política del Estado en el numeral 1) de su artículo 2°, se refiere al sujeto de derecho *"concebido"* y no a feto, precisando que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca. Igualmente, el Código Civil se refiere a concebido como sujeto de derechos y no a feto.

La protección penal de la salud de este sujeto de derecho (feto o embrión) se inicia con la anidación del concebido en la cavidad o pared uterina de la madre (endometrio), perdurando hasta el inicio del parto, a partir del cual se produce la protección de la vida humana independiente, que conforme se ha indicado, comienza desde las contracciones uterinas que dan inicio al trabajo de parto, o, en los casos de cesárea, en el instante en que se efectúa la incisión en la embarazada a fin de extraer al concebido.

8.3. TIPO OBJETIVO

8.3.1. SUJETOS

Sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso la propia madre.

Sujeto pasivo es el concebido.

8.3.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en causar al concebido una afectación, daño o menoscabo en su integridad o salud; dichas lesiones

pueden ocasionarse desde la concepción hasta antes del parto, siendo indiferente que el resultado se provoque mediante un comportamiento activo u omisivo (comisión por omisión).

El consentimiento de la madre es irrelevante, puesto que no es la titular del bien jurídico protegido.

La acción puede realizarse directamente sobre el producto de la concepción o a través de la madre. Si esta resultara también afectada estaríamos ante un concurso ideal de delitos.

8.4. TIPO SUBJETIVO

Se requiere necesariamente dolo, admitiéndose el dolo eventual. No contemplándose dentro del presente tipo penal conductas imprudentes que pudieran ocasionar menoscabo en la integridad o salud del concebido.

8.5. TENTATIVA Y CONSUMACION

El delito se consuma cuando se produce un menoscabo en la integridad o salud del concebido, admitiéndose la tentativa.

9. EL DAÑO PSIQUICO Y LA AFECTACIÓN PSICOLÓGICA, COGNITIVA Y CONDUCTUAL

Art. 124°-B: "El nivel del daño psíquico es determinado a través de un examen pericial o cualquier otro medio idóneo, con la siguiente equivalencia:

a. Falta de lesiones leves: nivel leve de daño psíquico.

b. Lesiones leves: nivel moderado de daño psíquico.

c. Lesiones graves: nivel grave o muy grave de daño psíquico.

La afectación psicológica, cognitiva o conductual, puede ser determinada a través de un examen pericial o cualquier otro elemento probatorio objetivo similar al que sea emitido por entidades públicas o privadas especializadas en la materia, sin someterse a la equivalencia del daño psíquico."[1399]

9.1. CUESTIONES GENERALES

Este artículo al igual que el artículo 123° del CP, referido a las lesiones con resultado fortuito, no establece un tipo penal (que se

---

[1399] Artículo modificado por el D. Leg. 1323, del 6 de enero del 2017. Este artículo fue incorporado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23 noviembre 2015.

concreta con la descripción del supuesto fáctico y la determinación de la pena conminada aplicable al caso) sino más bien constituye una disposición que proporciona pautas para la determinación de las lesiones a la salud mental o daños psíquicos o psicológicos previstos en los artículos 121°, 121°-A, 121°-B, 122°, 124° y 441° del Código Penal.

Como se sabe, este tipo de lesiones, por su especial naturaleza y configuración, no son fáciles de determinar tanto en su entidad así como en su magnitud, a la vez que tampoco existen elementos idóneos para su resarcimiento desde la perspectiva de la reparación civil de los daños ocasionados por el delito.

Esta clase de lesiones, si bien siempre estuvieron previstas en nuestro ordenamiento jurídico-penal, en cuanto se hacía referencia a las *lesiones a la salud mental* del sujeto pasivo del delito (directo o indirecto), sin embargo, en su contenido solo se tomaban en cuenta a las lesiones causadas a la integridad corporal que a la vez significaban afectaciones a las facultades mentales o emocionales de la víctima, como los traumatismos encéfalo-craneanos o las afectaciones psicológicas producidas como consecuencia de un hecho violento como una violación sexual o un accidente violento. Asimismo, estas lesiones, en el plano resarcitorio, normalmente eran consideradas como daños morales o subjetivos para cuya reparación civil se toma en cuenta la "equidad" como criterio de determinación de su magnitud.

A la fecha, con la modificación introducida por la Ley N° 30364, del 23 de noviembre del 2015, norma que a la vez ha sido modificada por el D. Leg. N° 1323 (del 6 de enero del 2017), cuyo objeto es prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida contra las mujeres e integrantes del grupo familiar así como proteger a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad) se han modificado diversos artículos del Código Penal (el artículo 121°, 122° y otros), y se han incorporado los llamados *"daños psíquicos"* así como *"la afectación psicológica, cognitiva o conductual"*;precisándose que si estos *daños o afectación* causan a la víctima un daño *grave o muy grave*, configuran delito de lesiones

graves; si causan daño *moderado,* configuran delito de lesiones leves; y, si causan daño *leve,* configuran faltas contra la persona.

Asimismo, dicha Ley incorporó al Código Penal el presente artículo 124°-B (el mismo que, a la fecha, ha sido modificado por el D. Leg. N° 1323, del 6 de enero del 2017), esta Ley establecía los criterios para determinar los niveles de estos daños psíquicos; y precisaba que estos debían determinarse mediante valoración hecha de conformidad con el Instrumento Técnico Oficial Especializado que orienta la labor pericial; en este caso, la Resolución de Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-PM-FN, del 08 de setiembre del 2016, a través de la cual se aprueban las guías para la determinación de los daños corporales y los daños psicológicos. Sin embargo, con la norma actual (D. Leg. N° 1323) la determinación del *daño psíquico o la afectación psicológica* se puede determinar, en general, a través de un examen pericial o cualquier otro medio idóneo; con lo cual el concepto se torna totalmente abierto e incierto, puesto que cualquier perito puede determinar la entidad y magnitud del daño, lo que a la vez incide directamente en la configuración del delito o la falta contra la persona.

Para definir el *daño psíquico* y la *afectación psicológica* en primer lugar, debemos precisar algunas ideas sobre salud mental.

9.2. SALUD MENTAL

Tal como ya lo hemos referido, en general, el bien jurídico protegido por los tipos penales de lesiones, es la salud de las personas; y claro, dentro de esta se comprende a la salud corporal y a la salud mental. Si bien respecto a la salud corporal se han manejado criterios y conceptos medianamente objetivos, ello no ha sucedido con la definición de la "salud mental", respecto de la cual se ha manejado un concepto expresado mayormente en términos legales, imprecisos conceptualmente[1400].

[1400] AMOR, Pedro J.; ECHEBURÚA, Enrique; CARRASCO, Miguel A.: Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. En *Actualidad Penal,* N° 28, octubre 2016, Lima, Instituto Pacífico, p. 45.

En tal sentido, ahora que se han incorporado los daños psíquicos y la afectación psicológica, cognitiva o conductual (artículo 24°-B del CP), se requiere de la configuración o ideación de criterios objetivos para su determinación, así como también resulta necesario precisar la idea que tenemos respecto a la salud mental. Al respecto la Guía de Valoración de Daño Psíquico, del Ministerio Público define a la salud mental en los siguientes términos: *"La salud mental es un estado dinámico de bienestar subjetivo, en permanente búsqueda de equilibrio, que surge de las dimensiones biopsicosociales y espirituales del desarrollo y se expresa en todas las esferas de la conducta de la persona (comportamientos, actitudes, afectos, cogniciones y valores); todo lo cual se plasma en el establecimiento de relaciones humanas equitativas e inclusivas, de acuerdo a la edad, sexo, etnia y grupo social, así como en la participación creativa y transformadora del medio natural y social, buscando condiciones favorables para el desarrollo integral, individual y colectivo"*[1401]. Y agrega más adelante: *"La salud mental, a nivel individual, implica entre otros aspectos: a) la asunción de un proyecto de vida a partir del reconocimiento de las propias carencia y limitaciones; b) la capacidad de autocuidado, empatía, tolerancia y confianza en la relación con las demás personas; c) la facultad de postergar impulsos, deseos, gratificaciones inmediatas al mediar un pensamiento guiado por valores y principios sociales y culturales interiorizados; d) el reconocimiento de la diferencia y límites entre el mundo subjetivo y la percepción consensuada de la realidad; e) la acción creativa y transformadora del medio, generadora de condiciones favorables para el desarrollo de los recursos personales; f) la capacidad de disfrute y de buscarle sentido a la vida"*[1402].

Obviamente este es un concepto general que comprende diversos aspectos y enfoques, pero en general este estado subjetivo proporciona equilibrio al sujeto en su situación o condición individual, familiar y

[1401] Guía de Valoración de Daño Psíquico aprobado por Resolución de Fiscalía de la Nación N° 3962-2016-MP-FN, del 8 de setiembre de 2016. p. 21.

[1402] Guía de Valoración de Daño Psíquico. p. 22.

social. Este estado de equilibrio puede afectarse de diversa forma y grado por el daño psíquico o mental. Y claro, cualquier afectación solo podrá ser determinada por peritos psicólogos o psiquiátricos, con la experiencia suficiente y con los instrumentos adecuados desarrollados por la doctrina y especialmente por los descritos en la Guía de Valoración referida.

9.3. DAÑO O LESIÓN A LA SALUD MENTAL; DAÑO PSÍQUICO; LESIÓN PSICOLÓGICA, AFECTACIÓN PSICOLÓGICA, COGNITIVA O CONDUCTUAL; DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA

Respecto a la definición de estos términos o conceptos no existe unanimidad entre los autores, a la vez que tampoco hay claridad en las definiciones presentadas. Inclusive algunos sostienen que todos estos conceptos podrían considerarse como sinónimos[1403]. Desde una perspectiva jurídica o de la legislación penal se aprecia que el artículo 121° del CP hace referencia a "daño a la salud mental", el artículo 122° se refiere a "daño psíquico" y el artículo 124°-B habla además, de "afectación psicológica, cognitiva y conductual", pero no se aprecia una diferencia en estos conceptos que tenga propiamente una relevancia jurídico-penal.

No obstante, desde una perspectiva netamente psicológica, los diversos autores hacen referencia a ciertas diferenciaciones que, con ánimo informativo, las plasmamos a continuación.

9.3.1. LESIÓN A LA SALUD MENTAL

Consiste en un menoscabo a la *salud psíquica o mental*[1404] de la persona, la cual comprende la concurrencia de una enfermedad o

---

[1403] http://psicologos-forenses.blogspot.pe/2010/11/dano-moral-dano-psiquico-dano.html

[1404] FELIP I SABORIT: *Ob. Cit.* p. 65; ROMEO SABONA: *Ob. Cit.* pp. 209-210; PEÑARANDA RAMOS: *Ob. Cit.* p. 410 refiere que la jurisprudencia en su país no ha tenido inconveniente para incluir en el delito una lesión psíquica que adoptó la forma de depresión reactiva que se presentó como consecuencia

una situación de perturbación mental que configuran un trastorno mental, entendido como un síndrome psicológico o comportamental de significación clínica que sufre una persona y que aparece asociado a malestar, a una discapacidad o a un riesgo de morir o sufrir dolor, discapacidad o pérdida de libertad[1405]. Esta perturbación o trastorno, para constituir delito de lesiones debe significar una alteración patológica del psiquismo durable o relativamente pasajera (vg., desmayos, depresiones, lagunas mentales, pérdidas de memoria) cuando menos de más de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa[1406], quedando excluida la mera impresión, sensación, percepción[1407] así como los meros desajustes afectivos o emocionales[1408].

En nuestro sistema jurídico-penal estas lesiones siempre han estado consideradas pero se las vinculaba especialmente a las lesiones causadas a la integridad corporal (traumatismos encéfalo-craneanos o similares) que a la vez significaban afectaciones a las facultades men-

---

de un delito de agresiones sexuales; o una enfermedad psíquica (neurosis traumática de angustia) que fue provocada por unas agresiones llevadas a cabo por agentes de la policía abusando de sus funciones públicas. Asimismo, refiere que la STS 9-6-1998, ha afirmado que puede considerarse como lesión la conducta de quién obliga a un niño de once años a presenciar el asesinato de su hermana menor de tres años, pues ello *"altera, al menos transitoriamente, el equilibrio psíquico de una manera no irrelevante"*.

[1405] Guía de Valoración del Daño Psíquico. p. 47.

[1406] Salvo actuaciones culposas, en cuyo caso para ser consideradas delictivas se requiere de no menos de 15 días de atención facultativa o incapacidad para el trabajo.

[1407] SOLER: *Ob. Cit.* p. 113.

[1408] TAMARIT SUMALLA: *Ob. Cit.* p. 89, a este respecto trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo Español del 30 de octubre de 1994, donde se niega la existencia de cualquier tipo de enfermedad mental en sentido de dolencia de origen exógeno o endógeno en el caso de unos menores integrados en un grupo calificado como secta sometidos a prácticas educativas no convencionales, precisando que los daños psíquicos tienen que ir más allá de las simples carencias y desfases sociales y superar los meros desajustes afectivos o emocionales.

tales o emocionales de la víctima, así como también a las afectaciones psicológicas producidas como consecuencia de un hecho violento como una violación sexual o un accidente violento.

Actualmente, con la modificación de las normas penales, se ha establecido un criterio más amplio que comprende, además, a toda afectación configurativa de daño psíquico, como las producidas por maltratos de menor impacto violento, pero que por su permanencia, continuidad o gran frecuencia, o porque provienen de sujetos de quienes, precisamente, se espera protección, paulatinamente van minando la salud mental de la víctima.

Entonces, a la fecha, cuando se tenga que evaluar los daños a la salud mental referidas por las normas penales se tendrá que considerar el tradicional daño a la salud mental así como el daño psíquico de reciente configuración, en el que se comprenden las lesiones psicológicas y las secuelas emocionales, así como también las llamadas afectaciones psicológicas, cognitivas o conductuales, establecidas recientemente por el D. Leg. N° 1323.

En realidad, el término lesión o afectación a la salud mental, tiene una connotación más legal que psíquica, y presenta mayor imprecisión conceptual; aun cuando expresamente se la considera en las normas penales, como el numeral 3 del artículo 121° del CP, recientemente modificado por el D. Leg. N° 1323, norma que establece que para que la afectación a la salud mental constituya el delito de lesiones graves, debe presentar un nivel grave o muy grave.

9.3.2. DAÑO PSÍQUICO O PSICOLÓGICO

En general se entiende como daño psíquico o psicológico, por un lado a las lesiones psíquicas agudas producidas por un hecho (delito) violento que en algunos casos puede remitir (desaparecer) con el paso del tiempo, el apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado, y por otro a las secuelas emocionales que persisten en la persona de forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que intervienen negativamente en su vida cotidiana. En ambos casos es la consecuencia

de un suceso negativo que desborda la capacidad de afrontamiento y de adaptación de la víctima a la nueva situación[1409].

La Guía de Valoración del daño psíquico del Ministerio Público aprobada por Resolución de Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-PM-FN, del 08 de setiembre del 2016, define a este *"como la afectación y/o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo*[1410]".

Como puede apreciarse, se considera no solo los daños ocasionados por hechos violentos, sino también los causados por una pluralidad de maltratos o conjunto de situaciones propias de casos de violencia familiar o de género, que son los considerados en la nueva legislación. Al respecto, la Guía se refiere a las distintas formas de violencia, precisando que estas pueden ser: *violencia psicológica*, consistentes en actos tendientes a controlar o aislar así como humillar o avergonzar a la víctima; *violencia sexual*, consistente en realizar actos de naturaleza sexual contra una o más personas o hacer que estas realicen un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica, el abuso de poder, o aprovechando un entorno de coacción o de incapacidad de las personas de dar su consentimiento genuino, etc.[1411] Asimismo, también considera la violencia ejercida contra *menores, incapaces o ancianos*, como personas especialmente vulnerables dentro de las relaciones familiares y sociales.

[1409] ECHEBURÚA, Enrique; PAZ DE CORRAL y AMOR, J. Pedro: *Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos.* (Con cita PYNOOS, SORENSON Y STEINBERG). http://masterforense.com/pdf/2004/2004art19.pdf (Consulta del 11 de enero del 2017).

[1410] Guía de valoración del daño psíquico del Ministerio Público: p. 40.

[1411] Guía de valoración del daño psíquico del Ministerio Público: p. 28.

En los casos de daño psicológico por hechos violentos, se dice que el daño atraviesa por fases. "En una primera etapa suele surgir una *reacción de sobrecogimiento*, con un cierto enturbiamiento de la conciencia y con un embotamiento global, caracterizado por lentitud, abatimiento general, pensamiento de incredulidad y pobreza de reacciones. La víctima se encuentra metida en una *niebla intelectual*. En una segunda etapa, a medida que la conciencia se hace más penetrante y se diluye el embotamiento producido por el estado de *shock*, se abren paso *vivencias afectivas dramáticas* (dolor, indignación, rabia, impotencia, culpa, miedo, etc.) que alternan con momentos de profundo abatimiento. Y por último hay una *tendencia a revivir intensamente el suceso*, bien de forma espontánea o bien en función de algún estímulo concreto asociado (como un timbre, un ruido o incluso un olor) o de algún estímulo más general (una película violenta, el aniversario del suceso, el cumpleaños, la celebración de la navidad, etc.)"[1412].

Asimismo, puede decirse que una persona presenta un daño psíquico cuando presenta deterioro, disfunción, o trastorno que afecta sus esferas afectivas y/o volitiva y/o intelectual, como consecuencia del cual se ve limitada o disminuida su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa[1413].

También se dice que "el daño psíquico se da a nivel inconsciente, pero trae consecuencias en la manifestación conductual y en toda la estructura del sujeto, con importantes repercusiones en la esfera afectiva y, por consiguiente, en la interrelación con el medio"[1414]; por ello se sostiene que el daño psíquico difiere del daño moral, en

---

[1412] Guía de Valoración de Daño Psíquico. p. 22.

[1413] ALVAREZ, VARELA: *Daño Psíquico.* https://psicologiajuridicaforense.wordpress.com/2011/03/09/dano-psiquico/ (Consulta del 25 de noviembre del 2016).

[1414] ALVAREZ, VARELA: *Daño Psíquico.* https://psicologiajuridicaforense.wordpress.com/2011/03/09/dano-psiquico/ (Consulta del 25 de noviembre del 2016).

tanto este último se produce a nivel la conciencia. En tal sentido, en el daño psíquico el sujeto estaría en imposibilidad de modificar, cambiar o revertir por sí mismo (sin ayuda profesional) una situación determinada, que por sus características, ya sean de intensidad o de tolerancia del sujeto, la carga del ataque sufrido fue reprimido y alejado de la conciencia, por lo que perdurarán las consecuencias, hasta que no sea tratado o curado a través de la terapia correspondiente. En cambio en el daño moral existe una percepción consciente del perjuicio y sufrimiento que no es reprimida y queda dentro de los límites de la conciencia. La diferencia entre ambos daños sería la forma de elaborar el duelo[1415].

De otro lado, se dice que el *daño psíquico o psicológico*, está conformado por la *lesión psíquica*, referida clínicamente a una alteración importante en la adaptación del sujeto a la vida cotidiana en todos sus ámbitos –familiar, laboral, social, etc.-, así como por las *secuelas psíquicas o emocionales* que pueden persistir en la víctima de forma crónica y que interfieren negativamente en su vida cotidiana. Pues, cuando se produce el daño psíquico se ve alterada la capacidad de afrontamiento y de adaptación de la víctima a la nueva situación[1416].

a) Lesión psíquica o psicológica

La lesión psíquica se refiere a una alteración clínica aguda que sufre una persona como consecuencia de haber experimentado un suceso violento que la incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social. Esta es medible por medio de instrumentos de evaluación adecuados como los considerados en la Guía de

---

[1415] ALVAREZ, VARELA: *Daño Psíquico.* https://psicologiajuridicaforense.wordpress.com/2011/03/09/dano-psiquico/ (Consulta del 25 de noviembre del 2016).

[1416] AMOR, ECHEBURÚA y CARRASCO: *Ob. Cit.*, p. 43.

Valoración del daño Psíquico. Tal como ya se indicó, es distinta del *menoscabo a la integridad moral,* que es una noción más imprecisa, subjetiva y que implica más una percepción de perjuicio a los bienes inmateriales del honor o la libertad que al malestar emocional propiamente dicho.

Las lesiones psíquicas más frecuentes son las alteraciones adaptativas (como un estado anímico deprimido, ansioso o mixto), el trastorno de estrés postraumático (TEPT) o la descompensación de una personalidad anómala. Más en concreto, a nivel cognitivo, la víctima puede sentirse confusa y tener dificultades para tomar decisiones, con una percepción profunda de indefensión (de estar a merced de todo tipo de peligros) y de incontrolabilidad (de carecer de control sobre su propia vida y su futuro); a nivel psicofisiológico, puede experimentar sobresaltos continuos y problemas para tener un sueño reparador; y, por último, a nivel de las conductas observables, puede mostrarse apática, evitativa y con dificultades para retomar la vida cotidiana.[1417]

b) Secuelas emocionales

"Las secuelas emocionales, a modo de *cicatrices psicológicas,* se refieren a la estabilización del daño psíquico, es decir, a una discapa-

---

[1417] AMOR, ECHEBURÚA, CARRASCO: *Ob. Cit.* p. 44. Estos mismos autores describen la sintomatología de las lesiones psicológicas: *Ansiedad; preocupación constante por el trauma, con tendencia a revivir el suceso; alteraciones en el ritmo y el contenido del sueño; hostilidad, agresividad, abuso del alcohol y de drogas; depresión; pérdida progresiva de confianza personal debido a los sentimientos de indefensión y de desesperanza experimentados; sentimientos negativos: humillación, vergüenza, culpa o ira; pérdida del interés o de la concentración en actividades anteriormente gratificantes; falta o pérdida del deseo sexual; disminución de la autoestima; modificación de las relaciones (dependencia emocional, aislamiento); cambio drástico en el estilo de vida, con miedo a acudir a los lugares de costumbre, necesidad apremiante de trasladarse de domicilio; cambio en el sistema de valores, especialmente la confianza en los demás y la creencia en un mundo justo; aumento de la vulnerabilidad, con temor a vivir en un mundo peligroso y pérdida de control sobre la propia vida.*

cidad permanente que no remite con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado. Se trata, por tanto de una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico habitual o, dicho en términos legales más imprecisos conceptualmente, de un menoscabo de la salud mental.

Las alteraciones psíquicas más frecuentes en las víctimas de sucesos violentos se refieren a la modificación permanente de la personalidad (...), es decir, a la aparición o a la acentuación marcada de rasgos de personalidad nuevos, estables e inadaptativos (por ejemplo, dependencia emocional, suspicacia o irritabilidad) que se mantienen durante, al menos 2 años y que llevan a un deterioro de las relaciones interpersonales y a una falta de rendimiento en la actividad laboral.

Esta transformación persistente de la personalidad puede ser un estado crónico o constituir una secuela irreversible de un trastorno de estrés postraumático complejo, que puede surgir como consecuencia de haber sufrido un suceso violento o una revictimización.

La dificultad de valoración de las secuelas emocionales estriba en la evaluación *post hoc*, en donde no siempre es fácil delimitar el daño psicológico de la inestabilidad emocional previa de la víctima, así como en la necesidad de establecer un pronóstico diferido (curabilidad/incurabilidad)[1418].

9.3.3. AFECTACIÓN PSICOLÓGICA, COGNITIVA O CODUCTUAL

La reciente modificación introducida por el reciente D. Leg. N° 1323, del 6 de enero del 2017, ha considerado, aparentemente, como conceptos diferentes de los daños psíquicos, a la afectación psicológica, a la afectación cognitiva y a la afectación conductual. E incluso ha precisado que estas no se corresponden con los niveles de daño psíquico.

[1418] AMOR, Pedro J.; ECHEBURÚA, Enrique; CARRASCO, Miguel A.: Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. En *Actualidad Penal*, N° 28, octubre 2016, Lima, Instituto Pacífico, p. 45.

Solo con la intención de presentar algunos criterios interpretativos de este artículo, vamos a referirnos brevemente a cada una de estas afectaciones consideradas por la ley. Así, analizando el concepto de daños psíquicos y de la revisión del contenido del propio D. Leg. N° 1323, apreciamos que el legislador ha entendido como *afectación psicológica* a la causada o generada como consecuencia de que la víctima (especialmente niños, ancianos o personas discapacitadas) es obligada por el agente a presenciar cualquier modalidad de actos violentos o delitos graves como asesinato, homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, sobre todo cuando la víctima de estos delitos es una persona cercana como padres hermanos, otros familiares o queridos.

Obviamente, el impacto psicológico en estos casos es devastador contra la víctima a la que se hace presenciar estos crímenes o aberraciones, y claro, normalmente la secuela emocional negativa generada será un daño psíquico de nivel muy grave o grave; lo cual califica como lesiones graves, conforme al numeral 4 del artículo 121° del Código Penal; pero la calificación de lesión grave solo procederá si es que la víctima ha sido obligada a presenciar, o dolosamente se ha permitido que presencie[1419] la comisión de un delito de homicidio doloso, lesiones dolosas o violación sexual de un familiar, tal como lo estipula el artículo antes referido; si se tratase de otros delitos u otros supuestos, solo calificará como lesiones leves o faltas. Pues, en virtud al principio de legalidad y al principio de especialidad, la interpretación de este artículo (124°-B) debe hacerse en concordancia con el numeral 4 del artículo 121° del Código Penal, modificado por el D. Leg. N° 1323.

Asimismo, las *afectaciones cognitivas* significan un menoscabo intelectual, es decir, un detrimento en la capacidad del razonamiento y entendimiento, que lleva a la víctima a un estado de confusión en el que presenta dificultades para entender y para tomar decisiones.

[1419] También debe considerarse el supuesto preterintencional previsto en el artículo 121°, numeral 4 del Código Penal, modificado por el D. Leg. N° 1323.

Obviamente, esta afectación tendrá efectos perniciosos en la vida de relación, familiar, laboral y social de la persona, lo que puede significar un nivel de daño psíquico muy grave, grave, moderado o también leve.

Igualmente por *afectaciones conductuales* son aquellas que tienen incidencia directa o indirecta en el comportamiento social, familiar, laboral y relacional de la víctima; estas tienen importantes repercusiones en la interrelación con el medio[1420], que se evidencia en conductas observables, como apatía, depresión, ansiedad y en general dificultades para retomar la vida cotidiana; puede mostrarse también a través de conductas irascibles, agresivas, etc., las que claramente constituyen expresiones de daños psíquicos con honda incidencia en la vida de la víctima.

En realidad, hasta donde hemos podido averiguar, estas afectaciones también configuran formas de daños psíquicos o secuelas emocionales (psicológicas) tal como ya lo hemos señalado líneas antes, y por ello no tienen mayor importancia en la determinación de las lesiones psicológicas a tenerse en cuenta para la tipificación de las lesiones, como graves, leves, o faltas. Esto es, no tienen mayor incidencia jurídico-penal. En tal sentido, más allá de la forma como pueden ser determinadas o abordadas estas afectaciones para su estudio y tratamiento, consideramos que los criterios aplicables para los daños psíquicos y las afectaciones psicológicas, cognitivas y conductuales son los mismos.

En efecto, en la doctrina se maneja este criterio; así se precisa que, puede decirse que una persona presenta un daño psíquico cuando presenta deterioro, disfunción, o trastorno que afecta sus esferas afectivas y/o volitiva y/o intelectual, como consecuencia del cual se ve limitada o disminuida su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social

[1420] ALVAREZ, VARELA: *Daño Psíquico.* https://psicologiajuridicaforense.wordpress.com/2011/03/09/dano-psiquico/ (Consulta del 25 de noviembre del 2016).

y/o recreativa[1421]. De esto se aprecia que también se considera a la *afectación volitiva* o conductual (daño a nivel de la conducta), dentro de los daños psíquicos. Asimismo, se comprende como daño psíquico a la *afectación intelectual,* que está referida a la afectación cognitiva.

Obviamente, se debe tener en cuenta que los eventos violentos o de maltrato o humillación continua, no tienen los mismos efectos en todas las personas, especialmente en todos los niños y por ello deberá realizarse las pericias correspondientes, a fin de determinar su existencia y magnitud. En efecto, frente a la presencia de acontecimientos graves que normalmente causan estrés traumático causante de daños psicológicos, por diversas razones o circunstancias favorables (inteligencia, temperamento, apoyo familiar, ambiente social, etc.), muchas personas especialmente los niños, desarrollan una capacidad de resistencia para afrontar el evento dañino sin desarrollar patologías psicológicas; esto es lo que ha devenido en llamarse *resiliencia,* que es la capacidad sorprendente de adaptación, o incluso de salir robustecidos del evento delictivo o violento[1422].

Así las cosas, apreciamos que la norma penal recientemente modificada, aun cuando pretende diferenciar entre lesión a la salud mental, daños psíquicos, afectación psicológica, cognitiva o conductual, si bien puede aportar precisiones propias de la ciencias de la Psicología o la Psiquiatría, para efectos legales prácticos no tiene mayor importancia, puesto que a todos los casos les da el mismo tratamiento y su determinación también se realizará con las pericias correspondientes a través de los mismos instrumentos o técnicas pertinentes.

[1421] ALVAREZ, VARELA: *Daño Psíquico.* https://psicologiajuridicaforense.wordpress.com/2011/03/09/dano-psiquico/ (Consulta del 25 de noviembre del 2016).

[1422] ALCÁNTARA LÓPEZ, María Vicenta: *"Las víctimas invisibles. Afectación psicológica en menores expuestos a violencia de género.* Tesis doctoral, Facultad de Psicología, Universidad de Murcia, Murcia, 2010. http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/80599/TVAL.pdf (Consulta del 11 de enero del 2017).

9.3.4. DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA

En general se dice que el daño moral, es todo sufrimiento, dolor o padecimiento de índole espiritual que sufre una persona independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial. En el daño moral localizamos: lesión a los sentimientos, a la libertad individual, agravio a la paz y afección en el orden eminentemente moral. No implica conformación patológica. Se escapa al horizonte pericial psicológico forense, quedando a cargo del juez su evaluación[1423].

Cuando nos referimos al daño psíquico hablamos de las consecuencias psicológicas causadas por un delito, mientras que al hacerlo sobre el daño moral abordamos el perjuicio que ha supuesto para la persona en su honor o en su libertad a consecuencia del hecho delictivo padecido.

De otro lado el daño moral es ideal o espiritual, a diferencia del daño material, que es un daño concreto que puede originarse directamente en forma de privación de un interés respecto de un bien jurídico material o patrimonial[1424]. El daño moral es el que alguien sufre en un bien de la vida, como salud, libertad, honor, etc., que no pueden ser evaluados patrimonialmente, es decir, no son apreciables en dinero[1425],

---

[1423] ALVAREZ, VARELA: *Daño Psíquico.* https://psicologiajuridicaforense.wordpress.com/2011/03/09/dano-psiquico/ (Consulta del 25 de noviembre del 2016).

[1424] ZAVALA DE GONZÁLEZ: *Ob. Cit.* p. 232. BUERES: *Ob. Cit.* p. 288.

[1425] No obstante, la indemnización de estos daños extrapatrimoniales, es de naturaleza pecuniaria o patrimonial, con lo que se cae en el contrasentido de reparar patrimonialmente lo que por esencia no tiene esta naturaleza. Este hecho al parecer estaría orientado por el deseo de venganza de la víctima (al decir de De Trazegnies) y también por la aspiración retribucionista de la sociedad; por lo que dicha indemnización pareciera funcionar más como una sanción al responsable, que como la reparación o resarcimiento a la víctima. Esta situación genera una contradicción jurídica, ya que según la doctrina y la general convicción de los juristas, la indemnización de los daños y perjuicios en el campo civil tiene como centro a la víctima

aun cuando también puede ser consecuencia mediata de un daño patrimonial[1426].

A este orden de daños morales también pertenecen los daños inmateriales así como una parte importante de los llamados *daños a la persona*[1427]. En realidad, el daño moral abarca a todos los

---

del daño y su fundamento y finalidad es la reparación del daño y no la sanción al responsable, por lo que esta situación constituye una incoherencia sistemática del ordenamiento jurídico. Es por ello que el proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil consideraba la indemnización pecuniaria del daño moral solo excepcionalmente, por considerar su autor que lo "extrapatrimonial" es por definición algo no medible en dinero, por lo que tampoco es reparable con dinero, porque ambos conceptos pertenecen a un orden de cosas diferentes. DE TRAZEGNIES: *Ob. Cit.* p. 110.
Esta posición es la establecida por los Códigos Civiles Alemán y Suizo, y la legislación civil Italiana que disponen la indemnización del daño moral solo cuando el hecho dañoso constituye delito; con lo que se evidencia la cercanía de la indemnización por daños morales o extrapatrimoniales con las sanciones jurídicas (penales o administrativas). Resultan congruentes con la duda de la indemnización pecuniaria del daño a la persona, las ideas de LARENZ, quien sostiene que "todo aquello que produce a la persona un dolor corporal o moral o le ocasiona indignación o mortificación, le afecta quizás más intensamente que el menoscabo patrimonial, pero no puede ser expresado mediante una suma de dinero, no compensado con la misma. Al perjudicado en este caso solo es posible concederle una especie de satisfacción en forma de compensación económica, fijada según la equidad que representa al menos una compensación indirecta por la injusticia sufrida, en cuanto le confiere la posibilidad de aplicarla a su arbitrio. Excepcionalmente puede reclamar el dinero del dolor, aquél que ha sido lesionado por otro en su cuerpo, salud o libertad". LARENZ, Karl: *Derecho Civil. Obligaciones.* T.I. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pp. 129 y 130.

[1426] LARENZ, Karl: *Ob. Cit.* p. 195. En el mismo sentido, ZAVALA DE GONZÁLEZ: *Ob. Cit.* p. 232. BUERES: *Ob. Cit.* p. 304.

[1427] FERNÁNDEZ SESSAREGO considerando como una entidad distinta del daño moral al llamado "daño a la Persona", señala "... el daño a la persona se refiere a todas aquellas múltiples situaciones en las cuales el sujeto, por sufrir una lesión en su integridad sicosomática, está normalmente sometido a consecuencias no patrimoniales que inciden sobre la persona considerada en sí misma": El Daño a la Persona. En *Libro Homenaje a José León Barandiarán.* Editorial Cusco, Lima, 1985, p. 185.

tipos de daños no apreciables en dinero, como el sufrimiento, la afección, la pena o la afectación del sentimiento de la propia dignidad.

9.3.5. TIPOS DE DAÑOS PSIQUICOS O LESIONES PSICOLÓGICA

a) Daños psíquicos causados por traumatismos encéfalo-craneanos

Los daños psíquicos o psicológicos pueden clasificarse por la causa o forma como se producen; así tenemos, los daños causados por lesiones físicas o corporales consistentes, fundamentalmente, en traumatismos encéfalo-craneanos generados o sobrevinientes (postraumáticas) a las referidas lesiones; este tipo de daños se han considerado tradicionalmente en las diversas legislaciones, como daños a la salud mental. Más que su apreciación o determinación por peritos psiquiatras o psicólogos, era determinado por el propio médico encargado del tratamiento o apreciación de las lesiones corporales, puesto que este daño psicológico se muestra de forma evidente.

b) Daños psíquicos causados por delitos violentos

En estos el grado del daño psicológico (lesiones y secuelas) está medido por la intensidad/duración del hecho y la significación emocional del suceso sufrido, el carácter inesperado del acontecimiento y el grado real del riesgo experimentado, las pérdidas sufridas, la mayor o menor vulnerabilidad de la víctima y la posible concurrencia de otros problemas actuales (nivel familiar y laboral, por ejemplo) y pasados (historia de victimización), así como por el apoyo social existente y los recursos psicológicos de afrontamiento disponible. Todo ello junto con las consecuencias físicas y sociales

---

Sin embargo, gran parte de la doctrina autorizada, en criterio que suscribimos, considera que este tipo de daños no tienen razón de ser en nuestro ordenamiento jurídico (y en la doctrina en general), por el contrario, tal como refiere Leysser LEÓN, solo representarían un "accidente". LEÓN, Leysser: *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.* Jurista Editores, Lima, 2007, p. 24.

del suceso ocurrido; configura la mayor o menor resistencia al estrés de la víctima[1428].

c) *Daños psíquicos causados por maltratos continuos (violencia familiar)*

Se refiere a las lesiones físicas, psíquicas o sexuales llevadas a cabo reiteradamente en el hogar por parte de un familiar, que vulneran la libertad de otra persona y que le causan un daño físico o psicológico. Especial importancia dentro de este tipo de daños psicológicos son los causados a *mujeres,* especialmente a la pareja, que pueden ser reflejo de diversas actitudes de parte del agresor, como hostilidad, consistente en reproches, insultos o amenazas de violencia física o de muerte; desvalorización, que supone un desprecio continuado de las opiniones, de las tareas o incluso del propio cuerpo de la víctima; e, indiferencia, que representa una falta total de atención a las necesidades afectivas y a los estados de ánimo de la mujer[1429].

Otro tipo de estos daños psicológicos son los causados a los *menores de edad,* fundamentalmente en el seno familiar. Los daños causados a los niños tienen efectos perniciosos en el futuro de la víctima. "El estado de inmadurez y dependencia familiar, característico de un menor en proceso de desarrollo lo hace especialmente vulnerable a la adversidad de la violencia procedente del contexto de seguridad y protección que se atribuye y tiene asignado la familia"[1430]. Estos daños revisten especial gravedad porque impiden el óptimo desarrollo de los menores, generando importantes consecuencias en la adolescencia y en la vida adulta. Igualmente son causados por conductas de hostilidad,

---

[1428] AMOR, ECHEBURÚA, CARRASCO: *Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos.* p. 44.

[1429] AMOR, ECHEBURÚA, CARRASCO: *Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos.* p. 52.

[1430] AMOR, ECHEBURÚA, CARRASCO: *Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos.* p. 54.

desprecio, críticas o burlas dirigidas al menor en menoscabo de una interacción infantil adecuada; pero es el abuso sexual el que genera las consecuencias más graves en el menor, como cambios bruscos de conductas, conductas sexuales alteradas y sintomatología disociada y postraumática[1431].

Finalmente otra clase de daños psicológicos son los ocasionados a los *ancianos,* como parte vulnerable de la familia o de la sociedad. "El maltrato a los ancianos comprende toda *acción* (única o repetida) o falta de respuesta apropiada que causa daño o angustia a una persona mayor y que ocurre dentro de cualquier relación donde existe una expectativa de confianza. En definitiva se trata de cualquier acción que vulnera la integridad física, psíquica o los derechos fundamentales del anciano"[1432].

9.4. DETERMINACIÓN DEL DAÑO PSIQUICO Y LAS AFECTACIONES PSOCOLÓGICAS, COGNITIVAS Y CONDUCTUALES

El artículo 124°-B del CP, incorporado por la Ley N° 30364 introdujo en forma específica el concepto de lesión psicológica en general, más allá de los daños psicológicos causados por las lesiones corporales consideradas como afectaciones a la salud mental. Esta norma estipula que el nivel de gravedad de las lesiones será determinado mediante valoración realizada de conformidad con el *instrumento técnico oficial especializado* que orienta la labor pericial de determinación de las lesiones psicológicas; precisando que si el nivel del daño psíquico es *grave o muy grave,* la lesión psicológica (mental) será considerada grave; si fuera *moderado,* la lesión será considerad leve; y, si el *nivel fuera leve,* la lesión psicológica será considerada una falta contra la persona.

[1431] AMOR, ECHEBURÚA, CARRASCO: *Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos.* p. 56.

[1432] AMOR, ECHEBURÚA, CARRASCO: *Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos.* p. 59.

Se considera instrumento técnico oficial especializado, a la *Guía de Valoración del Daño Psíquico del Ministerio Público* (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público) aprobada por Resolución de Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-FN, del 8 de setiembre del 2016. En efecto, el artículo 75° del Reglamento de la Ley N° 30364, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP establece que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público es el ente que fija los parámetros para la evaluación y calificación del daño físico y psíquico generado por la violencia perpetrada contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; asimismo, la propia Guía precisa: *"La guía constituye un instrumento técnico oficial especializado que orienta la labor pericial de los psiquiatras, psicólogos y psicólogas del instituto de Medicina Legal y Ciencia Forenses certificados; y, es aplicable a personas mayores de edad víctimas de violencia intencional"*[1433].

En la Guía se precisa que el derecho a la integridad personal o integridad psicosomática no se expresa únicamente en el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano, sino que también persigue la preservación de la integridad psíquica de la persona que comprende toda habilidad motriz, emocional e intelectual, proscribiendo cualquier conducta que pueda afectarlas o alterarlas[1434].

[1433] GUÍA: p. 10. no se comprenden en la Guía a las lesiones causadas a menores de edad, porque se asume que en estos los estados de ánimo o psíquico son dinámicos, volátiles o variables, por lo que no se puede determinar con exactitud y con un nivel de objetividad la entidad, magnitud y duración de dichas lesiones. En tal sentido, aún queda pendiente la elaboración de un instrumento oficial que estandarice la actuación de los peritos psicólogos o psiquiátricos respecto a la determinación de los daños psíquicos causados a menores de edad.

[1434] BECERRA, Cristian Roberto Carlos: Daño psicológico de faltas y delitos: ¿Tipicidad o atipicidad? En *Actualidad Penal,* N° 28, octubre 2016, Lima, Instituto Pacífico, p. 109.

Debemos precisar, que al considerarse a la Guía como instrumento técnico oficial especializado para la determinación de los elementos típicos "grave o muy grave", "moderado" o "leve", que a la vez determinan si estamos ante una delito de lesiones graves, lesiones leves o una falta contra la persona, se contaba con un criterio objetivo y relativamente seguro para la determinación de estos elementos típicos, y con ello el Juez y el Fiscal así como los abogados defensores podían atenerse a criterios más o menos objetivos. Lamentablemente, a la fecha, con la modificación introducida por el D. Leg. N° 1323, la Guía del Ministerio Público ya no sería el instrumento técnico oficial especializado, pues, se ha precisado que los niveles del daño psíquico pueden ser determinados a través de un examen pericial o cualquier otro elemento probatorio objetivo emitido por entidades públicas o privadas especializadas en la materia. Con ello, la determinación de estos elementos prácticamente ha quedado en la incertidumbre, porque las entidades competentes para realizar la pericia, no necesariamente van a aplicar criterios uniformes, lo cual va a generar inseguridad jurídica, puesto que un caso leve puede ser considerado grave y viceversa o un caso puede ser considerado delito a pesar de que es menos grave que uno que ha sido considerado como falta. Por tal razón creemos que la modificación ha generado confusión en lugar de aclarar las cosas.

A fin de superar estas inconveniencias, la determinación y valoración del daño psíquico, debe realizarla el perito psicólogo o psiquiatra, conforme a las reglas científicas y técnicas (*lex artis)* de sus respectivas especialidades y observando las reglas y procedimientos establecidos en el Instrumento Técnico Oficial Especializado para la determinación de la lesión psicológico o daño psíquico, esto es, la Guía de Valoración de Daño Psíquico aprobado por Resolución de Fiscalía de la Nación N° 3962-2016-MP-FN.

Al respecto resulta de vital importancia que "...los psicólogos forenses tengan una experiencia clínica amplia, recurran a diferentes fuentes de información, dispongan de distintos métodos de evalua-

ción (...) validados en el contexto pericial y, por último, que tengan un buen entrenamiento especializado en el control de la simulación/ disimulación y en la detección del engaño"[1435].

Si bien la determinación del daño, dada la especial naturaleza del mismo, no va a poder realizarse con exactitud, los peritos pueden proporcionar conclusiones muy aproximadas respecto a su entidad y magnitud.

La Guía de Valoración del Daño Psíquico ha desarrollado reglas y procedimientos que deben tener en cuenta los peritos al emitir su dictamen, habiendo considerado diversas variables que permiten realizar una comprensión integral del caso. Las variables consideradas son: *a) organización de personalidad; b) entorno sociocultural; c) descripción del evento/situación traumática; d) curso de la historio del daño psíquico; e) tiempo; f) evaluación clínico forense; g) proyecto de vida; y, h) consistencia de los indicadores de daño psíquico encontrados y su relación con los hechos de violencia referidos;*

Asimismo, la Guía y también la doctrina, consideran que para la determinación del nivel del daño psíquico y la elaboración del informe pericial psicológico forense, se debe tener en cuenta el factor tiempo en el proceso de victimización. De este modo, se considera que el lapso temporal más propicio para evaluar el daño psíquico está entre los tres y los cuatro meses posteriores al suceso. Este periodo facilita una valoración y pronóstico más adecuados del estado psicológico del paciente que aún tiene muy presentes los hechos vividos[1436].Sin embargo, al respecto, en la Guía considera que este plazo debe ser de seis meses.

[1435] AMOR; ECHEBURÚA y CARRASCO: *Ob. Cit.* p. 70.

[1436] *El daño psíquico en el informe pericial psicológico forense.*http:// psicologoforense.com/s/el-dano-psiquico-en-el-informe-pericial-psicologico-forense-peritos-psicologos-madrid-tres-cantos/ (Consulta del 25 de noviembre del 2016).

En la determinación del daño por parte del perito, si bien este realiza una evaluación psicológica, debe de concluir realizando las precisiones o valoraciones psicolegales, lo que implica que el perito debe transformar cuestiones propiamente psicológicas a términos legales. Así, debe determinar con claridad el nivel del daño psíquico, ya que si estamos frente a un nivel de daño *grave o muy grave,* legalmente calificará como delito de lesiones graves; si se trata de un *nivel moderado,* calificará como delito de lesiones leves; y, si se trata de un nivel de daño psíquico *leve,* calificará como falta contra la persona. Como puede verse, en este caso la magnitud o nivel de gravedad de los daños psíquicos no se mide en la cantidad de días de atención facultativa o de incapacidad para el trabajo, como se procede para determinar la magnitud y gravedad de las lesiones físicas o corporales.

De otro lado, si bien el perito está en la obligación de pronunciarse conforme a la solicitud del operador jurídico, sin embargo, este no está en la obligación de consignar una conclusión en uno u otro sentido, si es que no tiene los elementos necesarios o del estudio del caso no se puede apreciar con claridad u objetivamente la existencia del daño psíquico. Así la propia Guía, establece las circunstancias o casos en que no es posible pronunciarse en forma definitiva sobre el daño psíquico. Estos casos son: i) Los casos de daño psíquico agudo, cuando la evaluación psicológica se ha realizado en un plazo menor a seis meses. En estos casos se recomienda una nueva evaluación. ii) En los casos en que el vínculo violento se mantiene. iii) Cuando el relato no es congruente o no es creíble. iv) Cuando no se cuenta con información suficiente para realizar el análisis de las variables del caso[1437].

Finalmente, es necesario precisar que la Guía proporciona un conjunto de variables e indicadores así como su respectivo cuadro de frecuencias a través de los cuales se determinará si estamos ante un nivel de daño psicológico leve, moderado, grave o muy grave.

[1437] Guía de Valoración del Daño Psíquico: p. 57.

CAPITULO IV
EXPOSICION A PELIGRO O ABANDONO DE PERSONAS EN PELIGRO

1. NOCIONES GENERALES

1.2 INTRODUCCIÓN

La protección de la vida y de la salud de las personas, en tanto derechos fundamentales, y por tanto, bienes jurídicos de primer orden, justifican que el Estado, a través del Derecho penal, no solo prohíba a los particulares la realización de determinadas conductas (no matar, no lesionar) sino también ordene al ciudadano, ubicado en una situación concreta, la realización de una conducta determinada (prestar auxilio). Este deber de protección justifica también un adelantamiento de la protección penal y que no se espere necesariamente a la producción del resultado (muerte o lesión), sino que se castigue las acciones peligrosas por sí mismas, desvinculándolas de un resultado lesivo; esa es la filosofía que ha inspirado la tipificación de las conductas que se describen en el presente capítulo[1438].

Como ya se ha indicado en la primera parte de este trabajo, la doctrina, atendiendo a la forma en que se ataca al bien jurídico protegido, distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro. La

---

[1438] BUSTOS: *Ob. Cit.* p. 83, refiere que en la interactuación social no sólo se deben atender a deberes negativos (no matar, no lesionar, etc.), sino también a deberes positivos tanto por parte del Estado como de las personas en general (socorrer, impedir delitos, etc.), esas son las consideraciones político criminales que han motivado la existencia de estos tipos legales.

diferencia entre ambos radica en que en los delitos de lesión el tipo exige, para su consumación, la efectiva afectación o menoscabo del bien jurídico; mientras que en los delitos de peligro, para su consumación, solo se requiere la creación de un peligro o amenaza para el bien jurídico protegido.

Dentro de los delitos de peligro, se distingue entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Los primeros exigen la concreta puesta en peligro del bien jurídico, es decir la creación de una efectiva situación de peligro, siendo el resultado típico: el peligro concreto; mientras que los segundos solo requieren de una acción "típicamente peligrosa", sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro un objeto de protección representativo del bien jurídico, la razón de su castigo obedece a que normalmente esas acciones implican un peligro, considerado en general[1439].

Atendiendo a lo señalado, los delitos que conforman este capítulo pueden clasificarse como delitos de peligro concreto, al exigir como resultado típico la puesta en peligro de la vida o salud del sujeto pasivo.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que la regulación que ha efectuado nuestro legislador poniendo énfasis en la situación de peligro concreto en que se coloca a la vida y la salud de la víctima, y no en la mera infracción de deberes de solidaridad o de otro tipo, resulta adecuada ya que se condice con la tesis de que el derecho penal debe operar como *última ratio* respetando el principio de intervención mínima; lo señalado no impide, sin embargo, que en el presente análisis se propugne tanto la reformulación como la reubicación de algunos de los delitos que conforman este Capítulo.

[1439] RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa: *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia.* Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004. p 31; MIR PUIG: *Ob. Cit.* p. 233.

1.2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Respecto al bien jurídico protegido en esta clase de delitos, la doctrina ha ido evolucionando, pudiendo identificarse las siguientes posiciones:

i) La doctrina más antigua o tradicional consideraba que el bien jurídico protegido era la solidaridad humana. Al respecto, se señala que detrás de la tipificación de estos delitos se encuentra la voluntad del legislador de imponer la solidaridad en las relaciones sociales[1440]. Desde esa perspectiva, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia del 25 de enero de 1958, declaraba que: "*...el espíritu de la solidaridad humana harto relajado en los tiempos actuales por el predominio del egoísmo y por el ambiente de materialidad en que se desenvuelve la vida del hombre moderno en las relaciones con sus semejantes, determinó al Estado español, siguiendo las normas de la caridad cristiana (...), sin perder por esto el matiz nacional obligado y preciso, a dar acceso al acervo legislativo penal de nuevas definiciones de delito hasta el presente no perfiladas adecuadamente en nuestro Código, y por ello promulgó la Ley de 17 de julio de 1951, en la que se recogió, entre otras modalidades delictivas, la que había de incorporarse al CP bajo el dictado del art. 489 ...*".

   Sin embargo, a esta posición se le ha criticado su imprecisión, ya que el puro valor ético social de la solidaridad humana, al carecer de límites jurídicos, no permite una correcta delimitación de la tipicidad, permitiendo extender la tutela más allá del ámbito de la relevancia típica[1441].

[1440] En esa línea por ejemplo en el preámbulo de la Ley de 17 de julio de 1951, que incorporó a la legislación española el delito de omisión de socorro, se mencionaba que la finalidad de la citada ley era "salvaguardar el bien jurídico de la solidaridad humana".

[1441] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *De la omisión del deber de socorro.* En Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial (Dirigido por

ii) Otro sector doctrinal matiza la posición anterior, y propugna que el bien jurídico protegido es la solidaridad humana (bien inmediato), pero siempre que estén en peligro la vida y la salud (bienes mediatos). En ese sentido MUÑOZ CONDE[1442] refiere que no existe un deber genérico de socorro sancionado penalmente, sino un deber respecto a determinados bienes jurídicos que en una situación concreta se encuentren en peligro (vida y salud); en el mismo sentido, PORTILLA CONTRERAS[1443] señala que la amplitud del deber de solidaridad hace imprescindible limitarlo al auxilio de la vida y la salud que se encuentren en una situación de peligro, ya que si se extiende a otros bienes, estableciendo un deber genérico de auxilio, se estaría atentando contra el deber de taxatividad y de seguridad jurídica debido a la abstracción de lo tutelado. De este modo, por ejemplo, si no se estableciera esta restricción, cuando se tuviera conocimiento que el patrimonio de una persona, tras un problema financiero, está a punto de desaparecer, existiría la obligación de ayudarlo con el fin de evitar la ruina del interesado[1444].

Manuel Cobo del Rosal). Marcial Pons, Madrid, 2000. p. 258; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria*. En Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II (Dir. Miguel Bajo Fernández). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003. p. 145.

[1442] *Ob. Cit.* p. 330-331.

[1443] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *De la omisión del deber de socorro*. En Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I. (Dirigido por Manuel Cobo Del Rosal). Marcial Pons, Madrid, 1996. p. 360-361.

[1444] Asumen esta posición entre otros ROSAL DEL BLASCO: *Ob. Cit.* p. 258, quien precisa que esta es la posición que ha asumido de manera mayoritaria la jurisprudencia española; CALDERON CEREZO/CHOCLAN MONTALVO: *Ob. Cit.* pp. 134-135, refiere que lo que se penaliza es una lesión de la solidaridad mínima general ante el peligro para bienes jurídicos de primer orden (vida y salud), precisando que la solidaridad, en sí misma considerada, no sería adecuado a un concepto personal del bien jurídico

Sin embargo, a esta posición se le critica el convertir estos delitos en tipos de lesión (de la solidaridad), criterio que de extenderse a toda la parte especial, obligaría a renunciar a la distinción entre delitos de lesión y de peligro; de otro lado, se le critica que la creación sistemática de bienes jurídicos intermedios dificulta la adecuada comprensión entre este delito (que protege de manera indirecta los bienes vida y salud) y los delitos que los protegen de manera directa (homicidio y lesiones), lo que se traduce en la incorrecta tendencia a apreciar concurso de delitos donde materialmente solo está justificado el concurso de leyes[1445]. Finalmente, se ha señalado que el Estado, a través de la pena, no puede imponer a los ciudadanos ningún deber de solidaridad, ya que entonces no se actúa por este motivo sino por sumisión a las normas[1446].

iii) Una tercera posición considera que el bien jurídico protegido es la seguridad como presupuesto de la libertad. En ese sentido BUSTOS[1447], en relación al delito de omisión de socorro, señala que se trata de un delito de lesión, ya que el bien afectado es la seguridad[1448].

---

tutelado; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Comentarios al Código Penal.* Bosch, Barcelona, 2007. pp. 1516-1517; GARCÍA ALBERO, Ramón: *De la omisión del deber de socorro.* En Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. (Dir. Quintero Olivares). Aranzandi, Pamplona, 1999. p. 309.

[1445] MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 144.

[1446] CARBONELL MATEU/GONZALES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 272.

[1447] *Ob. Cit.* p. 84.

[1448] Esta parecería ser la posición que, por ejemplo, se asume en el Código Penal de El Salvador, donde se ha tipificado el delito de omisión de socorro como delito contra la seguridad personal. En la misma línea RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *El delito de Omisión de Auxilio a la Víctima.* En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Año 1973 (Fascículo 3), p. 517, refiere que al castigarse la omisión de socorro se pretende proteger la seguridad de las personas que, efectivamente, queda desatendida cuando el omitente, pudiendo contribuir a su logro, permanece inactivo.

Consideramos que en el trasfondo de esta posición se encuentran aquellas posiciones que rechazan la tesis de que los delitos de peligro constituyan un adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico, orientado a evitar su lesión; y consideran, como señala KINDHAUSER[1449], que los delitos de peligro tienen un contenido de injusto propio, constituido por la dañosidad del peligro: la pérdida de la seguridad del bien jurídico; lo cual, en efecto, supone convertir esta clase de delitos en una especie de delitos de lesión, en los que se lesiona, valga la redundancia, la seguridad del bien jurídico.

En algunas oportunidades, nuestros operadores jurisdiccionales, en relación al delito de exposición a peligro o abandono de personas en peligro, han asumido este criterio, al señalar que: "*El bien jurídico protegido por este delito es la seguridad de la vida, salud o integridad física de una persona dependiente; se trata de un tipo penal cerrado, desde que la descripción legal expresamente señala las conductas que lo materializan, requiriéndose además la situación de dependencia, traducida como la obligación por parte del agente de proporcionar al sujeto pasivo lo necesario para la preservación del bien jurídico*" (Exp. N° 263-2002, Ejecutoria Superior de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, del 14 de mayo de 2002).

Sin embargo, como se ha señalado en el párrafo anterior, esta concepción implicaría eliminar de la parte especial la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro; asimismo, se debe señalar que, con la punición de todos los comportamientos prohibidos por el Derecho penal, se busca garantizar la se-

---

En nuestro medio se afilia a esta posición PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 277; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 283, señala que la seguridad por sí misma no es nada, sólo alcanza sentido cuando se predica de algo; en ese sentido, el citado autor concluye que lo protegido en estos delitos es la seguridad para la vida o la integridad personal; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 219.

[1449] Citado por RODRIGUEZ MONTAÑEZ: *Ob. Cit.* p. 25.

guridad de los bienes jurídicos, pero el término seguridad no permite identificar aquello que de específico se encuentra detrás de la amenaza penal.

iv) Finalmente, una cuarta posición considera que los bienes jurídicos directamente protegidos son la vida y la salud. En ese sentido, MOLINA FERNÁNDEZ[1450] señala que esta posición permite sacar a la luz el verdadero núcleo del comportamiento típico, ya que hace innecesario precisar en la descripción del tipo la fuente de peligro, a diferencia de lo que sucede en otros delitos como los que afectan la seguridad del tráfico, en los que la espiritualización del bien jurídico intermedio cumple esa función delimitadora[1451].

Contra esta posición, y en relación al delito de omisión de socorro, se ha señalado que la norma no exige la protección de la vida o la salud, sino que se busca que se atienda a la persona en peligro, ya que cuando la ayuda es inútil al no conseguirse la protección de los mencionados bienes, el delito no se configura; asimismo, el agente no tiene ninguna posición de garante respecto de los bienes jurídicos vida y salud de la persona en peligro, por tanto, no tiene el deber de impedir el resultado lesivo, sino solo, genéricamente, el de actuar prestando cualquier asistencia o advirtiendo a alguien del peligro[1452].

Tomando posición al respecto, desde la perspectiva de nuestro Derecho penal nacional, consideramos que los bienes jurídicos directamente protegidos en estos delitos son la vida y salud de las personas. A diferencia de otras legislaciones, como por ejemplo la española, donde el delito de omisión de socorro no está referenciado a la protección

---

[1450] *Ob. Cit.* p. 144.

[1451] Por todos CARBONELL MATEU/GONZALES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 272.

[1452] PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 360.

de un bien jurídico específico, nuestro legislador ha agrupado todos estos delitos dentro del Título relativo a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; apreciándose que en la redacción de todos los tipos penales que conforman este capítulo se hace referencia expresa al peligro en el que se coloca o en el que se encuentra la vida y la salud del sujeto pasivo.

De otro lado, se debe señalar que, a diferencia de otras legislaciones, nuestro Código Penal contempla el delito de exposición o abandono de personas incapaces (Art. 125° del CP) y el delito de exposición a peligro de persona dependiente (Art. 128° del CP), en los cuales resulta difícil sostener que el bien jurídico protegido sea la solidaridad, al evidenciarse que el sujeto activo, por la posición de garante del bien jurídico que ostenta, más que un deber de solidaridad general, tiene el deber de velar por la protección de la vida y la salud del sujeto pasivo[1453]; deber que es más intenso que el simple deber general de solidaridad aludido y supera al deber que surgen de la organización propia de la esfera jurídica de libertad[1454].

2.3. SOBRE LA NOCIÓN DEL PELIGRO CONCRETO

Sobre el concepto de peligro concreto la doctrina ha debatido mucho sobre su alcance, pudiendo identificarse concepciones subjetivas, objetivas y normativas; sin embargo, en todas ellas, se pone de relieve que lo característico de una situación de peligro es que el bien

---

[1453] En ese sentido nuestra jurisprudencia ha señalado que: "*Respecto al delito de abandono de personas en peligro, se precisa que lo punible es el desamparo peligroso para la persona física del abandonado, pues su consumación no consiste en incumplir los deberes de asistencia sino en poner en peligro la vida del abandonado, mediante el abandono*" (Ejecutoria Superior del 18 de octubre de 2002, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, expedida en el Exp. N° 1171-98).

[1454] SILVA SANCHEZ, Jesús María: *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195°.3 y 196° del Código Penal.* En Problemas Específicos de la aplicación del Código Penal. CGPJ, Manuales de Formación Continuada-4, 1999, p. 153.

jurídico se encuentra en un contexto en la que su lesión no puede ser evitada con seguridad a través de los medios normales.

Desde esa perspectiva, siguiendo a RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, entendemos que existe un peligro concreto para el bien jurídico vida y salud, cuando la amenaza exteriorizada para estos bienes,que es inminente y actual, ya no es controlable por medios normales, creando un sentimiento de inseguridad[1455]. En estos casos se ubica al bien jurídico (vida o salud) en una situación de "crisis aguda" caracterizada por la falta de dominabilidad del riesgo para el autor, en la que, entre la causalidad y el resultado, solo se interpone la casualidad[1456].

2.4. DOLO DE PELIGRO vs DOLO DE LESIÓN

En la actualidad un amplio sector de la doctrina considera que los delitos de peligro no son sino supuestos de tentativa de delitos imprudentes, en los cuales el legislador adelanta la protección penal sin exigir el resultado lesivo, fundándose en la peligrosidad de ciertas conductas culposas para determinados bienes jurídicos de especial relevancia[1457]; sin embargo, a partir de esa identificación, la doctrina aísla la infracción específica del deber de cuidado en un delito doloso autónomo, lo cual hace imprescindible elaborar un concepto de dolo de peligro no superpuesto al de lesión.

Esta tarea resulta crucial y se hace patente en los delitos de peligro concreto, en los cuales se hace muy difícil diferenciar el dolo de

---

[1455] *Ob. Cit.* pp. 57-58.

[1456] KINDHAUSER y WOLTER citados por LAURENZO COPELLO: *Dolo y conocimiento.* p. 300.

[1457] Por todos RODRIGUEZ MONTAÑEZ: *Ob. Cit.* p. 23, quien señala que en estos casos se castiga la tentativa del delito imprudente, normalmente impune, ante la importancia del bien jurídico puesto en peligro en ciertos ámbitos en los cuales por la naturaleza de la actividad o de la experiencia acumulada se ha podido identificar la norma de cuidado con la suficiente precisión, haciendo posible la punición de esa conducta peligrosa sin resultado.

peligro -que requieren estos delitos-, del dolo de lesión característico del delito de homicidio o del delito de lesiones, ya que en estos casos la representación subjetiva del agente se corresponde con la de aquel que al emprender una conducta tiene una representación adecuada sobre la situación de inseguridad absoluta en la que se coloca el bien jurídico; es decir, el sujeto conoce que su comportamiento puede originar un resultado lesivo salvo que algún suceso ajeno a su control, casualmente, se interponga en su camino, por lo que no habría mayor inconveniente para apreciar, en estos casos, una tentativa de homicidio o lesiones. Al respecto, las tesis volitivas del dolo, a fin de diferenciar el dolo de peligro del dolo de lesión, recurre al criterio de confianza, según el cual en los delito de peligro el agente actúa en la confianza de evitar el resultado, por lo que en caso de confirmarse esta predisposición subjetiva, contraria a la lesión, queda desplazada la tentativa de homicidio; sin embargo, esta solución no es satisfactoria frente a los delitos de peligro concreto en los cuales, como se ha indicado, el agente es consciente del riesgo directo e incontrolable para el bien jurídico, por lo que, quien actúa en tales circunstancias, no puede confiar racionalmente en evitar la lesión.

La solución a esta problemática creemos, siguiendo a LAURENZO COPELLO, pasa por llevar hasta las últimas consecuencias la propuesta consistente en identificar la estructura del dolo de peligro a la de la culpa consciente[1458]. En esa línea, en los delitos de peligro concreto, no existe una simetría entre los aspectos objetivos y subjetivos del

[1458] Reconoce la identidad entre el dolo de peligro y culpa consciente RODRIGUEZ MONTAÑEZ: *Ob. Cit.* pp. 136-137, señalando que la culpa consciente requiere la representación de un peligro concreto de una cierta intensidad y proximidad idéntica a la del dolo de peligro; LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* p. 296, por su parte señala que entre dolo de peligro y culpa consciente no hay ninguna diferencia material, por lo que cabría postular que el dolo de peligro no es dolo, sino simple culpa con representación. El legislador, en estos casos, a diferencia de los habituales delitos imprudentes, se conforma con un resultado de peligro, sin exigir lesión al bien jurídico.

tipo, ya que en estos casos el agente se representa la peligrosidad de la conducta pero debido a un error en su valuación la descarta en su caso, es decir, considera erróneamente que la situación es dominable y con márgenes sensatos de seguridad para el objeto de protección, cuando en realidad existe una situación caracterizada por la posibilidad inmediata y directa de ocasionar la lesión, la cual no es abarcada en todas sus dimensiones por los conocimiento del autor[1459].

[1459] LAURENZO COPELLO: *Ob. Cit.* pp. 304-305.

2. EXPOSICIÓN O ABANDONO DE MENORES O INCAPACES

Art. 125°.- "El que expone a peligro de muerte, o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con privativa de libertad no menor de uno ni menor de cuatro años".

En un inicio solo se castigaba el abandono o exposición como tentativa de homicidio, pero con el transcurso del tiempo, el hecho adquirió el status de delito independiente. Este delito tiene su origen histórico y jurídico en el delito de exposición y abandono de niños, el cual nació como reacción contra la costumbre, admitida a veces por las leyes, de abandonar a los hijos para sustraerse a las obligaciones y cargas que su cuidado y crianza exigían[1460]. En un inicio, como se ha

---

[1460] Basta recordar que en los pueblos de la antigüedad la exposición quedaba impune, no solamente de aquellas nacidas con deformaciones monstruosas o bien mutiladas, sino respecto de cualquier criatura. Así sucedió, por ejemplo, en Grecia y Roma. Incluso Platón y Aristóteles aconsejaron la tolerancia al abandono de niños que las costumbres griegas no sancionaron, mientras que en Esparta una ley llegó a permitir expresamente el abandono de niños sobre todo si se trataba de niños monstruosos. Con el tiempo estas conductas se fueron restringiendo hasta tal punto que Justiniano llegó a prohibirlas; sin embargo, fue en el Derecho Canónico donde se castigó con severidad este tipo de conductas al introducir en las leyes de

indicado, solo comprendía a los niños como posibles víctima de este delito, sin distinguir entre exposición y abandono; luego se amplió su alcance para comprender también a los adultos incapaces.

Conforme es de apreciarse en la legislación comparada, la tendencia mayoritaria construye este delito en base a la especial vulnerabilidad en la que se encuentra un menor o una persona incapaz que están legalmente bajo la protección o el cuidado del agente; sin embargo, se observa que en algunas legislaciones se amplía la protección de la salud o vida (sin tener en cuenta la edad, la relación o condición de la víctima) frente a la exposición de cualquier peligro o de determinados peligros como el de la transmisión de enfermedades venéreas o incurables[1461]. Así por ejemplo, el Código Penal del Brasil, además de tipificar el delito de abandono de incapaz, tipifica el delito de exposición a peligro de la vida o salud de manera amplia sin tener en cuenta la edad o condición de la víctima, consagrando por ejemplo, el delito de peligro de contagio venéreo o de enfermedades (Art. 130°: "*Exponer a alguien, por medio de relaciones sexuales o cualquier acto libidinoso, el contagio de enfermedades venéreas, que sabe o debería saber que está contaminado ...*"; art. 131°: "*La práctica, con el fin de transmitir a otra enfermedad grave del que está contaminado, de un acto capaz de*

los visigodos el castigo a la exposición de niños; luego Carlos V incluyo en el art. 132° de la *Constitutio Criminalis Carolina* ampliándolo para toda Alemania con medidas severas; hasta que en el *Fuero Real* se dispuso que el abandono seguido de muerte, por no haber quien tomase al niño para criarle, incurría el expositor en pena de muerte, como si lo matase; mientras que en la reforma inglesa de 1861 la exposición de niños fue castigada solo si se ponía en riesgo la vida o la salud de la criatura (Ver R. NAVARRO, Guillermo – GONZÁLES GARRIDO, Raúl: *Abandono de Personas*. En Código Penal y Nomas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. (Dir. David Baigún-Eugenio Raúl Zaffaroni). Hammurabi, Buenos Aires, 2008. pp. 159-160.

[1461] Modalidades que deberían ser debatidas en una futura reforma de nuestra legislación penal.

producir el contagio ..."; art. 132°: "*Exponer la vida o salud de los demás a peligro directo e inminente*"); el Código Penal de Francia (Art. 223°-1: "*El hecho de exponer directamente a otro a un riesgo inmediato de muerte o de heridas susceptibles de provocar mutilación o invalidez permanente por violación manifiestamente deliberada de una obligación especial de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o el reglamento, será castigado con ...*"); el Código Penal de México el cual tipifica el delito de peligro de contagio (Art. 159°: "*Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán (...). Si la enfermedad padecida fuera incurable, se impondrán...*"); y el Código Penal de Nicaragua (Art. 154°: "*El que pusiere en peligro la vida o salud de alguna persona*"), entre otros.

En nuestro caso, este delito –cuya descripción normativa sigue la tendencia mayoritaria de la legislación comparada-, tiene como antecedente inmediato el art. 179° del Código Penal de 1924[1462], el cual a su vez tenía como fuente inmediata el art. 162° del Proyecto Penal Peruano de 1916, y como fuentes mediatas los arts. 386° y 387° del Código Penal Italiano abrogado en 1889; el art. 349 del Código Penal Francés de 1810; el art. 112° del Proyecto suizo de 1918 y el art. 106° del Código Penal argentino[1463]. Se debe precisar que nuestro Código Penal de 1863[1464], dentro del título de la sustracción de menores, regulaba el delito de abandono de menores.

[1462] Art. 179°: "*El que expusiere a un peligro de muerte o de grave e inminente daño a su salud, o abandonare o dejare en desamparo a un niño o a una persona incapaz de valerse por sí misma, que este legalmente bajo su protección o que se halle de hecho bajo su cuidado sufrirá...*".

[1463] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 398-399.

[1464] Art. 311°: "*El que abandone a un menor de siete años que esté a su cuidado, sufrirá arresto mayor en quinto grado*".

A diferencia de la legislación actual, el Código Penal de 1924, individualizaba como una modalidad delictiva de este delito el hecho de *dejar en desamparo* al menor o a la persona incapaz de valerse por sí misma; sin embargo, los comentaristas de esa época interpretaron los términos "*abandonar*" y "*dejar en desamparo*" como sinónimos, ya que las hipótesis de "*abandono sin desamparo, o a la inversa*" no son factibles[1465]. En ese sentido, ROY FREYRE[1466] explicaba la dificultad para distinguir entre "desamparar" y "abandonar", ya que léxicamente una palabra se define por la otra: "abandonar", según el diccionario, es desamparar a otra persona o cosa; y, "desamparar" es abandonar, dejar sin protección a quien la pide o necesita; por lo que concluía que la frase "abandonare o dejare en desamparo" debería entenderse como compuesta por dos verbos sinónimos empleados para indicar la misma situación legal, no así para presentar hipótesis alternativas. Esa situación, explica que en la legislación actual únicamente se haya empleado una de las dos expresiones: "*abandonar*".

Para CARRARA[1467] este delito forma parte de la categoría de aquellos que, según su clasificación, lesionan a la persona sin atacar o lesionar su derecho a la vida. En estos casos, según el citado autor, se afecta el derecho de la criatura, respecto de determinadas personas, de ser custodiada y asistida, por lo que este delito sería uno de lesión y no de peligro; siendo que, el peligro de muerte, cuando este no se quiso ni se obtuvo, solo podría ser considerado como un criterio de aumento de la gravedad del hecho, pero sin cambiarle la esencia y sin determinar la clase a que pertenece. Sin embargo, esta concepción no

[1465] CORNEJO, Angel Gustavo: *Derecho Penal Especial. T. I.* Librería e Impresiones GIL, Lima, 1937, p. 68, al respecto ilustraba que el Código Penal Francés, modificado por la ley del 19 de abril de 1898, castigaba separada y distintamente la exposición y el desamparo (délaisser), definiendo a este último como el abandono de un niño sin estar seguro que será recogido, o sin tener la seguridad de que lo recogerá alguien.

[1466] *Ob. Cit.* pp. 401-402.

[1467] CARRARA: *Ob. Cit.*p. 9-11 (&1377).

es trasladable a nuestra legislación en esta materia, fundamentalmente, porque el delito que nos ocupa ha sido configurado como un delito de peligro concreto de cara a la protección de la vida y la salud de las personas que se encuentran imposibilitadas de valerse por sí mismas.

2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En este tipo penal se protege la vida y la salud de la persona.

2.2. TIPO OBJETIVO

2.2.1. SUJETOS

a) Sujeto Activo

Al tratarse de un delito especial, agente del delito solo puede ser la persona que tiene, respecto al sujeto pasivo, una especial relación de protección o cuidado. Dicha relación puede provenir de un mandato legal, de un convenio, contrato o de una situación de hecho.

En efecto, en este caso el agente del delito tiene respecto de la víctima una posición de garante. En este sentido, pueden ser sujetos activos: i) Los que tienen un deber de protección legal del sujeto pasivo: Los tutores, curadores, ascendientes, descendientes, etc. (posición de garante que tienen su fuente en la ley); ii) Los que tiene un deber de cuidado o protección derivado de contrato: el médico, enfermero, educador, el cuidador de ancianos, la niñera, etc. (posición de garante que tiene su fuente en un convenio); y, iii) Los que tienen un deber de cuidado derivado de la situación de hecho en el que se encuentran, vg., los tíos que asumen el cuidado del sobrino o el sujeto que recoge a una persona abandonada; situación que puede tener su origen en un acto lícito o ilícito, vg., el que ha privado de libertad a un menor o a una persona incapaz de cuidarse por sí misma, tiene la obligación de cuidado a fin de evitar el desamparo[1468].

[1468] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 284.

b) Sujeto pasivo

i) A diferencia de la legislación anterior, la actual redacción del tipo ya no hace referencia al niño como sujeto pasivo, sino al menor de edad, con lo cual se amplía la calidad de sujeto pasivo a toda persona menor de 18 años de edad. Si bien se ha criticado que dicho límite resulta excesivo, teniendo en cuenta el desarrollo genésico y la aptitud laboral que puede alcanzar una persona mayor de 14 años[1469], sin embargo, consideramos que el peligro así como su desvanecimiento no tiene necesariamente relación con la edad del sujeto pasivo, sino con la vulnerabilidad del sujeto en relación al peligro en el que se le coloca o expone a la persona, razón por la cual, incluso, en algunas legislaciones -como el Código Penal Brasileño, Argentino o Guatemalteco- no se coloca ningún límite de edad para ser considerado sujeto pasivo de este delito.

ii) También es sujeto pasivo la *"persona incapaz de valerse por sí misma"*. Cabe acotar que el término "incapaz" no tiene el sentido que necesariamente se da en el Derecho civil, ni en el Derecho penal en lo relativo a la inimputabilidad; sino a la falta de aptitud del sujeto para darse los cuidados que la propia existencia requiere[1470], lo cual deberá comprobarse en cada caso concreto[1471]. En ese sentido, MANZINI señala que la incapacidad de valerse por sí misma se tiene cuando la

---

[1469] PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 279, señala que en algunos casos el límite de los 18 años, en algunos casos puede resultar excesiva, en vista del desarrollo genésico y la aptitud laboral que puede alcanzar una persona mayor de 14 años.
En esa línea se debe anotar que en la legislación comparada se suele fijar un límite menor atendiendo a la edad del sujeto pasivo. Así, el Código Penal de Bolivia (Art. 278°) y Colombia (Art. 127°) fija dicho límite en 12 años (Art. 278°); el Código Penal de Guatemala (Art. 154°) en 10 años; y el Código Penal de Chile en 7 años (Art. 346°).

[1470] DONNA: *Ob. Cit.* p. 380.

[1471] NUÑEZ: *Ob. Cit.* p. 302.

víctima se halla en la imposibilidad absoluta (por condiciones físicas, etc.) o relativa (por el modo, lugar o por el tiempo en el cual fuera abandonado, etc.), de preservarse de los peligros inherentes al abandono (de procurarse los alimentos, de curarse, de invocar ayuda, de moverse, de orientarse, de dar cuenta de sí, etc.)[1472].

2.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento consiste en abandonar o poner en peligro a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma. Al respecto, se debe señalar que el legislador, al insertar en el tipo penal las expresiones *"exponer" y "abandonar"* ha introducido dos figuras delictivas en un mismo precepto, por lo cual su análisis debe ser individualizado.

a) Exposición a peligro de muerte o grave daño a la salud

CORNEJO, en su análisis de la legislación de 1924, explicaba que la *"exposición"* debía entenderse en el sentido de dejación del niño, de depositarlo en un lugar distinto de aquel que su estado exige, si con esto se le arriesga o aventura a la muerte o a un grave daño a la salud, con el solo fin de eximirse de las obligaciones de protegerlo o cuidarlo a que esté sometido el autor[1473]. En esa línea, generalmente, en nuestro medio, se ha interpretado que esta conducta consiste en

[1472] MANZINI, Vicenzo: *Tratado de Derecho Penal.* Vol. VII., Ediar, Buenos Aires, 1950. p. 271; en el mismo sentido CREUS: *Ob. Cit.* p. 115, señala que por incapacidad de la víctima debe entenderse toda situación que le imposibilite lograr por sí misma lo que es necesario para que su vida o su integridad física no corran peligro, ya sea por su condición física (inclusive si esa ineptitud se originó por su culpa vg., un alcohólico); o por las particularidades circunstancias en que se encuentre, que obstaculizan su normal aptitud para obtenerlo vg., el viajero en una lancha que no sabe nadar, o el turista que no puede descender de una montaña por desconocer la técnica para desarrollar tal actividad.

[1473] *Ob. Cit.* pp. 68-69.

trasladar a la víctima a un lugar donde queda sin amparo de nadie o desprovisto de toda seguridad[1474].

Consideramos que en esta modalidad se subsume toda conducta que coloque a una persona en una situación de desamparo de tal magnitud que haga peligrar su vida o su salud; lo cual se puede suscitar cuando por ejemplo: a) El agente, en efecto, coloca a la víctima bajo determinadas circunstancias que le obstaculizan o impiden la obtención de auxilio (se traslada al sujeto pasivo a un lugar deshabitado donde la prestación de auxilios se torna imposible)[1475]; b) cuando se le aísla de las comunicaciones necesarias, vg., cuando después de haber asumido voluntariamente el cuidado de un anciano incapaz de valerse por sí mismo, se le incomunica de sus familiares, y no se le brinda la alimentación y cuidados indispensables para su subsistencia, llevándolo a un estado de desnutrición y deshidratación que motiva su hospitalización -aunque se debe indicar que este supuesto encuentra mejor subsunción en el art. 128° del CP-; o, c) cuando se preserva el mantenimiento de esas condiciones, vigilando el adecuado cum-

---

[1474] Así por ejemplo, ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 400; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 244; VIZCARDO: *Ob. Cit.* pp. 332-333.

[1475] CARRARA: *Ob. Cit.* pp. 14-15 (&1379), narra un caso suscitado en Lubiana en 1864, donde el niño expuesto fue devorado por unas bestias feroces, pero en su exposición concurrieron tres personas distintas: 1) El padre natural que colocó al niño en lugar solitario para que pereciera (hecho que en realidad constituiría un intento de homicidio); 2) La madre que siguió al marido a escondidas que, apenas vio que se alejaba, quitó al pequeñuelo del lugar donde había sido colocado y lo dejó al borde un camino frecuentado, esperando que alguien lo recogiera, partiendo del lugar después de que un joven se detuvo y recogió al niño; y, 3) El joven que recogió a la infeliz criatura, se arrepintió de su buena obra y regresó al lugar donde lo había recogido dejando al menor en el camino, después de lo cual los animales lo devoraron. En este caso, concluye CARRARA el joven incurrió en el delito de exposición al haber realizado voluntariamente el acto positivo de exposición.
Desde nuestra legislación positiva no existe mayor inconveniente para admitir la responsabilidad del joven si, como se ha indicado, asumió de facto el cuidado del menor.

plimiento de las condiciones de exposición (se mantiene en encierro sin auxilio)[1476].

Se discute si la comisión por omisión es factible en estos casos. Consideramos que no existe mayor inconveniente si se dan las condiciones que colocan al tercero en posición de garante, vg., el cuidador de una jaula de leones que no interviene después de observar que un niño de cuatro años ha sido abandonado cerca de la jaula que este cuida[1477].

Para la consumación del delito no basta el traslado de la víctima (menor de edad o persona incapaz de valerse por sí misma), se requiere que al colocarla en una situación de desamparo o de absoluta soledad[1478], se ponga en peligro su vida o su salud. En ese sentido, no se configuraría el presente delito si es que el agente traslada a un menor de edad a una ciudad distinta a la cual habita, pero lo deja en un lugar seguro, donde prontamente será atendida por una persona determinada o indeterminada, sin que corra peligro su vida o su salud (por ejemplo en una dependencia policial); o cuando el sujeto activo, luego de trasladar a la víctima, espera vigilando que el menor sea recogido por una persona caritativa o por alguna autoridad[1479].

[1476] CREUS: *Ob. Cit.* pp. 114-115; DONNA: *Ob. Cit.* p. 373, señala que es subsumible en el tipo penal cualquier acción que implique colocar o trasladar a la víctima a una situación en el que se encuentra imposibilitada de acceder a los auxilios necesarios o de recurrir a terceras personas que puedan brindárselos. Precisa, el citado autor, que el traslado puede producirse por medio del aislamiento, privando a la víctima de todo medio de comunicación (vg. encerrándola), etc.

[1477] DONNA: *Ob. Cit.* p. 374.

[1478] En este sentido la jurisprudencia argentina señala que el núcleo del delito de abandono de persona está constituida por el sentido de aquella palabra que significa una situación de soledad absoluta, de desamparo material total, de ausencia de cuidados o de vigilancia imprescindibles (ST Misiones, 21/7/71 "Pucheta, María", JA, 13-1972-691).

[1479] En esa línea en el Dictamen Fiscal de fecha 15 de agosto de 2011 (6FPPL), mediante la cual se archivó el Ingreso N° 146-2011, se señaló que: "*El hecho*

b) Abandono de personas en peligro

Este comportamiento consiste en privar a la víctima, ya sea de forma definitiva o temporal, de los auxilios o cuidados requeridos en forma imprescindible para preservar su vida o salud, de forma que se le deja en una situación de indefensión (desamparada), que se caracteriza porque la víctima, en ese estado, no puede proveerse de los cuidados requeridos y no es posible que se los proporcione un tercero. En tal sentido, esta modalidad típica no podrá configurarse cuando no se compruebe una situación real de desamparo, de desprotección o de absoluta soledad[1480]. Al respecto, nuestros operadores jurisdiccionales han señalado que: "*El hecho de que una madre, para librarse de los maltratos de su conviviente, abandona a sus menores hijos dejándolos a cargo de una sirvienta y en la propia casa que habitaba, no configura el delito de abandono de menores en peligro*"[1481]; "*...el hecho de haber dado de alta al presunto agraviado (...) no puede ser calificado como un "abandono típico" ya que no se ha imposibilitado a que el referido paciente pueda recibir el auxilio de terceros, en este caso de sus familiares quienes tenían la opción, conforme a sus expectativas, de retirar al paciente a otro nosocomio a*

---

de haber dado de alta al presunto agraviado (...), no implica un acto mediante el cual se le haya trasladado de un lugar seguro a otro en donde quede desprovisto de todo amparo y de seguridad, más aún si en el presente caso el citado paciente permaneció en la Clínica San Gabriel S.A.C desde la fecha en que fue dado de alta hasta el día en que fue retirado por sus familiares, esto es desde el 19 de marzo hasta el 01 de abril del presente año ...".

[1480] En ese sentido FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 353, refiere que la conducta consistente en dejar niños en el entorno de instituciones religiosas o la entrega del menor a un tercero, no calzan en el delito en estudio, ya que tales conductas persiguen no dejar en desamparo al sujeto pasivo.
En esa línea la jurisprudencia argentina ha precisado que para configurar este delito no basta con la mera falta de asistencia o cuidado que no importen absoluta soledad (TS Santa Cruz, 18/10/67), "Pérez Gómez, Rosa C", JA, 1968-II-674".

[1481] Ejecutoria del 18 de diciembre de 1953 En ESPINO PÉREZ: *Ob. Cit.* p. 220.

fin de que, en todo caso, pueda continuar con el tratamiento médico que desde su perspectiva se requería .."[1482].

Conforme a un sector de nuestra doctrina, esta modalidad solo se concreta cuando el agente se aleja del lugar o ambiente en donde se encuentra el sujeto pasivo, dejándolo indefenso y expuesto a peligro[1483]; sin embargo, consideramos que esta conducta puede perpetrarse ya sea cuando el agente se aleja del ámbito o espacio físico de la persona necesitada de auxilio y cuidado o, cuando quedándose con ella, no le presta los auxilios o los cuidados necesarios o indispensables[1484]. Así, la madre de la criatura que es víctima de lesiones por las palizas que le prodigaba el esposo (padre de la criatura), ya que al no evitar que estos hechos ocurrieran, coloca a su hija en una situación de desamparo; la madre que no avisa o no comunica que su recién nacido ha

---

[1482] Dictamen Fiscal de fecha 15 de agosto de 2011 mediante la cual se archivó el Ingreso N° 146-2011 (6FPPL).
En ese mismo sentido el CNCrim. y Corr, Sala IV de la Argentina en el caso "Lange, Diego M." ha señalado que: "*Es atípica la conducta del médico que dispuso el alta de una paciente que fuera sometida días atrás a una cirugía, a pesar de que todavía tenía una fuerte hemorragia, ante lo cual la paciente se dirigió a otro nosocomio donde fue nuevamente operada, pues si bien es discutible la calidad de la atención médica recibida por la víctima, la misma no fue abandona en el sentido que requiere el art. 106 del Cod. Penal que exige dejarla absolutamente privada de los auxilios o cuidados que son imprescindibles para mantener la vida o la integridad de la salud*".

[1483] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 245; VILLA STEIN: *O. Cit.* p. 223; BRAMONT ARIAS-GARCIA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 121; ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 401, señala que el elemento material del abandono indica un desplazamiento especial del actor.

[1484] PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 286; CREUS: *Ob. Cit.* p. 114; SOLER: *Ob. Cit.* p. 174, señala que si bien no se expresa la necesidad de una separación espacial, será necesario que la situación creada por el sujeto activo equivalga a la de esa separación y ello se da cuando se produce la privación de los auxilios debidos y el aislamiento de los inmediatos auxilios posibles, de modo que se genere la situación de peligro; VIZCARDO: *Ob. Cit.* p. 133, de igual modo refiere que el agente se sustraiga de sus obligaciones de cuidado para con el sujeto pasivo y lo deje a su suerte, lo cual puede significar el alejamiento o no del agente.

caído en un pozo; el dueño de la casa que permitió el internamiento ilegal de la víctima a quien no le brinda atención y que a consecuencia de ello fallece a raíz de un proceso infeccioso; la madre que, sin tomar los recaudos mínimos e indispensables (alimentación), se aleja de su vivienda dejando a sus pequeñas hijas por varios días; el titular o el médico responsable de un centro geriátrico donde un anciano fue sometido a desnutrición y desatención médica; el médico que decide que la intervención quirúrgica de una menor herida de bala en el vientre, no obstante la gravedad de la lesión, no se lleve a cabo en el nosocomio en el que se desempeñaba, desentendiéndose luego del traslado de la víctima a otro instituto médico; los directivos del instituto psiquiátrico que alberga menores con diversas deficiencias mentales, y que son sometidos a condiciones infrahumanas que van desde la escasa alimentación hasta la falta de atención médica y lesiones físicas por parte del personal, lo cual puede provocar o provoca un serio deterioro de la salud de los mismos, etc.

Consideramos que el abandono puede efectuarse tanto mediante un comportamiento activo, vg., la madre que, para ocultar sus relaciones sexuales, deja abandonada a la recién nacida, como por un comportamiento omisivo[1485], vg., el médico o la partera que después de haber iniciado la intervención quirúrgica o el parto, abandonan al paciente.

Se discute si la acción consistente en alejarse temporalmente de la víctima, pese a que el agente no hubiera podido mejorar la situación, resulta típica. Se cita el ejemplo de la campesina que viviendo en una

[1485] En ese sentido ya MAGGIORE: *Ob. Cit.* p. 379, señalaba que este comportamiento podía efectuarse mediante actos positivos (acciones) como negativos (omisiones), faltando a las obligaciones de custodia, cuidado, etc. En contra BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 121, quien considera que este delito sólo puede ser cometido mediante una omisión; CORNEJO: *Ob. Cit.* p. 67 refiere que el abandono privando al incapaz de la ayuda o auxilio materiales y morales, sería un delito de omisión por infracción de deberes derivados de las relaciones de parentesco o de íntima solidaridad entre la víctima y el agente.

granja solitaria e incomunicada, sale a ordeñar a las vacas dejando al marido que por haber padecido de un infarto, se encuentra convaleciente en la cama, y este sufre un nuevo infarto lo cual provoca su deceso, sin embargo dicho resultado se hubiera producido de igual forma si la campesina no se hubiera alejado, ya que por su falta de preparación o de conocimientos no hubiera podido realizar alguna acción de salvamento. Al respecto, consideramos que en estos casos, la conducta es atípica por la imposibilidad de la acción de salvamento[1486].

No se debe confundir este delito con la mera omisión de cuidados, con el abandono en sentido alimenticio o con el abandono en su concepción moral o espiritual[1487]. Sobre este punto se ha señalado que: "*...no obstante que se establece de autos que el procesado ha venido consignando la pensión alimenticia, pero no en los montos ordenados por el Juzgado de Paz (...); así mismo, que haya una falta de atención de este para con su menor hijo, conductas que son reprochables moralmente, mas no constituyen presupuestos del tipo penal materia del juzgamiento*"[1488].

Al igual que en el caso anterior, para la consumación, no basta comprobar el abandono, es preciso que dicha conducta ponga en peligro latente e inminente la vida o salud del sujeto pasivo. En ese sentido nuestra jurisprudencia ha señalado que: "... *respecto al delito de abandono de persona en peligro, (...) lo punible es el desamparo pe-*

[1486] DONNA: *Ob. Cit.* p. 377.

[1487] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 401; PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 282; PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 286; MAGGIORE: *Ob. Cit.* p. 379, refiere que debe tratarse de un abandono material y no moral.
R. NAVARRO-GONZÁLES GARRIDO: *Ob. Cit.* p. 167, señala que no se debe confundir entre el abandono de un deber y el abandono de persona, indicando que el mero incumplimiento del deber de alimentar o brindar asistencia médica a la madre anciana no configura el delito de abandono de persona si, por ejemplo, existen otras que se encarguen de tales menesteres; pero si el hijo es el único contacto de la madre anciana con el mundo exterior, entonces no existe mayor inconveniente para afirmar su responsabilidad por el delito de abandono de persona.

[1488] En SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 246.

ligroso para la persona física del abandonado, pues su consumación no consiste en incumplir los deberes de asistencia sino en poner en peligro la vida del abandonado, mediante el abandono" (Ejecutoria Superior de la Corte Superior de Arequipa, de fecha 18 de octubre de 2002, recaída en el Exp. N° 1171-98).

No hay delito de abandono cuando la persona agraviada se sustrae voluntariamente de la custodia por medio de la fuga[1489]; cuando se verifique una situación crítica o cuando se cuente con el asentimiento de las partes interesadas, siempre que el paciente tenga la suficiente capacidad de ejercicio, que permitan relevar al profesional médico de recurrir a medios heroicos, extraordinarios o que exceden los límites aceptables de onerosidad o sacrificio.

2.3. TIPO SUBJETIVO

El agente debe representarse la peligrosidad de la conducta, pero debido a un error en su valuación la descarta como tal, es decir, considera erróneamente que la situación no es tan crítica para el objeto de protección, cuando en realidad la situación en la que se expone o abandona permite avizorar la posibilidad inmediata y directa de ocasionar la muerte o daño a la salud de la víctima, lo cual no es abarcada en todas sus dimensiones por los conocimiento del autor.

En estos casos el agente debe ser consciente del desamparo o de absoluta soledad en el que se coloca o se encuentra el sujeto pasivo, así como el peligro que corre en la situación en concreto; peligro que, como se ha indicado, el agente por una errónea apreciación considera aún controlable o dominable.

Existen supuestos que suponen un peligro concreto para la salud o vida del menor o de la persona incapaz (no alimentar a un bebé lo coloca en una situación de peligro, o alimentar insuficientemente a los hijos acarrea el desmejoramiento físico, que de prolongarse, pue-

[1489] MAGGIORE: *Ob. Cit.* p. 380.

de provocar daños irreversibles a la salud)[1490]; sin embargo, para la subsunción del hecho en este delito se debe establecer que el agente no asume en todos sus contornos el peligro que se genera con su comportamiento; caso contrario el agente habrá actuado con dolo eventual de un posible delito de homicidio, infanticidio o parricidio.

Si el agente no tiene conciencia de la real situación en la que se encuentra la víctima, y por tanto, de su deber de atenderlo para así garantizar, en la medida de sus posibilidades, su vida o salud, no podría ser responsabilizado penalmente. En esta línea, nuestros jueces han señalado que: "... *se advierte que no hubo dolo de parte del procesado, cuando, con el acuerdo de su esposa, se traslada a su chacra a cuidar los animales de los cuales dependía el sustento de la familia, en razón de que aquel se encontraba sin trabajo y deja a la menor al cuidado de madre, la agraviada; que hubo la intención del procesado de vender un torete para hacerse de medios que permitiesen atender los gastos de curación y/o atención de la menor fallecida; que al mismo tiempo que el procesado se trasladó a la chacra, la menor se encontraba "algo enfermita", y por ende ignoraba, que, como se desprende del protocolo de necropsia, la misma menor falleció por: paro cardiorespiratorio, neumonía e inanición*" (Resolución recaída en el Exp. N° 104-98)[1491].

[1490] Así por ejemplo en algunos fallos de la Corte Judicial Argentina se ha señalado que: "*No pueden excusarse los imputados alegando el desconocimiento de la situación de peligro en que se encontraba el bebé, a quien no alimentaron, dado que es obvio que ello implica un riesgo para la salud de la criatura, cuya deteriorada salud fue fácilmente advertida por vecinos y conocidos de los imputados*" (Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala II, 7/5/02, "V.S.E y otro", causa 5407); "*Aun cuando no se reuniera prueba suficiente como para concluir que el prevenido tenía plena conciencia acerca del peligro vital que corría su hija insuficientemente alimentada, pertenece al dominio del conocimiento común, que tal situación acarrea el desmejoramiento físico, y de prolongarse, daños irreversibles en la salud*" (Cám. Apel. Penal La Plata, 12/12/88, "K., H.A.").

[1491] En SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 246.
En la jurisprudencia argentina, por ejemplo se ha señalado que corresponde absolver a la procesada por el delito de abandono de persona, si el estado

Como se ha indicado, este delito se configura a partir de una actuación dolosa por lo que para su configuración no alcanza con la verificación de quehaceres descuidados o negligentes, con la mera negligencia en la atención médica, o con la manutención e higiene negligente de los hijos. En esa línea, nuestra Judicatura ha señalado que: "*...la conducta atribuida a los acusados desde el inicio de la investigación lo ha sido a título de culpa por negligencia en el actuar profesional, pese a que el ilícito bajo juzgamiento solo puede ser imputado a título de dolo, es decir una actuación consciente y voluntaria del agente que expone o abandona a peligro a la persona, es decir, omite adrede el cuidado necesario, transgrede intencionalmente el deber especial de protección que corresponde al agente, lo que no se puede demostrar en el presente caso, pues, la atención deficiente o la falta de cuidado necesario que se detecta no configura el ilícito* sub examine, *dado el verbo rector en la conducta atribuida, al no existir elemento objetivo que demuestre intencionalidad de causar este peligro o daño en la integridad del agraviado...*" (Ejecutoria Superior de la Tercera Sala Penal Corporativa Para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la CSJL, del 29 de diciembre de 1999, recaída en el Exp. N° 577-96).

No obstante lo señalado, debe precisarse que si la muerte sobreviene por un actuar negligente no existe mayor inconveniente para apreciar un homicidio culposo; así por ejemplo, se calificaría la conducta de la madre que deja al hijo menor al cuidado de la abuela alcohólica y golpeadora, quien fallece como consecuencia de los golpes propinados por esta; de la madre que encerró a sus hijos en una habitación precaria proporcionando como único factor de luminosidad una vela encendida, con lo cual se produjo un incendio que provocó la muerte

---

de abandono general en que transcurría la vida de aquélla y su familia impiden afirmar su conocimiento sobre el cabal estado de peligro en el que se encontraba su hijo de corta edad, a quien no procuró la debida atención médica (CNCrim. y Corr., Sala VI, 29/5/92, casusa 22.953 "Deboni de Caponi, M").

de sus hijos; de la madre o padre que por negligencia no proporcionó la debida asistencia médica a su hijo; del médico que omite la atención médica indispensable; o del médico obstetra que oportunamente no deriva a la paciente que presentaba maniobras abortivas al centro médico especializado, etc.

Como se ha indicado, cuando el agente actúa con la finalidad de matar o lesionar gravemente a la víctima, a través del abandono, se configura únicamente el delito de homicidio, infanticidio, parricidio o lesiones dolosas graves[1492], ya que en estos casos actúa con un dolo de lesión, vg., quien luego de desmayar a la víctima con cloroformo, la amordaza, para luego marcharse, produciéndose la muerte por asfixia; quien mediante el abandono pretendió dar muerte a la criatura que había dado a luz; quien priva de asistencia y cuidado a una persona mayor de edad enferma con el deliberado propósito de causar su muerte; o quien luego de reducir a la víctima con un golpe en la cabeza, lo cuelga de los pies dejándolo en esa posición esperando el desenlace fatal que toda persona con un mínimo de conciencia podía esperar.

2.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma cuando la víctima ingresa a una situación de peligro concreto para su vida o su salud; en ese sentido, no es suficiente con abandonar o exponer al menor o persona incapaz, se requiere que su vida o su salud hayan corrido peligro[1493].

Consideramos que en este delito es posible la tentativa cuando se realizan actos tendientes a colocar a la víctima en una situación de

---

[1492] Opina del mismo modo SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 248.

[1493] CREUS: *Ob. Cit.* p. 116; DONNA: *Ob. Cit.* p. 391; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 249; FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 353, refiere la conducta es impune mientras no se crea una situación de peligro.
En contra SOLER: *Ob. Cit.* p. 177; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 122, quienes consideran que el delito se consuma con el abandono o exposición del menor o de la persona incapaz.

desamparo, aunque aceptamos que es un tema ampliamente debatido en la doctrina[1494].

2.5. CONCURSOS

Este delito puede concurrir con la figura penal de *"alteración o supresión de la filiación de menor"* contenida en el art. 145° del Código Penal, cuando por ejemplo la exposición ha tenido por finalidad la alteración o supresión de la filiación. En estos casos, solo cabe apreciar un concurso ideal entre el delito de exposición (Art. 125° CP) y el delito contenido en el art. 145° del CP, ya que entre ambos existe una relación medial, en el que el primero vendría a ser el delito medio indispensable para lograr el segundo delito, el mismo que es el fin.

[1494] Admiten la tentativa, entre otros, CREUS: *Ob. Cit.* p. 116; DONNA: *Ob. Cit.* p. 392. En contra SOLER: *Ob. Cit.* p. 177; BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 122; VIZCARDO: *Ob. Cit.* p. 335; SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 249; VILLA STEIN: *Ob. Cit.* p. 224.

3. OMISIÓN DEL DEBER SOCORRO

Art. 126°.- "El que omite prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o su salud, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años".

3.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la vida o la salud de la persona.

3.2. TIPO OBJETIVO

3.2.1. SUJETOS

Cualquier persona que ha herido o incapacitado a otra será autor de este delito. En ese sentido, pueden ser sujetos activos los autores de un delito imprudente y los autores o partícipes de un delito doloso -conforme se explicará más adelante-.

Sujeto pasivo es la persona herida o incapacitada por la acción del sujeto activo.

3.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

A. La presente figura penal es un delito de omisión en el que el agente resulta portador del deber de garante en virtud a que ha creado el riesgo o peligro para la vida o salud del agraviado. Esto es, a través

de su acción lesiva realizada en agravio del sujeto pasivo, le es atribuible el deber de socorrer o auxiliar a quien ha herido o incapacitado y que se halla en peligro a raíz de tal situación.

El comportamiento consiste en un mero no hacer (omitir prestar ayuda o socorro a la persona que ha colocado en situación de peligro), independientemente del resultado final que pueda acaecer para el bien jurídico, cuyo proceso de degradación o deterioro, el sujeto activo no ha contribuido a evitar o neutralizar[1495], de modo que aunque no consiga impedir la concretización del peligro, la tipicidad del delito desaparece cuando se comprueba que el agente se ha esforzado seriamente en ello[1496].

El fundamento de la gravedad de este delito, en relación al contemplado en el art. 127° de nuestro Código Penal, radica en que en este caso el agente ha sido el causante de la situación de peligro, surgiendo para él un deber de especial intensidad que lo convierte en garante del bien jurídico que ha puesto en peligro, por lo que le es exigible que asuma un mayor nivel de riesgo propio en la ejecución del auxilio que a los meros obligados solidarios[1497].

B. La prestación de socorro es aquella actividad que modifica la situación de peligro que ha sido creada por el agente, reduciendo o aminorando la gravedad del mal al que se ha expuesto a una persona, o disminuyendo la probabilidad adversa al sujeto pasivo; por lo que se entiende que la prestación debe ser eficaz, lo cual no implica que necesariamente tenga que ser exitosa, ya que no se castiga a quien no evita el resultado, sino a quien no lo intenta siquiera[1498].

[1495] DEL ROSAL BLASCO: *Ob. Cit.* p. 259.

[1496] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 628.

[1497] GARCIA ALBERO: *Ob. Cit.* p. 319.

[1498] En esa línea CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 273, precisa que el socorro debe ser eficaz, lo que no significa que tenga que ser exitoso en cuanto a la evitación del peligro.

El tipo penal, a diferencia del art. 127° del CP, no contempla de modo expreso la obligación del agente de solicitar de manera inmediata el auxilio de terceras personas o de la autoridad, en los casos en los que se encuentre en imposibilidad de prestar socorro directamente; sin embargo, entendemos que dicha previsión no es necesaria, ya que en estos casos, el no solicitar auxilio constituye un forma concreta de no socorrer. Sobre las características que debe reunir la solicitud de auxilio nos remitidos a lo que se expone en el análisis del delito de "omisión de auxilio", debiéndose precisar que, en todo caso, la persona que se niega a prestar el auxilio que se le ha requerido incurriría en el delito del art. 127 ° del CP.

C. El tipo exige que el sujeto activo haya sido el causante de la situación de peligro, lo cual nos lleva a analizar cuál debe ser el carácter de la conducta precedente a efectos de cumplir con los requerimientos típicos. Al respecto, en la doctrina se identifican las siguientes posiciones:

i) Los que sostienen que el hecho precedente, en estos casos, solo puede ser un hecho fortuito (considerándose como tal al hecho que no puede imputarse al dolo o a la imprudencia del agente), ya que de mediar imprudencia o dolo en la injerencia, la omisión posterior pasaría a ser un delito de resultado (homicidio doloso o culposo por omisión). En esta línea HUERTA TOCILDO, en relación al art. 489° bis, 3 del Código Penal Español, señalaba que la conducta precedente que excedía los límites del *riesgo permitido* y que, por consiguiente, merece el calificativo de imprudente, da origen a la existencia de un *deber de garantía* para su autor cuyo incumplimiento genera en este una responsabilidad a título de comisión por omisión del correspondiente delito de resultado (homicidio, lesiones) siempre que, efectivamente, apareciera un resultado lesivo como concreción del peligro latente en aquella conducta precedente, y que ese resultado le sea *objetiva y subjetivamente* imputable a título de dolo (eventual); en ese sentido concluía

que la *injerencia* como fuente del deber de garantía se encuentra limitada a supuestos de conducta precedente antijurídica[1499].

ii) Los que consideran que la conducta precedente solo puede estar constituida por una conducta imprudente. En esa línea GOMEZ BENÍTES señala que, lo ocasionado fortuitamente, es inexistente y por tanto no tiene relevancia penal; que el concepto de injerencia no tiene un contenido meramente causalista, sino claramente normativo, por eso está condicionado a una conducta precedente (normalmente imprudente) no conforme a derecho del ulterior omitente; en ese sentido solo una conducta imprudente (no conforme a derecho) cumple con el presupuesto normativo de la injerencia[1500].

[1499] HUERTA TOCILDO, Susana: *La Injerencia y el Art. 489° bis, 3 CP.* En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Año 1985, p. 60. En esa línea BACIGALUPO, Enrique: *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal.* En Anuario de Derecho y Ciencias Penales, Año 1970, p. 44, en relación al Código Penal Argentino, señala que el art. 106° queda limitado en su ámbito a los casos en que el autor se ha conducido dentro de los límites del peligro permitido en el tráfico. Considera el citado autor que en el art. 106° existe una relación de causalidad entre el hecho precedente y el resultado no evitado, y sin embargo el autor no es garante y por ese motivo responderá sólo por una omisión propia que el mismo artículo configura (ver p. 43).

[1500] GOMEZ BENITES: *Ob. Cit.* pp. 595-596, concluye que el agente que imprudentemente causa lesiones graves a otro, se encuentra en la situación de garantizar que no se produzcan otros resultados, por ejemplo la muerte de la víctima; si no presta auxilio y no obstante la víctima no muere, el agente responderá por las lesiones imprudentes en concurso real con el delito de omisión de socorro; por el contrario si se produce la muerte por la falta de auxilio, el omitente responderá por concurso real entre unas lesiones graves imprudentes y un homicidio doloso cometido por omisión. En el mismo sentido ZUGALDIA considera que el hecho precedente debe ser imprudente pues el fortuito no puede fundamentar la agravación de la omisión. (citada por BERDUGO y GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: *Omisión del deber de socorro del párrafo 3° del Art. 489 CP.* En la Comisión por Omisión (Director Enrique Gimbernat Ordeig). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 306).

En la legislación comparada, legislativamente asume esta posición el Código Penal del Paraguay (Art. 117°, inc. 2°: "*Cuando el omitente, por una conducta antijurídica anterior, haya contribuido a que se produjera el riesgo, se aplicará una pena...*").

iii) Una tercera posición, a la cual podríamos denominar ecléctica, considera que el hecho precedente puede estar constituido por un hecho fortuito o una conducta imprudente[1501]. En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ señala que la agravación en estos supuestos radica en la existencia de una especie de relación de "proximidad social", en virtud de la cual el que crea un peligro, incluso fortuitamente, es más que un simple tercero, pues ha "entrado" en la esfera jurídico-social de bienes de la víctima y tiene, por ello, un deber intensificado de evitar la producción de la lesión; ahora bien, esta "proximidad social" es exactamente igual en la causación fortuita como imprudente[1502].

En esa línea, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia de fecha 6 de octubre de 1989, señalaba que: "*No importa el que la víctima fuera o no culpable en el accidente, ni siquiera que ella tuviera incluso voluntad de autolesionarse o de quitarse la vida. Ninguna de esas circunstancias puede eximir a quien produce el suceso causante de esos daños respecto de su deber de auxilio inmediato con todos los medios a su alcance (...)*".

Legislativamente, esta posición ha sido asumida por el Código Penal Español (Art. 195°, inc. 3°: "*Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio,*

[1501] En nuestro medio BRAMONT ARIAS-GARCÍA CANTIZANO: *Ob. Cit.* p. 125; PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 285 y 286. PEÑA CABRERA: *Ob. Cit.* p. 290; VILLA STEIN: *Ob. Cit.*, p. 226

[1502] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Problemas del Tipo de Omisión del Deber de Socorro (Comentario a la STS de 27 de abril de 1987).* En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Año 1988, pp. 573-574.

la pena será de (...), y si el accidente se debiere a imprudencia, la prisión de ...") y por el Código Penal de México (Art. 157°: "*Al que después de lesionar a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo ..*").

a) Tomando posición al respecto, consideramos que nuestro tipo penal excluye la posibilidad de considerar a un hecho fortuito como el hecho precedente que se requiere para la configuración de este delito. En efecto, la norma *in comento* exige que el autor haya herido o incapacitado a la víctima, lo cual supone que estos resultados deben ser objetiva y subjetivamente imputables al autor, lo cual no se va a poder predicar de un hecho completamente fortuito, dada su imprevisibilidad.

En este punto, siguiendo a la doctrina española PEÑA CABRERA FREYRE sostiene que no se puede excluir que la acción precedente sea de carácter fortuito, pues no es la conducta precedente lo que está penalizada, sino la actitud posterior: la indiferencia del sujeto activo para con la vida y salud del accidentado, dando lugar a los deberes que debe cumplir todo ciudadano en una situación de dicha naturaleza[1503]. Al respecto, se debe señalar que dicha tesis solo es sustentable en la legislación española o mexicana, las que, a diferencia de la nuestra, han contemplado expresamente la posibilidad de que el hecho precedente pueda estar constituido por un hecho fortuito, e incluso en la legislación española se utiliza el término "accidente", el cual en efecto puede comprender las creaciones fortuitas de peligro; sin embargo, en nuestro caso se exige que el autor haya lesionado (herido e incapacitado) a la víctima que se abandona, resultado que, teniendo en cuenta que en nuestra legislación se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, solo puede ser imputable al agente si su conducta supone la creación de un riesgo penalmente relevante y, siempre que, mínimamente, haya podido representarse

[1503] *Ob. Cit.* p. 286.

dicho riesgo. Al respecto también resultan de aplicación los criterios esgrimidos al tratar *las lesiones con resultado fortuito,* a través de los cuales hemos descartado la posibilidad de aplicación de dicha figura, precisamente por contravenir el principio-derecho de prohibición de responsabilidad objetiva.

Por consiguiente, consideramos que en estos casos el abandono de la víctima por parte del agente que fortuitamente lo ha herido o incapacitado no es subsumible en este delito, sino en el delito genérico de "omisión de auxilio" tipificado en el art. 127° del CP.

b) Un segundo punto a determinar está referido a si la conducta antijurídica precedente, además del hecho culposo (sobre el que no existe discrepancias), puede también estar constituida por un hecho doloso. Al respecto, algunos autores como PORTILLA CONTRERAS considera que el hecho precedente no puede haber sido realizado con dolo, ya que en los casos en los que se ha querido matar o lesionar, y luego se omite la ayuda, resultará aplicable únicamente el delito de homicidio, asesinato o lesiones, pero no el de omisión de socorro ya que el resultado producido absorbería el desvalor de la omisión[1504].

Al respecto, siguiendo a SOLE ROCHE[1505], consideramos que la situación de peligro en el que se coloca a la víctima también puede tener su origen en un delito doloso; sin embargo, se deben distinguir dos situaciones: cuando el peligro queda abarcado por el dolo, la infracción del deber de socorro queda comprendida por el delito precedente, vg., quien tras una tentativa de homicidio deja a su víctima desangrarse, responderá únicamente por homicidio (ya sea consumado o en grado

---

[1504] *Ob. Cit.* p. 376. Sigue esta razonamiento en nuestro medio PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 287, quien considera que la herida o incapacitación de la víctima no puede haber sido propiciado por una conducta dolosa, pues sería un despropósito pretender penalizar los actos posteriores al delito cuando se evidencia una intención de lesionar o de matar a una persona y luego se exija una acción de auxilio.

[1505] *Ob. Cit.* pp. 615-616.

de tentativa); en cambio, no existe inconveniente para imputar, además, el delito de omisión de socorro si el peligro no ha sido abarcado por el dolo del agente, vg., quien tras consumar una lesión dolosa (por ejemplo al sostener un pugilato, sin intención de matar o de lesionar gravemente), advierte que su víctima entra en un proceso más grave para su salud, el mismo que no había sido previsible[1506].

A. Presupuestos del tipo objetivo:

i) La existencia de una situación típica

a) El supuesto de hecho que genera el deber de realizar la prestación de socorro requiere que el sujeto pasivo del delito se encuentre en un estado de grave e inminente peligro para su vida y su salud, a consecuencia de un actuar precedente del sujeto activo.

La situación típica se caracteriza por denotar un estado de peligro concreto, suficientemente intenso y adecuado para la vida o salud de la víctima, que produzca una efectiva disminución de sus posibilidades de subsistencia[1507]. En efecto, para que surja la obligación de socorrer es preciso que la víctima se encuentre en grave e inminente peligro, el cual, como es obvio, debe ser manifiesto o fácilmente reconocible para cualquier observador externo que esté en la posición del sujeto activo (y detente, por tanto, los conocimientos generales y particulares del autor)[1508].

Si bien la norma no lo indica, en consonancia con el principio de intervención mínima, el peligro que amenaza la vida o salud de la víctima debe ser *grave,* el cual se mide por el efecto combinado de

---

[1506] En nuestro medio, SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 251, también considera que la conducta precedente puede provenir de una conducta imprudente o dolosa del agente, quedando excluidos los casos fortuitos.

[1507] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Civitas, Madrid, p. 780.

[1508] DEL ROSAL BLASCO: *Ob. Cit.* p. 260.

tres variables: el valor de los bienes amenazados, la entidad del probable deterioro del mismo y la concreción y proximidad temporal del peligro (inminencia), las cuales deben ser valoradas atendiendo a las circunstancias concretas del caso[1509]; por ejemplo, no sería grave un mero dislocamiento del hombro o del tobillo que se produce como consecuencia de un accidente automovilístico. En tal sentido, se deben descartar los riesgos escasamente relevantes.

El peligro *inminente* se presenta cuando existe una probabilidad actual, cierta y concreta de que se produzca la muerte o que se ocasionen lesiones graves a la salud del sujeto pasivo, lo cual hace evidente la necesidad de una pronta intervención auxiliadora del tercero. Caso contrario, cuando existe la absoluta improbabilidad de producción del daño a la vida o a la salud de una persona, el deber de socorro desaparece. Más aún, si se tratase de un peligro leve o remoto.

La valoración de la situación de peligro debe efectuarse con relación al momento en el que es posible la prestación de socorro, el cual existe siempre que el juicio *ex ante* sobre la situación de necesidad, realizado por un tercero imparcial, evidencia que existe la posibilidad de evitar o disminuir el daño si se produce la intervención del socorrista[1510]; por lo que si *ex ante* puede apreciarse que no hay peligro, no se puede sancionar por este delito[1511]. En la misma línea, si el autor omite, creyendo que podía modificar la situación de peligro, pero una consideración *ex post* demuestra que no existía en absoluto ninguna posibilidad de modificación (vg., porque la muerte de la víctima es casi instantánea), no habrá incurrido en una omisión real de socorro, sino en una tentativa imposible, la cual sería impune[1512]; dejando, eso

---

[1509] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 620; MOLINA FERNANDEZ: *Ob. Cit.* p. 150.

[1510] BARJA DE QUIROGA: *Ob. Cit.* p. 1517

[1511] PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 371.

[1512] RODRÍGUEZ MOURULLO: *Ob. Cit.* p. 517; PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 371, precisa que un peligro erróneamente supuesto –*peligro putativo*- por el omitente da lugar a un delito imposible, ello es así, porque el sujeto

sí, subsistente la punibilidad de la conducta antijurídica precedente (vg., homicidio culposo o doloso).

En este punto se debe precisar que, cuando el peligro cesa, obviamente desaparece el deber de socorro; lo cual puede suceder cuando se retoma el control de la fuente de peligro, o cuando el peligro se ha materializado de forma irreversible con la muerte de la persona.

b) Finalmente, y aunque nuestra norma no lo precisa, se requiere que la víctima se encuentre *desamparada,* es decir, que no pueda socorrerse a sí misma o carezca de los medios para conjurar el peligro que enfrenta y no se encuentra recibiendo ayuda ajena de modo eficaz y adecuado[1513]. En ese sentido, se debe señalar que la situación de desamparo no desaparece por la mera presencia de otras personas junto a la víctima, quienes estarán obligadas alternativamente a socorrerla hasta en tanto y en cuanto no se compruebe que su contribución resulta innecesaria; solo se excluye dicha situación cuando la víctima está siendo auxiliada, de modo eficaz y adecuado, por un tercero.

---

omite el deber de ayuda en la creencia de la víctima aún vive cuando en realidad no existe desamparo ni peligro para la víctima; CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 273, categóricamente señala que no puede haber delito si la acción esperada hubiera sido absolutamente inútil. En contra MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 334, al señalar que cabe la tentativa cuando el sujeto omite el socorro que objetivamente no era necesario por haber muerto el sujeto pasivo accidentado; SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 621, para quien la propia naturaleza del delito traduce el mandato en el deber de intentar socorrer, el cual aún sigue siendo posible aunque el estado real de la víctima haga inútil cualquier auxilio.

[1513] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 624, aclara que existe una situación de desamparo aun cuando la víctima este recibiendo ayuda, pero previsiblemente esta ayuda resulta insuficiente o inadecuada para eludir el grave peligro; MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 150 observa que cuando el sujeto reciba una asistencia insuficiente aunque subsista el desamparo relativo al peligro residual dejará de ser grave, con lo que la omisión será impune por falta de este requisito típico.

En este punto se debe precisar que, si bien el fundamento de la gravedad de este delito, conforme se ha indicado, radica en que en este caso el agente tiene un deber de especial intensidad (de garante), ello no implica la existencia de un deber preferente del agente respecto a los terceros solidarios. En efecto, como bien explica GARCIA ALBERO, no pueden establecerse prevalencias, pues los deberes de auxilio han de ser interpretados en favor del amparado, de no ser ello así, el tercero podría justificar su conducta en un supuesta subsidiariedad de su deber de auxilio a expensas del incumplimiento del deber principal del causante, demorando un auxilio que puede resultar incluso más eficaz, por lo que el deber de amparo intensificado que recae en el agente, como se ha indicado en el párrafo anterior, decae cuando exista un auxilio ya emprendido que no pueda ser objetivamente mejorado de forma relevante por quien ocasionó el peligro[1514].

Finalmente, no se incurre en este delito cuando el perjudicado puede ayudarse a sí mismo, pues en este caso, en realidad no existe una situación de desamparo, vg., un caso de rotura de un brazo que no llega a inmovilizar al perjudicado, sin causarle una situación de inconciencia, no da lugar a una situación de desamparo.

ii) Capacidad de acción y auxilio exigible

La capacidad objetiva presupone que el agente debe tener la capacidad psicofísica para realizar la acción de auxilio potencialmente apta o idónea para neutralizar, modificar, aminorar, retrasar o influir en el peligro que amenaza la vida o la integridad física del desamparado ("a hacer lo imposible nadie está obligado"). En ese sentido, es preciso que el sujeto activo reúna las condiciones idóneas (facultades personales o posibilidades instrumentales) y concurran determinadas condiciones externas (cercanía espacial y temporal entre el agente y la situación típica) como internas (el autor cuente con los conocimientos

[1514] *Ob. Cit.* p. 318.

y facultades intelectuales) para prestar el auxilio requerido[1515]; caso contrario, debe demandar el auxilio de la autoridad o de un tercero que se encuentra en mejores condiciones.

iii) Sin riesgo propio o de terceros

Resulta discutible si en este caso, el agente del delito, que puede o está capacitado para socorrer a la víctima, queda liberado cuando realizar dicha prestación genera un riesgo o daño para sí o para un tercero. Al respecto, es de apreciarse que este tipo penal no ha previsto este elemento, como sí lo hace el artículo siguiente (127°) por lo que en virtud al principio de legalidad no podemos tomarlo en cuenta en este caso.

Más aún, consideramos que la propia norma ha establecido la obligación de socorrer a quien se ha lesionado o incapacitado; pues, en esta caso, el agente tiene la posición de garante del bien jurídico que ha puesto en peligro, y por ello su deber de salvamento es mucho más intenso que el que corresponde a cualquier persona que no ha participado o no ha causado el riesgo para la víctima (Art. 127° del CP). Por ello, si bien en este último artículo se releva al agente del deber de salvamento cuando ello implica un riesgo propio o de tercero, el mismo razonamiento no se puede aplicar en el caso bajo análisis, sobre todo, cuando se trate de un riesgo para el propio agente que ha causado el riesgo para la víctima. Más aún, si se tiene en cuenta que el numeral 5) del artículo 20° del CP, impone el deber de socorro especialmente intensificado, aun cuando se trate del riesgo para la vida, la integridad corporal o la libertad del propio agente, si es que fue él quien causó el peligro para la víctima.

Resultaría discutible, eso sí, el caso de que el cumplimiento del deber de socorro implique un riesgo para un tercero (que no causó la situación de peligro)cuyo cumplimiento inclusive significa cierto

[1515] VILLAVICENCIO: *Ob. Cit.* p. 658.

sacrificio; en este caso, consideramos que se tendría que ponderar la naturaleza y magnitud del riesgo para la víctima y el tercero, así como la inminencia del mismo, y según esto se podrá relevar del deber de socorro al agente.

No obstante, también en el caso de que se trate de riesgos para el propio autor del hecho previo, siempre será posible considerar el los supuestos de inexigibilidad extrema de la prestación de socorro; al respecto SILVA SANCHEZ refiere que se deben valorar las situaciones concretas a fin de evaluar en cuál de ellas se da un riesgo relevante hasta el punto de hacer inexigible la prestación de socorro[1516].

3.3. TIPO SUBJETIVO

Se requiere dolo, el cual debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo (situación de peligro, desamparo, capacidad de acción), incluyendo el hecho de ser causante de la situación típica, si falta el conocimiento de este dato, el agente responderá por el delito de omisión de auxilio tipificado en el artículo 127° del CP.

[1516] SILVA SANCHEZ: *Ob. Cit.* pp. 565 y ss., en el caso que comenta (del sujeto que completamente ebrio hurta un vehículo, el cual conduce a excesiva velocidad provocando un accidente de tránsito, luego de lo cual huye pese a haberse percatado de la existencia de lesionados), concluye que podrían darse suficientes elementos para afirmar la inexigibilidad de la prestación de socorro. Así: que sobre el sujeto pendía no sólo la sanción por las lesiones imprudentes, sino también la correspondiente a la sustracción del vehículo; que las lesiones de los agraviados eran leves, y el sujeto activo en poco podía contribuir a paliarlas y, en cambio, él corría el riesgo de una detención con el problema añadido de ser reincidente. En una posición similar MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 163, considera que el riesgo de ser enjuiciado por el hecho causante no puede justificar por sí solo la omisión posterior, pero sí puede ser un dato que junto a otros permita calificar a la prestación de socorro de inexigible, lo cual depende de situación en que se pueda encontrar la víctima -gravedad del peligro que la amenaza, eventual presencia de terceros, etc.-; y de los diferentes riesgos a los que se encontraría sometido el autor si presta el auxilio -posibilidad de ser enjuiciado por delitos graves sancionados con penas altas, posibilidades de agresión de los familiares de la víctima, etc.-.

Es admisible el dolo eventual, especialmente cuando las circunstancias fácticas concurrentes permitan el socorro y significadamente cuando el omitente ha ocasionado el accidente, el sujeto puede suponer la alta probabilidad de una situación de peligro grave por parte del desamparado y sin embargo renuncia a comprobar dicha situación[1517].

3.4 TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito *in comento* es de peligro concreto y de mera actividad, por tanto, este se consuma en el momento de la omisión del deber de socorro. La tentativa es inadmisible.

[1517] GARCÍA ALBERO: *Ob. Cit.* p. 928.

4. OMISIÓN DE AUXILIO

Art. 127°.- "El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días multa".

Históricamente este delito adquiere repercusión en el período histórico del fascismo en el que se resaltaban los valores de la solidaridad y del sentido del deber del ciudadano en relación al Estado. En Alemania, este delito fue introducido en el año 1935 (parágrafo 330.c), siendo enarbolada por los juristas de esa época como el símbolo del derecho penal nazi, el cual fue elaborado en torno a la violación de los deberes; mientras que en Italia, el Código Penal de 1929 (Código Rocco), llegó a tipificar como delito, incluso, la conducta del que no llegó a prestar ayuda ante la existencia de un peligro considerable aun a costa de su propia integridad o vida (Art. 389° CP). Al respecto se señalaba como fundamento de dicho ilícito que la solidaridad humana impone el deber de prestar socorro aunque ello suponga el sacrificio de la propia integridad personal[1518].

[1518] PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 359.

El antecedente inmediato de este artículo lo encontramos en el art. 183° del Código Penal de 1924 ("*El que encontrando a un herido o a cualquier otra persona en estado de peligro, omitiere prestar auxilio inmediato, aunque no lo exponga a daño o peligro personal, u omitiere dar aviso a la autoridad...*"), debiendo relievarse que en el dispositivo actual se mejora sustancialmente la redacción de la conducta típica[1519]. Se debe señalar, que el dispositivo anterior tuvo como fuente inmediata el art. 166° del Proyecto Peruano de 1916, y como fuente mediata el art. 389° del Código Penal italiano de 1889.

En la legislación comparada, se observa que este delito ha sido tipificado en la mayoría de los Códigos Penales bajo la figura de la "Omisión de Socorro",o bajo la denominación de "Omisión de Auxilio", que en algunos casos, a diferencia de nuestra normativa, regula expresamente el supuesto del que encuentra a una persona perdida o desamparada. Así por ejemplo, el Código Penal de Argentina regula expresamente el supuesto del que encuentra perdido o desamparado a un menor de 10 años (Art- 108°)[1520]; y, el Código Penal de Brasil que, en el delito de omisión de socorro, expresamente tipifica la conducta del que deja de prestar asistencia a los niños abandonados o extraviados (Art. 135°), entre otros.

[1519] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 409, al respecto indicaba que el dispositivo del CP 1924 contenía un error en la redacción ya que el texto señalaba que "aunque no lo exponga a daño o peligro personal", cuando lo correcto era señalar que "siempre que no lo exponga a daño o peligro personal", por lo que propugnaba la corrección del caso ya que el dispositivo redactado de esa forma tenía un sentido absurdo. La actual redacción corrige este error al señalar que el sujeto activo debe omitir prestar auxilio "*pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero*".

[1520] Se debe precisar que el Código Penal de 1924, en el art. 182° recogía expresamente este supuesto: "*El que encontrando abandonado o en desamparo a un niño o a una persona incapaz de valerse por sí misma, omitiere dar inmediato aviso a la autoridad...*"; lo cual no representa en nuestro caso una laguna de punibilidad ya que la conducta descrita puede ser fácilmente subsumida en el presente tipo penal.

4.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la vida o la salud de la persona.

4.2 TIPICIDAD OBJETIVA

4.2.1. SUJETOS

a) Sujeto Activo

El sujeto activo es indiferenciado por lo que puede ser cualquier persona que contacta con la víctima, es decir quien encuentra a la víctima (la visualiza materialmente) o recibe un requerimiento de ayuda[1521]. No se trata de un delito especial ya que la obligación susceptible de cumplir no surge de las características peculiares del agente ni de sus deberes especiales[1522].

Como bien precisa ROY FREYRE, no es necesario que el actor tome conocimiento directo de la situación de peligro, debiendo interpretarse el término "encontrar" en el sentido de que el sujeto activo debe ser ajeno a la creación de la situación que coloca a la víctima ante la proximidad de un riesgo grave[1523], ya que de no ser así, la persona que estaba acompañando a la víctima, por ejemplo, el guía de montaña que abandona al turista que cae en una grieta, no podría ser sujeto activo de este delito, con lo cual se genera una amplia laguna de punibilidad; por lo que consideramos que en una futura reforma la actual redacción debe ser modificada a fin de evitar cualquier objeción sustentada en la infracción al principio de legalidad[1524].

[1521] PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 365.

[1522] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 614.

[1523] *Ob. Cit.* p. 411.

[1524] En ese sentido, consideramos que en una futura reforma debería dejar de utilizarse el término "encontrar", haciendo girar la descripción de la conducta típica en la mera omisión de auxilio, conforme se aprecia, por ejemplo, en el Código Penal Español: "*El que no socorriere a una persona*

No existe inconveniente para que la víctima de un delito doloso pueda ser considerada sujeto activo de este delito, siempre que la situación de peligro en la que se encuentre, no le haya impedido prestar socorro a las demás personas víctimas de la misma acción delictiva[1525].

En los casos de concurrencia de obligados el deber de auxilio comprende a todas las personas que se encuentren en la situación determinada por el tipo penal, independientemente de que se tenga un deber de garante respecto de la víctima[1526]; por lo que, incluso, la presencia de terceras personas en las cercanías de la víctima en peligro, no es motivo que excuse la no intervención del agente, ya que de ser ello así, se llegaría al absurdo de que cuanta más gente hubiera por los alrededores de la víctima más razones existirían para que nadie tuviera el deber de atender al herido. Por consiguiente, el agente solo se desliga de su obligación de auxilio cuando terceras personas, de manera inmediata, prestan un auxilio eficaz a la víctima[1527].

Particular dificultad se presenta en los casos donde se requiere de una acción combinada de varios sujetos, de modo que la omisión de uno imposibilita el auxilio (*obligación cumulativa*), o cuando la acción salvadora de uno de los obligados hace innecesario el concurso del resto (*obligación alternativa*). En el primer caso, la obligación de cada uno de los sujetos subsiste mientras no esté definitivamente claro que uno de los coobligados no va a colaborar, sin que pueda existir una recíproca exención de deber[1528]; en el segundo caso, como se ha

---

que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros..." (Art. 195° inc. 1°); o en el Código Penal de Colombia: "*El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro...*" (Art. 131°), entre otros.

[1525] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 615.

[1526] De este modo, por ejemplo, la presencia del padre en el lugar de los hechos no excluye que los demás presten el auxilio al hijo cuando éste no lo hace.

[1527] R. NAVARRO – GONZÁLES GARRIDO: *Ob. Cit.* p. 189.

[1528] MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 147.

indicado en el párrafo anterior, la obligación deja de subsistir cuando uno de los obligados actúa de modo eficaz; sin embargo, si el auxilio resulta especialmente difícil, la acción de cualquiera de los obligados no puede hacer decaer el deber de permanencia de los restantes por si su concurso fuera necesario[1529].

En los supuestos en los que el agente tiene *capacidades especiales* surge la interrogante de si su deber de prestar auxilio tiene prioridad y si este desaparece cuando otro ya ha comenzado un auxilio menos eficaz que no consigue desparecer la situación de grave riesgo para la víctima. Al respecto, consideramos que la obligación del agente, en este caso, solo desaparece cuando se verifica que la asistencia recibida por otro es suficiente para descartar la proximidad de un peligro grave para la salud o vida del sujeto pasivo, por ejemplo el policía que no acude a trasladar a una persona que se encuentra en grave peligro, pero dispone que un tercero lo haga no incurriría en este delito ya que el traslado inmediato a un hospital puede ser realizado, de manera eficaz, por una persona igualmente obligada[1530].

Si la persona que omite, rehúsa o retarda la prestación de auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente o por un particular en situación de peligro, es un *efectivo policial,* será de aplicación también, en concurso ideal, el delito contemplado en el art. 378° del CP. Si es otro *funcionario público* y la prestación de auxilio forma parte de sus funciones, la conducta deber ser subsumida también en el tipo del art. 377° del Código Penal, el cual entra en concurso ideal con el presente delito.

b) Sujeto Pasivo

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona que se encuentre herida o en estado de grave e inminente peligro. Por persona "herida" debe

---

[1529] MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 147.

[1530] MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* pp. 147-148.

entenderse a aquel que ha sufrido una lesión que se ha producido en el cuerpo, el cual implica la pérdida de solución en la continuidad de la piel u otro tejido del cuerpo[1531]; mientras el peligro en el que se encuentra el sujeto pasivo debe ser manifiesto, concreto, inminente y actual. En ambos casos, la situación concreta de la víctima le impide valerse por sí misma.

En la actualidad, con los avances de la medicina son factibles los casos en los que la protección de la vida o salud del feto propicia la aplicación de este delito, vg., cuando tras un accidente de tránsito en el que se produce la muerte, el coma irreversible, o unas lesiones que son incompatibles con la vida de la gestante, surge el deber de intervención para conseguir el alumbramiento del feto aún viable, o aquellos casos en los que la medicina ya ofrece ciertos conocimiento respecto de los efectos nocivos de un medicamento para el embrión o feto por tener efectos teratógenos, y pese a ello, el médico tratante no advierte del peligro a la gestante; sin embargo, estos casos no son subsumibles en el tipo penal materia de análisis, por lo cual resulta aconsejable su ampliación para cobijar aquellos supuestos en los que la vida o salud del "feto" o "embrión" pudiera encontrarse en peligro inminente, los cuales, como se ha indicado, no se encuentran comprendidos en el presente tipo penal que solo tiene por sujeto pasivo a la persona que es encontrada en peligro[1532]. En ese sentido, por ejemplo no resulta típica la conducta del médico que, pese a tener conocimiento de que la gestante va a ingerir un medicamento inofensivo para su salud o su vida, pero que es nocivo para el embrión o

[1531] ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 410.

[1532] En contra SOLA RECHE, Esteban: *De la Omisión del Deber de Socorro.* En Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. (Coord. José Luis Díez Ripollés-Carlos María Romeo Casabona). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. p. 613, para quien además de ser discutible que en el ámbito penal se niegue la condición de persona al feto, considera que si el feto es sujeto pasivo del delito de aborto, con mayor razón debe entenderse al feto como sujeto pasivo de un deber de socorro, como portador del bien jurídico que en última instancia penalmente se tutela.

feto por tener efectos teratógenos, no le advierte a la madre sobre dicho riesgo[1533].

4.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

La presente figura penal es un delito de omisión propia, lo que implica que su configuración típica supone la infracción a una norma de mandato: "el deber de socorrer o auxiliar a toda persona que se halle en peligro". En tal sentido, el comportamiento consiste en un mero no hacer (omitir prestar ayuda o socorro a una persona que se encuentra en peligro), independientemente del resultado final que pueda acaecer para el bien jurídico, cuyo proceso de degradación o deterioro el sujeto activo no ha contribuido a evitar o neutralizar[1534]; si la lesión al bien jurídico se concretiza, el sujeto activo no responde por dicho resultado, ya que la ley no le impone ningún deber de evitarlo, sino solamente el deber de auxiliar. La responsabilidad por el resultado muerte o lesiones solo será imputable al autor en comisión por omisión, siempre que tuviera una posición de garante[1535].

a) La prestación de socorro o de auxilio

Como ya se indicó, es toda actividad que modifica la situación de peligro, ya sea reduciendo o aminorando la gravedad del mal al que está expuesto una persona, o disminuyendo la probabilidad de su advenimiento. Se entiende que la prestación de socorro debe ser eficaz, aunque no necesariamente exitosa, pues lo desvalorado por la norma no es que no se haya evitado un resultado lesivo, sino el no haberlo intentado, de modo que aunque no consiga impedir la concretización del peligro, la tipicidad desaparece cuando el agente se esfuerza seriamente en ello[1536].

[1533] MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 148.

[1534] DEL ROSAL BLASCO: *Ob. Cit.* p. 259.

[1535] MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 333.

[1536] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 628.

El comportamiento típico consiste en no socorrer inmediatamente a una persona desamparada en grave e inminente peligro; y, cuando ello no sea posible, en no dar aviso inmediato a la autoridad.

Son presupuestos del tipo objetivo:

i) La existencia de una situación típica

El supuesto de hecho que genera el deber de realizar la prestación de socorro, según el tipo penal requiere, en primer lugar, que el agente *encuentre* a una persona herida o en estado de grave e inminente peligro.

En efecto, nuestro legislador exige que el agente haya encontrado a una persona en peligro, lo cual, como se ha indicado, genera muchas dudas ya que de seguir una interpretación meramente literal quedarían excluidos como sujetos activos aquellos que se encontraban acompañando a la víctima cuando esta cae en una situación de peligro, lo cual sería un absurdo, vg., el andinista que observa a su acompañante caer en una grieta.

Al respecto, se debe señalar que la fórmula utilizada por nuestro legislador es de origen italiano[1537], y tal como ha sido propugnado por la jurisprudencia de ese país, la expresión "el que encuentra a" tiene el significado amplio de "haberse encontrado en presencia de"[1538], por lo que no solo será autor de omisión quien literalmente

---

[1537] Art. 593°: "*El que, habiendo encontrado abandonado o extraviado a un niño menor de diez años, o a otra personas incapaz de proveerse por sí misma, por enfermedad mental o corporal, por vejez o por otra causa, omita dar aviso inmediato a la autoridad (...) a la misma pena quedará sometido quien, habiendo encontrado un cuerpo humano que esté o parezca estar inanimado, o a una persona herida o ante algún peligro, omita prestarle la asistencia necesaria o dar inmediato aviso de ello a la autoridad ...*".

[1538] Así por ejemplo en la Casación del 13 de mayo de 1964 (cit. por RANIERI: *Ob. Cit.* p. 401), se señaló que la expresión "habiendo encontrado" empleada por el artículo 593, tiene el significado amplio de haberse encontrado en presencia (esta inclusive puede ser percibida) de una persona que está en peligro o en proximidad del lugar (aun cuando no esté visible) en que fue

se encuentra con la víctima, sea que la estuviera buscando o no, sino todo aquel que percibe a través de sus sentidos que una persona está en peligro o quien, no habiendo encontrado a la víctima, es llamado a auxiliarla por aquel que se encuentra imposibilitado. En ese sentido incurre en este delito no solo el guía de montaña que es llamado a auxiliar al turista de otro grupo que ha caído en un barranco, sino también el propio compañero de viaje de la víctima, que estaba allí con ella cuando sucedió el accidente[1539]. Sin embargo, consideramos que el tipo penal debe ser materia de reforma a fin de evitar cualquier objeción sustentada en la presunta infracción al principio de legalidad.

Cabe precisar que para la existencia del delito no basta con el mero "encuentro moral", esto es, cuando solo se tiene noticia de un estado de desamparo o de peligro[1540], sino que debe tratarse de un encuentro o percepción material de la víctima en peligro.

Ahora bien, el verbo *"encontrar"* denota que el sujeto activo debe ser ajeno a la creación del estado de peligro; por el contrario, si por un comportamiento culposo o doloso el agente ha provocado dicho resultado, su omisión será subsumible en el delito de *"omisión de socorro"* tipificado en el art. 126° del CP. Entendemos, en la línea señalada al analizar el delito de omisión de socorro, que en los casos en los que el agente hiere o incapacita mediante un desarrollo causal fortuito y omite el auxilio, su conducta es subsumible en este delito, pues se entiende que, en estos casos, es ajeno a la creación o causación del estado de peligro.

---

descubierta, así sea por parte de otra persona, quien fue la que solicitó el socorro.

[1539] Comparten la posición que aquí se asume SOLER: *Ob. Cit.* p. 181; DONNA: *Ob. Cit.* p. 405; CREUS: *Ob. Cit.* p. 120.
En contra, en nuestro medio, SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 256, para quien el verbo típico "encontrar", desde una interpretación respetuosa del principio de legalidad, sólo se da cuando el agente activo choca físicamente con el sujeto pasivo o cuando se halla en presencia de aquel.

[1540] CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 273.

a).1. La situación típica se caracteriza por denotar un estado de peligro para la vida o salud de la víctima. En efecto, para que surja la obligación de socorrer es preciso que la víctima se encuentre en grave e inminente peligro, el cual, como es obvio, debe ser manifiesto o fácilmente reconocible para cualquier observador externo que esté en la posición del sujeto activo (y detente, por tanto, los conocimientos generales y particulares del autor)[1541].

Como indica la norma, y en consonancia con el principio de intervención mínima, el peligro que amenaza la vida o salud de la víctima debe ser *grave*, el cual se mide por el efecto combinado de tres variables: el valor de los bienes amenazados, la entidad del probable deterioro del mismo y la concreción y proximidad temporal del peligro (inminencia), las cuales deben ser valoradas atendiendo a las circunstancias concretas del caso[1542] (por ejemplo no sería grave el peligro que se genera a partir de la fractura de un brazo producido por la colisión con el espejo retrovisor de un coche). Con la referencia a la gravedad la ley ha querido descartar los riesgos de daños escasamente relevantes.

Es preciso anotar que el deber de socorro o auxilio puede subsistir en procesos de deterioro vital irreversible cuando el auxilio consiste en paliar los graves padecimientos del enfermo, aun a costa de adelantar el proceso de su muerte, siempre y cuando hayan sido solicitados y aprobados por el paciente[1543].

El peligro es *inminente* cuando existe una probabilidad actual, cierta y concreta de que se produzca la muerte o que se produzcan lesiones graves a la salud del sujeto pasivo, lo cual hace evidente la necesidad de una pronta intervención auxiliadora del tercero. Caso contrario, cuando existe la absoluta improbabilidad de producción

---

[1541] DEL ROSAL BLASCO: *Ob. Cit.* p. 260.

[1542] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 620; MOLINA FERNANDEZ: *Ob. Cit.* p. 150.

[1543] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 621.

del daño a la vida o a la salud de una persona, el deber de socorro desaparece.

No interesa la fuente o procedencia del peligro, ya que la obligación de socorrer surge ante peligros que tengan su fuente en causas naturales (enfermedades) o tengan su origen en un comportamiento doloso o culposo de alguna persona, siendo indiferente que el riesgo derive de la propia culpa de la víctima.

La valoración de la situación de peligro debe efectuarse con relación al momento en el que es posible la prestación de socorro, el cual existe siempre que el juicio *ex ante* sobre la situación de necesidad, realizado por un tercero imparcial, evidencie que existe la posibilidad de evitar o disminuir el daño si se produce la intervención del socorrista[1544]; por lo que si *ex ante* puede advertirse que no hay peligro, no se puede sancionar por el delito de omisión de socorro[1545]. En la misma línea, si el autor omite creyendo que podía modificar la situación de peligro, pero una consideración *ex post* demuestra que no existía en absoluto ninguna posibilidad de modificación, no habrá incurrido en una omisión real de socorro[1546].

[1544] BARJA DE QUIROGA: *Ob. Cit.* p. 1517

[1545] PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 371.

[1546] RODRÍGUEZ MOURULLO: *Ob. Cit.* p. 517; PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 371, precisa que un peligro erróneamente supuesto –*peligro putativo*- por el omitente da lugar a un delito imposible, ello es así, porque el sujeto omite el deber de ayuda en la creencia de la víctima aún vive cuando en realidad no existe desamparo ni peligro para la víctima; CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 273, categóricamente señala que no puede haber delito si la acción esperada hubiera sido absolutamente inútil.
En contra MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 334, al señalar que cabe la tentativa cuando el sujeto omite el socorro que objetivamente no era necesario por haber muerto el sujeto pasivo accidentado; SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 621, para quien la propia naturaleza del delito traduce el mandato en el deber de intentar socorrer, el cual aún sigue siendo posible aunque el estado real de la víctima haga inútil cualquier auxilio.

En este punto se debe precisar que, cuando el peligro cesa, obviamente desaparece el deber de socorro; lo cual puede suceder cuando se retoma el control de la fuente de peligro, o cuando el peligro se ha materializado de forma irreversible con la muerte de la persona.

a).2. Finalmente, y aunque nuestra norma no lo precise, se requiere que la víctima se encuentre *desamparada,* es decir que no pueda socorrerse a sí misma o carezca de los medios para conjurar el peligro que enfrenta y no se encuentre recibiendo ayuda ajena de modo eficaz y adecuado[1547]. En ese sentido, se debe señalar que la situación de desamparo no desaparece por la mera presencia de otras personas junto a la víctima, quienes estarán obligadas alternativamente a socorrerla hasta en tanto y en cuanto no se compruebe que su contribución resulta innecesaria; solo se excluye dicha situación cuando el agente encuentra al individuo que ya está siendo auxiliado, de modo eficaz y adecuado, por un tercero.

Por el contrario si el perjudicado puede ayudarse a sí mismo el auxilio resulta innecesario al no existir una situación de desamparo, vg., la rotura de un brazo que no llega a inmovilizar al perjudicado, sin causarle una situación de inconciencia, no da lugar a una situación de desamparo.

Un tema que resulta polémico es si se puede calificar de desamparada a la persona que se expone libremente a una situación de riesgo. Al respecto, se pueden distinguir dos situaciones:

i) La primera, cuando la actuación de un sujeto se desenvuelve en el ámbito de una actividad riesgosa permitida ya sea por

[1547] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 624, aclara que existe una situación de desamparo aun cuando la víctima este recibiendo ayuda, pero previsiblemente esta ayuda resulta insuficiente o inadecuada para eludir el grave peligro; MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 150 observa que cuando el sujeto reciba una asistencia insuficiente aunque subsista el desamparo relativo al peligro residual dejará de ser grave, con lo que la omisión será impune por falta de este requisito típico.

practicar deportes violentos –rugby, boxeo, alpinismo, carreras de automóviles, etc.-, o por desarrollar actividades peligrosas asumidas por la generalidad de la población –vg., las corridas de toros-, en las que existe un riesgo cierto y concreto de que el expuesto a la situación de peligro pueda sufrir daños a su integridad física o a su vida. En estos casos no existe situación de desamparo, ya que el sujeto voluntariamente asume una situación de riesgo desarrollando actividades que el ordenamiento jurídico expresamente no las ha prohibido o no las ha regulado. En estos casos, mientras el sujeto tenga capacidad para decidir sobre el auxilio de los demás no estará en situación de desamparo[1548].

Sin embargo, debe precisarse que las situaciones de riesgo que el individuo pretende evitar (por ejemplo la situación de riesgo cuando el torero es embestido, o cuando el corredor choca contra un competidor) sí generan el correspondiente deber de socorro.

ii) La segunda situación se presenta cuando el estado de peligro proviene de la propia actuación del individuo en los casos de intento de suicidio, de huelga de hambre, o cuando se niega a recibir un tratamiento vital, vg., transfusiones o un determinado tratamiento médico. En estos casos, consideramos que mientras el individuo, con plena capacidad para autodeterminarse, haya manifestado su negativa a recibir ayuda, la eventual omisión no será relevante típicamente, pues no existe desamparo cuando el propio individuo se niega a recibir ayuda o cuando de sus actos se puede inferir tal decisión; más aún, si el resultado (muerte o lesiones) que pueda acaecer son solo imputables al ámbito de competencia de la víctima. No debe perderse de

[1548] PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 369, quien precisa que no existe el deber de socorro respecto de situaciones de riesgo aceptadas libre y responsablemente por el autor imputable; SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 620.

vista que tanto la vida como la salud son bienes disponibles por su titular.

Sin embargo, deben recibir diferente tratamiento los casos en los que el individuo es inimputable o no tiene la suficiente capacidad para decidir voluntariamente, vg., cuando el individuo sufre de alguna patología con tendencia suicida (en estos casos la prestación de socorro si resulta exigible).

ii) Capacidad objetiva de salvaguarda en el auxiliador

La capacidad objetiva presupone que el agente debe tener la capacidad psicofísica para realizar la acción de auxilio potencialmente apta o idónea para neutralizar, modificar, aminorar, retrasar o influir en el peligro que amenaza la vida o la integridad física del desamparado ("a lo imposible nadie está obligado"). En ese sentido, es preciso que el sujeto activo reúna las condiciones idóneas (facultades personales o posibilidades instrumentales) y concurran determinadas condiciones externas (cercanía espacial y temporal entre el agente y la situación típica) como internas (el autor cuente con los conocimientos y facultades intelectuales) para prestar el auxilio requerido; caso contrario, debe demandar el auxilio de la autoridad; por consiguiente, no podría sancionarse por este delito, por ejemplo, a quien no sabe nadar y no cuenta con otros medios para intervenir (pedir ayuda a terceros o disponer de un salvavidas) o el paralítico que observa cómo se produce el accidente pero no tiene posibilidad de auxiliar personalmente ni solicitar la ayuda a la autoridad por no tener la capacidad física para ello.

iii) Sin riesgo propio o de tercero

Este elemento presupone que el agente del delito puede o está capacitado para socorrer a la víctima; sin embargo no tiene la obligación de efectuar dicha prestación cuando existe un riesgo para sí o para un tercero.

Se discute mucho acerca de la naturaleza de este elemento. Algunos consideran que se trata de una causa de no inexigibilidad

de otra conducta[1549]; otros consideran que se trata de una causa de justificación o antijuricidad[1550]; otros interpretan que se trata de una circunstancia que afecta la culpabilidad y no la antijuricidad[1551]; finalmente, la posición mayoritaria, a la cual nos adherimos, entiende que este elemento constituye un elemento objetivo del tipo de omisión[1552], ya que la existencia de un mandato de actuar que pretende evitar el peligro creado para la víctima, no puede a su vez, generar al mismo tiempo un riesgo para la vida o salud del sujeto activo[1553].

La doctrina entiende mayoritariamente que el riesgo propio o de terceros solo comprenden aquellos riesgos que colocan en peligro la vida o la salud de las personas, excluyéndose a otros como los patrimoniales o los deberes meramente religiosos, vg., el creyente que no traslada al otro miembro de su iglesia que ha sufrido un accidente por temor a que se le practique una transfusión sanguínea, incurre en este delito.

El riesgo para terceros puede estar constituido por el de las otras víctimas que se encuentran en la misma situación de peligro. En estos casos, quien desatiende a los demás por socorrer a otro, que incluso corre un riesgo menor, no realizará el comportamiento típico que exige la norma[1554].

Se discute en la doctrina si la naturaleza del riesgo puede comprender aquellos casos en los que la libertad del autor se encuentra comprometida al exponerse a la acción de la justicia como consecuen-

---

[1549] CARBONELL MATEU-GONZALES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 274; MUÑOZ CONDE: *Ob. Cit.* p. 334.

[1550] RODRÍGUEZ MOURULLO cit. por PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 366; MOLINA FERNANDEZ: *Ob. Cit.* pp. 154-155.

[1551] SAINZ CANTERO cit. por PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 366.

[1552] Asumen esta posición: PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 366; DONNA: *Ob. Cit.* pp. 402-403; SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 632, entre otros.

[1553] BUSTOS: *Ob. Cit.* p. 85.

[1554] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* p. 633.

cia del auxilio prestado, al facilitarse su detención o identificación. Al respecto la doctrina mayoritariamente descarta relevar del deber de socorro en estos casos, por ejemplo, cuando el agente se encuentra requisitoriado por la presunta comisión de un delito; en tal supuesto, se sostiene que la antijuricidad de la acción no queda anulada por el miedo de verse descubierto, ya que ello implicaría la prevalencia de un móvil egoísta e ilegítimo sobre el personal deber de solidaridad que la convivencia social exige[1555]; y que dicha circunstancia no puede considerarse como un riesgo relevante capaz de enervar el deber de auxilio[1556]. Sin embargo, cierto sector doctrinal, al cual nos adherimos, estima que en algunos supuestos que impliquen la detención, procesamiento y condena, se puede sustentar la inexigibilidad de la prestación de socorro[1557].

En el caso de que la posibilidad del procesamiento del agente se derive del hecho de haber causado el accidente que obliga al auxilio, la propia norma ha establecido la obligación de socorrer a quien se ha lesionado o incapacitado y porque no puede partirse de la idea de que al ciudadano que ha cometido un hecho antijurídico no le es exigible lo que sí es exigible a quien no ha cometido delito alguno[1558]; sin embargo, en este caso, estaremos ante el supuesto previsto en el artículo 126° del CP, tal como se ha visto líneas antes.

b) Omisión de solicitar auxilio

El deber de demandar auxilio también se encuentra establecido en el presente tipo penal; sin embargo, se debe precisar que este auxilio no debe ser visto como una obligación subsidiaria a la de socorrer

---

[1555] Sentencia de fecha 23 de noviembre de 1994 del Tribunal Supremo de España citada por PORTILLA CONTRERAS: *Ob. Cit.* p. 367.

[1556] GARCIA ALBERO: *Ob. Cit.* p. 315.

[1557] Tal como se ha señalado en cita de SILVA SANCHEZ: *Ob. Cit.* pp. 565 y ss. y MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 163.

[1558] SOLA ROCHE: *Ob. Cit.* pp. 633-634.

directamente a la víctima[1559], ya que este tipo de auxilio en determinadas circunstancias puede resultar preferente al auxilio personal directo cuando objetivamente resulta más idóneo para la reducción del peligro. En todo caso, este deber es ineludible cuando el agente que presencia una situación típica está imposibilitado de prestar directa y personalmente un adecuado auxilio[1560].

Ahora bien, la solicitud de ayuda, si bien no lo precisa la norma, debe realizarse de forma *inmediata* ya que un retraso injustificado equivale a la omisión misma[1561]; se debe verificar también que el medio utilizado sea *idóneo y rápido*, es decir, que pueda transmitir el pedido oportunamente; y *eficaz*, en cuanto a su ejercicio, por ejemplo, no es eficaz llamar por teléfono al hospital más próximo que se encuentra ubicado a tres horas del lugar del accidente cuando se pudo comunicar el hecho al puesto de socorro más cercano. Asimismo, el pedido debe dirigirse a las personas capaces de prestar auxilio, pues no basta pedir auxilio a cualquier persona, vg., aun discapacitado[1562].

[1559] Apuntan el carácter subsidiario de este deber, es decir, cuando el agente se ve impedido de prestar socorro directamente: GARCIA ALBERO: *Ob. Cit.* p. 316; RODRIGUEZ MOURULLO: *Ob. Cit.* p. 553; MOLINA FERNÁNDEZ: *Ob. Cit.* p. 153, indica en ese sentido que el agente no puede optar discrecionalmente por uno o por otro, pues la demanda de auxilio sólo es válida si el sujeto está impedido de prestar socorro de forma directa; sin embargo, considera que esta restricción legal resulta excesiva, por lo que en los casos en los que el sujeto capacitado consigue que un tercero atienda al desamparado sin merma alguna en la calidad de asistencia el hecho debería ser considerado atípico por ausencia de lesividad.

[1560] SOLE ROCHE: *Ob. Cit.* p. 629.

[1561] RODRÍGUEZ MOURULLO: *Ob. Cit.* p. 557, correctamente señala que el simple retraso integra la conducta típica pues se equipara a la no petición de auxilio.

[1562] CARBONELL MATEU-GONZÁLES CUSSAC: *Ob. Cit.* p. 275; RODRIGUEZ MOURULLO: *Ob. Cit.* p. 556; MOLINA FERNÁNDEZ: *OB. Cit.* p. 154, acota que en algunas ocasiones es mejor solicitar ayuda a una persona menos cualificada pero que pueda actuar inmediatamente vg., puede ser preferible la atención de un médico rural que un largo traslado al hospital de la zona.

La negativa de prestar socorro a quien se solicitó auxilio se encuadraría sin mayor inconveniente en este delito.

4.3. TIPO SUBJETIVO

Se requiere necesariamente dolo. Este elemento subjetivo debe abarcar los elementos objetivos del tipo penal, ya sea los que afectan al sujeto activo (capacidad de acción y ausencia de riesgo), los relativos a la víctima (situación de peligro y desamparo), así como la relativa a la conducta omisiva propiamente dicha.

4.4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Al ser un delito de omisión propia la realización del tipo solo requiere la no realización de la conducta debida, no siendo necesaria la imputación de algún resultado, ya que nos encontramos ante un delito de mera actividad. En ese sentido, el delito se consuma cuando el sujeto activo omite prestar auxilio inmediato a la persona herida o en estado de grave e inminente peligro; u omite dar aviso inmediato a la autoridad. Consecuentemente no es posible la tentativa.

5. EXPOSICIÓN A PELIGRO A PERSONAS DEPENDIENTES

Art. 128°. *"El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, sea privándola de alimentos o cuidados indispensables, sea abusando de los medios de corrección o disciplina, o cualquier acto análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.*

En los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de catorce años de edad, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si se produce lesión grave o muerte de la víctima, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años."[1563]

Este delito tiene como antecedente inmediato el art. 185° del Código Penal de 1924[1564], el cual tuvo como fuente directa el art. 119°

[1563] Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1351, del 7 de enero del 2017.

[1564] Art. 185°: *"El que por espíritu de lucro o por egoísmo o por inhumanidad fatigare físicamente o intelectualmente a un menor de edad que estuviere subordinado como empleado, obrero, aprendiz, doméstico, alumno o pensionista, de manera que la salud del fatigado sea afectada o gravemente comprometida, será reprimido con prisión no mayor de dos años o con multa*

del Proyecto suizo de 1918. A diferencia de la regulación anterior: *i)* La norma actual ya no hace referencia al ánimo con el que el agente debió haber realizado el hecho típico (espíritu de lucro, egoísmo o inhumanidad); *ii)* Se precisa con mayor detalle y amplitud los vínculos que generan la dependencia del sujeto pasivo, ampliándose de esta manera el grupo de personas que pueden ser considerados sujetos pasivos del delito, ya no limitado exclusivamente al menor de edad; y, *iii)* Se consagra expresamente a la mendicidad como un supuesto de exposición.

En relación a la normativa anterior CORNEJO señalaba que la disposición penal importaba la sanción de las leyes protectoras de menores, al castigar el daño inferido a la salud de estos por la fatiga física o intelectual causada por el trabajo excesivo, o la exigencia inhumana y cruel de un esfuerzo exhaustivo (*surmenage*)[1565].

En la legislación comparada, el Código Penal del Brasil contempla un supuesto similar bajo el delito de malos tratos (Art. 136°: "*exponer a peligro la vida o salud de la persona bajo su autoridad, guarda o vigilancia, para los fines de educación, enseñanza, tratamiento o custodia, ya sea privándole de la alimentación o de los cuidados indispensables, ya sea sujetándolo a trabajos excesivos o inadecuados, o abusando de los medios de corrección y disciplina...*).

5.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la vida o la salud de la persona.

---

de la renta de tres a treinta días. La pena será de penitenciaría no mayor de cinco años, o prisión no menor de seis meses, si la fatiga hubiere causado un daño grave y permanente a la salud de la víctima y si el delincuente pudo prever el resultado. En caso de muerte, si el delincuente pudo prever este resultado, la pena será de penitenciaría no mayor de diez años".

[1565] CORNEJO: *Ob. Cit.* p. 72.

5.2. TIPO OBJETIVO

5.2.1. SUJETOS

a) Sujeto activo

Al tratarse de un delito especial, agente del delito solo puede ser la persona que, en virtud de un determinado vínculo, tiene al sujeto pasivo colocado bajo su subordinación o sujeción.

Conforme describe la norma, el ***agente del delito*** solo puede ser: *i)* Quien tiene una relación de *autoridad* (de derecho público o privado) sobre la víctima, esto es, quien tiene el poder de ordenar, mandar y corregir a la víctima, vg., los padres sobre los hijos; el efectivo policial encargado de un establecimiento penitenciario en relación con los presos; el capitán de una embarcación respecto de sus subordinados; el efectivo policial encargado de la carceleta policial respecto de los detenidos; el profesor respecto del alumno; el encargado respecto del menor que se le ha confiado la custodia o vigilancia; etc.; *ii)* Quien tiene bajo su *dependencia o vigilancia* al sujeto pasivo, vg., el profesor o educador respecto del alumno; del maestro respecto del aprendiz; de la niñera respecto del niño que se encuentra bajo su cuidado; de los padres respecto de los hijos; de la enfermera respecto de su paciente, etc.), ya sea en virtud de un convenio, contrato o de una determinada situación de hecho, vg., el familiar que asume el cuidado del pariente o el sujeto que recoge a una persona abandonada; situación que puede tener su origen en un acto lícito o ilícito (vg., el que ha privado de libertad a un menor o a una persona incapaz de cuidarse por sí misma, tiene la obligación de cuidado a fin de evitar el desamparo); y, *iii)* Quien tiene bajo su *tutela o curatela* a la víctima. Están sujetas a curatela las personas que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable y los relativamente incapaces, a excepción de los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

b) Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es la persona que se halla vinculada al agente bajo cualquiera de los supuestos descritos en el presente tipo penal. A diferencia de la legislación anterior, como se ha indicado, la actual redacción del tipo permite considerar como sujeto pasivo no solo al menor de edad, sino a todo aquel que se encuentra bajo la sujeción, subordinación o cuidado del sujeto activo.

5.2.2. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El comportamiento, consiste en exponer o coloca en peligro la vida o la salud de la persona con quien se tiene determinada vinculación; conducta que puede realizarse de las siguientes formas:

a) Privación de alimentos

Se presenta esta modalidad cuando el agente priva a la víctima de los alimentos que requieren su subsistencia (vg., la madre que no alimenta al recién nacido, el encargado de la carceleta policial que no hace llegar al detenido los alimentos que proporcionan sus familiares).

Consideramos que se puede incurrir en esta modalidad en comisión por omisión cuando por ejemplo el efectivo policial, encargado de una investigación preliminar, pese a tomar conocimiento que su detenido no está recibiendo sus alimentos, no gestiona ningún tipo de ayuda, no obstante el tiempo en el que la víctima se encuentra detenida.

Es necesario comprobar que el sujeto pasivo se encuentra en una situación de desamparo, es decir, está imposibilitado de acceder por sí mismo a los alimentos, ya sea porque se encuentra privado de su libertad, por ser un menor de edad o por tener una incapacidad física[1566].

[1566] SALINAS SICCHA: *Ob. Cit.* p. 260.

Es factible el concurso ideal de este delito con el delito de omisión a la prestación alimenticia[1567], cuando la alimentación de la víctima, por encontrarse en una situación de desamparo, depende exclusivamente del obligado.

b) Privación de cuidados indispensables

En realidad, esta modalidad delictiva constituye un supuesto de abandono, ya que en este caso el agente se abstiene de brindar aquellos cuidados que resultan necesarios, oportunos y urgentes para que la vida o salud de la persona, que se encuentra bajo su vigilancia o dependencia, no quede en un estado de peligro que pueda resultar incontrolable para el agente, vg., cuando no se proporciona al enfermo mental con tendencias suicidas el medicamento que se le ha prescrito para disminuir dicho riesgo, o el que sale de excursión por un tiempo prolongado y deja encerrado en completo desamparo a una persona absolutamente incapaz que se encuentra a su cuidado.

El carácter necesario y urgente del cuidado deberá evaluarse conforme a las circunstancias concretas del caso; por ejemplo, si bien no resultaría necesaria y urgente la asistencia médica del hijo que sufre un simple resfrío; sin embargo, este juicio puede variar ante un dolor persistente y agudo en el área abdominal del menor que denota cierta gravedad en el mal y exige una respuesta oportuna.

En estos casos, como es obvio, debe comprobarse que la víctima se encuentra en una situación de desamparo o indefensión, el cual se caracteriza porque la víctima, en ese estado, no puede proveerse de los cuidados requeridos y no es posible que se la proporcione un tercero[1568].

[1567] PEÑA CABRERA FREYRE: *Ob. Cit.* p. 295.

[1568] Antes de la modificación introducida por el D. Leg. N° 1351, del 7 de enero del 2017, se consideraba como acción típica dentro de este tipo penal al *sometimiento a trabajos excesivos e inadecuados* (este supuesto se ha incorporado a otro lugar del código Penal). Es decir cuando se obligaba u

c) Abusos de los medios de corrección y/o disciplinarios

En la legislación comparada se observa que este delito se encuentra contemplado de manera autónoma en el Código Penal de Italia bajo el rótulo de "Abuso de Medios de Corrección o de Disciplina" (Art. 571°: "*El que abuse de los medios de corrección o de disciplina en perjuicio de una persona sometida a su autoridad, o que le haya sido confiada por motivos de educación, instrucción, cuidado, vigilancia o custodia, o en virtud del ejercicio de una profesión o de un arte, será castigado* ...."), aunque se debe señalar que el Tribunal Supremo de ese país declaró ilegal, no solo el abuso, sino cualquier uso de violencia con fines educativos en el seno familiar o en los colegios afirmando que la expresión corregir a un niño expresa una visión anacrónica en la crianza, tanto desde el punto de vista cultural como desde el punto de vista histórico[1569].

---

ordenaba a la víctima a realizar: *a) trabajos excesivos,* entendiéndose por tal aquellos que resultan desproporcionados a las fuerzas de la víctima, vg., cuando se le obliga a un menor de edad a trabajar más de quince horas diarias todos los días, o se le obliga a realizar trabajos pesados; o *b) trabajos inadecuados,* entendiéndose por tal aquellos en los que se coloca a la víctima en una especial situación de vulnerabilidad, vg., cuando se ordena a la hija a que labore en horas de la madrugada en una cantina, o en lugares donde se ejerce el meretricio clandestino; cuando la labor que se va a desempeñar implica la manipulación de sustancias peligrosas (vg., en la actividad minera donde generalmente se emplean a los niños en la fusión del oro con mercurio, sustancia que puede quemar la piel y causar daños a los órganos internos por inhalación); o cuando se obliga al menor a que trabaje en tareas de reciclaje en depósitos de basura donde el riesgo de contraer enfermedades infecto contagiosas es muy grande; o cuando se le obliga a trabajar dentro de las minas o alrededor de una zona de excavación, donde existe el riesgo de contraer infecciones respiratorias y daños permanentes en su sistema respiratorio causados por el polvo que se desprenden de los minerales, etc.

A los efectos del tipo, no interesaba si la víctima era explotada o no, es decir, si recibía directa o indirectamente una contraprestación por el trabajo realizado.

[1569] Este fallo fue emitido en el Caso Natalino Cambria, culpable de abusar de los medios de corrección. La hija de éste, Danila, había sido golpeada

Legislativamente, en nuestro medio se ha reconocido el derecho y deber de los padres de corregir a los hijos, el cual conforme establece el inciso 3° del art. 423° del Código Civil debe ser ejercitado de manera moderada y, cuando este no bastara, los padres deben recurrir a la autoridad judicial solicitando el internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores; es decir, no se ampara el abuso de los medios de corrección. En efecto, los derechos fundamentales del hijo menor, determinan que los padres no deban emplear castigos lesivos de la dignidad personal de este. Si bien la Constitución reconoce a los padres el derecho y deber de educar a sus hijos (Art. 6), pero, hasta dónde puede llegar el castigo en dicha tarea, es algo que viene limitado por la misma integridad física y moral del hijo, que es inviolable.

En esa línea nuestro Código Penal ha tipificado la conducta de aquel que por tener una preeminencia sobre otra, sustentada en un vínculo de sujeción que medie entre ellas (que abarca no solo a las relaciones familiares, sino a los casos de entrega con fines de instrucción, educación, cuidados, vigilancia, custodia, o incluso en virtud del ejercicio de una profesión o arte), o en una relación de autoridad de derecho privado o público del cual se derivan poderes de corrección o disciplinarios, abuse de dichos poderes exponiendo a peligro la vida o salud (física o psíquica) de las personas que se encuentran bajo su guarda o dependencia.

Se entiende que existe abuso de los medios de corrección o de disciplina cuando estos son extralimitados e irrazonables, y no son idóneos para conseguir el fin educativo o disciplinario que se busca,

---

repetidas veces por sacar malas notas en el colegio. En 1996 el caso llego al Tribunal Supremo y los abogados de Cambria argumentaron que no debía haber sido condenado porque las palizas fueron suministradas sin intención de maltratar, ya que Cambria habría ejercido su derecho y deber de corregir el comportamiento de su hija. La Corte rechazó esta defensa y consideró que Cambria habría violado la prohibición estatuaria que hace del maltrato de los niños un crimen.

lo cual torna desproporcionada la afectación de los derechos de la persona afectada. De ahí que el padre de familia obra contrariamente a derecho cuando movido por la ira aplica un castigo desproporcionado, anulando la razonabilidad de la corrección, pues esta no puede ser otra cosa que un acto *adecuado,* es decir, proporcionado a la gravedad de la falta, sin llegar jamás a constituirse en *lesivo* a la integridad o la dignidad del hijo, como persona humana. El exceso de rigor, al no ser proporcionado, es un acto generador de violencia, y por tanto carece de toda justificación.

La configuración del hecho punible no solo requiere de una medida correctiva o disciplinaria que se manifiesta como abusiva, sino que esta debe generar una situación de riesgo para la vida o salud de la víctima, vg., golpear al hijo con un machete o el ejercicio permanente y sistemático de cualquier tipo de maltratos que afecten la salud psicológica del menor.

Se debe precisar que, en estos casos, el hecho debe ser cometido cuando exista la relación correctiva o disciplinaria entre el sujeto activo y el pasivo, de este modo, por ejemplo, si el maestro se excede en relación a su alumno ejecutando la acción fuera del campo o del ámbito de la relación de enseñanza, responderá, de ser el caso por los golpes, y no según el tipo penal materia de análisis[1570].

Nuestra Judicatura en este tema ha señalado que: "*...la conducta del procesado que agrede física y psicológicamente de manera constante y reiterada a sus hijos, configura el tipo penal a que se refiere el artículo 128° del Código Penal debiendo aplicársele de manera accesoria la pena de inhabilitación conforme a lo señalado en el inciso 5 del artículo 36°y el artículo 39° del Código Penal*"[1571].

[1570] RANIERI: *Ob. Cit.* p. 287.

[1571] Antes de la modificación introducida por el D: Leg. N° 1351, se consideraba el supuestos *obligar o inducir a la víctima a mendigar en lugares públicos,* el mismo que ha sido incorporado a los delitos contra la libertad, como se verá más adelante.

Esta figura había sido incorporada en virtud a la ley que protege a los menores de edad de la mendicidad, el sustento de la misma está en el hecho de que en los últimos tiempos se ha incrementado la mendicidad de menores de edad en nuestro país, muchos de los cuales se ven obligados por personas inescrupulosas a realizar esta actividad; incluso, actualmente se observa que los propios padres son los que utilizan a sus hijos para poder mantenerse económicamente.

Nuestra Ley de protección a los menores de edad contra la mendicidad, señala que este acto causa daños irreparables en la identidad e integridad de los niños y adolescentes, que afecta sus derechos fundamentales y los coloca en situación de vulnerabilidad y riesgo; razón por la cual la protección penal en los casos en los que la víctima es obligada o inducida a mendigar resulta plenamente justificada. En efecto, en estos casos, los menores o las personas incapaces son instrumentalizados por el agente del delito, afectándose la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la propia imagen y el derecho a la educación y a una formación integral de la víctima, razón por la cual consideramos que la tipicidad de esta conducta no debería girar necesariamente en relación a la verificación de una puesta en peligro de la salud o de la vida de la víctima, pues bien pueden darse casos en los que el agente en todo momento se encuentre vigilante del menor descartando cualquier tipo de peligro para la vida o salud del menor. Sin embargo, consideramos que este hecho, aun cuando no se ponga en riesgo la vida o salud de las personas, debe ser sancionado penalmente ya que la sola acción de mendigar afecta sustancialmente otros derechos de la víctima; en ese sentido, urge la modificación legal y la reubicación sistemática de este delito, debiendo, en todo caso, considerarse la puesta en peligro como una agravante del hecho delictivo.

Se entiende por *mendicidad* toda actividad reiterativa consistente en solicitar dádivas con valor económico a personas indeterminadas, mediante el empleo de palabras, gestos, escritos (carteles) o cualquier medio suficientemente expresivo, apelando a la piedad a partir de la manifestación o exposición de una situación de indigencia o postración económica, real o ficticia, propias o de personas de algún modo cercanas, sin aportación de contraprestación alguna o cuya improcedencia o desproporción la hacen aparecer como una mera excusa para la obtención de la dádiva. Nuestra Ley N° 28190, Ley que protege a los menores de edad de la mendicidad, entiende por mendacidad la práctica que consiste en obtener dinero y recursos materiales a través de la caridad pública (Art. 2°), debiendo entenderse la expresión "caridad pública" en el sentido de que la solicitud de dádivas se realiza a personas indeterminadas que no tienen ningún deber de protección o asistencia con el mendigo. En ese sentido, se debe recalcar que a los efectos del presente delito, no interesa que la mendicidad se practique en un lugar público

-parque o plazas- o privado, vg., mendigos que concurren a un condominio llamando a cada una de las viviendas.
Consideramos que el supuesto *in comento* también abarcaba los supuestos de *mendicidad encubierta* consistentes en la oferta de pequeños servicios como la limpieza de parabrisas de los autos, o el ofrecimiento de pequeños espectáculos en plena vía pública a cambio del cual se solicita una pequeña contraprestación o limosna. En ese contexto, no existe mendicidad en las peticiones ocasionales de limosna, en las actividades de recaudación de fondos para fines de solidaridad social o en el aprovechamiento de la generosidad del círculo de amigos, parientes o allegados.
La conducta típica requiere que el sujeto activo instrumentalice a la víctima en su afán de obtener dinero y recursos materiales, obligándola o coaccionándola, ya sea mediante violencia, amenaza o intimidación, o induciéndola a realizar actos constitutivos de la mendicidad. En relación a la inducción o instigación a la mendicidad consideramos que ello es posible no solo mediante el empleo de cualquier influjo psíquico (ofrecimiento de recompensas, compensaciones o participación en los beneficios, hasta el empleo del engaño), sino, inclusive, mediante actos concluyentes, vg., cuando el menor que es entregado por el padre se ve compelido a obedecer al tercero que lo recibe ante la situación de desamparo en el que se ve incurso.
A los efectos de la tipicidad de la conducta, no se requiere que la víctima necesariamente sea la que solicite la limosna, basta con que forme parte de la estrategia diseñada por el agente para lograr la caridad de los demás vg., cuando es el propio agente quien solicita la ventaja y utiliza al menor o al incapaz como meros señuelos.
Tanto el que, para los fines de mendicidad, entrega al menor (vg., el padre) como el que lo recibe (el explotador) son coautores del delito; sin embargo, a los efectos de la individualización de la pena se debe tener en consideración la gravedad de los deberes infringidos.
Puede apreciarse un estado de necesidad cuando se utiliza a la víctima, en situaciones de extrema indigencia, para costear las necesidades de estos y de ellos mismos, lo cual deberá ser apreciado cuidadosamente en cada situación concreta, descartando otro medio menos perjudicial, vg., acudir a los lugares donde se brinda asistencia social.
Finalmente, es oportuno anotar que la mendicidad ejercida por una persona de manera autónoma y personal, sin intervención de un agente intermediario no configura este delito, aunque este hecho podría configurar un supuesto de abandono en el caso del menor que no tiene la suficiente capacidad de autodeterminación.
Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la CSJL, del 17 de setiembre de 1997, recaído en el Exp. N° 3063-97.

d) Cualquier otro medio análogo

La norma en actual vigencia, tal como se ha indicado antes, ha extraído del tipo penal los supuestos de obligar a trabajos excesivos o inadecuados y de obligar o inducir a mendigar, por contrapartida ha introducido la cláusula general en comento. Con esta se busca sancionar al que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, valiéndose de cualquier medio análogo a la privación de alimentos, omisión de cuidados indispensables, o al abuso de los medios de corrección o disciplina.

Como puede verse, establecer una relación de analogía o similitud entre estas conductas dispares, resulta difícil, pues unas son omisivas otras comisivas; sin embargo, consideramos que la analogía se determina en función a los deberes de cuidado y protección a los que está obligado el agente frente a una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia. En tal sentido, cualquier conducta, sea comisiva u omisiva que realice el agente, que ponga en peligro o exponga la vida o la salud de dicha persona y que implique una infracción de su rol o deberes a los que está obligado, configurará el medio análogo establecido por la norma.

5.3. SUPUESTOS AGRAVADOS

Se establece como circunstancias agravantes las siguientes:

i) Cuando entre el agente y la víctima existe un vínculo de parentesco consanguíneo. La norma, en este caso, no precisa el grado de parentesco, por lo que debe considerarse el parentesco con efectos legales establecido por el Código Civil, es decir, el parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad si se trata de consanguíneos colaterales e indefinidamente si se trata de ascendientes o descendientes; pues, no se puede extender el grado de parentesco colateral de modo indefinido, puesto que ello haría perder sentido a la gravante y resultaría desproporcionado e inclusive arbitrario.

ii) Cuando la víctima fuere menor de doce años de edad. En este caso la agravante tiene su fundamento en la especial vulnerabilidad del menor.

Asimismo, la norma recientemente modificada ha establecido una agravante de segundo nivel, referido al caso en que como consecuencia del peligro al que se expone a la persona bajo el cuidado del agente, se produce una lesión grave o la muerte de la víctima; en este caso se ha previsto una pena no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Aun cuando la norma no lo establece expresamente como en otros casos (Artículo 121° del Código), entendemos que debe tratarse de un supuesto de muerte u homicidio así como de lesiones preterintencionales, esto es, el resultado muerte o lesiones debe sér culposo. Como se sabe la estructura de la preterinten cionalidad es, en primer lugar, la realización de una conducta dolosa, la misma que produce un resultado culposo más grave (en este caso la muerte o lesión grave); y claro, el agente ha debido prever dicho resultado; pues, nadie responde por lo imprevisible; asimismo, si no se trata de un resultado culposo (o doloso en su caso) no podrá realizarse ninguna imputación penal, puesto que está proscrita todo tipo de responsabilidad objetiva.

5.4. TIPO SUBJETIVO

La presente figura penal es dolosa. Salvo el caso del supuesto agravado que es preterintencional (dolo en la acción y culpa en el resultado).

5.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la realización de cualquiera de las conductas antes descritas, poniendo en peligro la vida o la salud de la víctima. Es de mera actividad, por lo que no es posible la tentativa.

6. ABANDONO O EXPOSICIÓN A PELIGRO SEGUIDO DE MUERTE O LESIÓN GRAVE

Art. 129°.- "En los casos de los artículos 125° y 128°, si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave y no menor de cuatro ni mayor de ocho en caso de muerte".

6.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es la vida o salud de la persona.

6.2. TIPO OBJETIVO

El fundamento de la agravación radica en un contenido mayor del injusto (mayor desvalor del resultado).

En el presente caso nos encontramos frente a un supuesto de homicidio o lesiones preterintencionales; es decir, el autor realiza un tipo doloso (exposición o abandono de personas incapaces y exposición a peligro de persona dependiente), y como consecuencia de ello, se produce un resultado grave, como es la muerte o lesiones graves a la víctima

Los presupuestos del homicidio o lesiones preterintencionales -en el presente caso-, son los siguientes:

a) *Una acción dolosa.* Exposición o abandono de personas incapaces y exposición a peligro de persona dependiente.

b) *Ausencia del dolo de matar o lesionar.* En el caso de que el autor hubiera actuado con dolo de matar o lesionar, salimos del ámbito del homicidio o lesiones preterintencionales, para apreciar únicamente un homicidio, parricidio o lesiones graves. Como se ha indicado, en el delito de exposición o abandono de personas, la subjetividad del sujeto activo no debe alcanzar o comprender más allá de la situación de peligro en el que se coloca a la víctima.

c) *Una relación de causalidad e imputación objetiva* entre la conducta dolosa y el resultado muerte o lesiones, por lo que debe acreditarse, en primer lugar, la relación de causalidad entre la situación de desamparo en el que el imputado colocó a la víctima y la muerte o la lesión grave provocadas al sujeto pasivo -la muerte o lesión deben responder causalmente al abandono o a la exposición-[1572]; en segundo lugar, se debe determinar si ha existido la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir si la situación de desamparo en el que se ha colocado a la víctima ha sido el factor que ha creado el riesgo que finalmente se ha realizado en el resultado "muerte o lesiones graves del sujeto pasivo".

La muerte debe ser consecuencia del abandono; sin embargo, si la muerte ocurre por el actuar negligente de los imputados, cabe encuadrar la conducta en el delito de homicidio culposo.

d) Por último, *el homicidio o las lesiones graves* deben ser imputables subjetivamente a título de culpa -consciente o inconsciente-. Debe verificarse en el caso concreto si el agente del delito se ha representado o podía representarse el resultado más grave creado con su acción para otro bien jurídico -en este caso la vida humana independiente o la salud-, que finalmente resulta lesionada; si por el contrario este resultado

[1572] FONTAN BALESTRA: *Ob. Cit.* p. 359.

fuera imprevisible, tendrá que ser considerado fortuito, no pudiendo generar este hecho ningún tipo de responsabilidad penal, ya que en nuestro ordenamiento se encuentra proscrita la responsabilidad.

A efectos de la calificación de las lesiones como graves se deberá recurrir al art. 121° del Código Penal.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ: En traducción de la *Imputación Objetiva,* de Roxin, Idemsa, Lima, 1997.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano.* Palestra Editores, Lima, 2001.

ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ALONSO ALAMO, Mercedes: ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. En *Revista de Derecho Penal Contemporáneo.* Número 17, Legis, Bogotá, Octubre-Diciembre 2006.

ALONSO ALAMO, Mercedes: *Protección Penal del Honor. Sentido Actual y Límites Constitucionales.* En Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Año 1983, Enero-Abril, Fascículo 1, Tomo 36.

ÁLVAREZ-GENDIN y BLANCO, Sabino: *Tratado General de Derecho Administrativo.* Bosch, Barcelona, 1958.

AMOR, Pedro J.; ECHEBURÚA, Enrique; CARRASCO, Miguel A.: Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. En *Actualidad Penal,* N° 28, Lima, Instituto Pacífico, octubre 2016.

ÁNGELES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Código Penal.* Tomo VII, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.

ANSUÁTEGGUI: *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución.* Grijley, Lima, 2007.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales.* Marcial Pons, Madrid, 2000.

ARIAS-SCHEREIBER, Max: *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984.* Gaceta Jurídica, 1998, Lima.

ASENSI-PEREZ, Laura Fátima: Evaluación psicológica forense de menores víctimas de violencia de género. En *Actualidad Penal,* N° 28, Lima, Instituto Pacífico, octubre 2016.

ATENCIO VALVERDE, Benito: El delito de feminicidio, un análisis político-criminal. Como violencia y odio contra la mujer por razones de género y algo más. En: *Derecho penal y procesal penal. Delitos de crimen organizado y cuestiones actuales.* Coordinadores Aldo Calcina y Luis Yanqui, Grijley, Lima, 2014.

ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación.* Civitas, Madrid, 1997; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La racionalidad legislativa penal. Contenidos e instrumentos de control.* En: Estudios Penales y de Política Criminal. Idemsa, Lima, 2007.

ATIENZA MANUEL: *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico.* Editorial Ariel, Barcelona, 1997.

BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal. Parte General.* Ara Editores, Lima, 2004.

BACIGALUPO, Enrique: *Los delitos de Homicidio.* Editorial Themis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1999.

BACIGALUPO, Enrique: *Principiosdel Derecho Penal. Parte General.* Ediciones Akal, Madrid, 1997.

BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal.* Temis, Bogotá, 1996.

BACIGALUPO, Enrique: *Colisión de Derechos Fundamentales y Justificación en el Delito de Injuria.* En Revista Española de Derecho Constitucional, Año N° 07, N° 20, 1987.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Disponibilidad de la propia vida.* En Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos contra las personas).* 2da. Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

BEATO VÍBORA, Manuel: *La Reforma de los Delitos Contra el Honor: Nueva Configuración de los Delitos de Injuria y Calumnia.* En Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura), Año 1994-1995, N° 12-13.

BECCARIA BONESANA, Cesare: *De los delitos y de las penas.* Madrid, 1969.

BECERRA, Cristian Roberto Carlos: Daño psicológico de faltas y delitos: ¿Tipicidad o atipicidad? En *Actualidad Penal,* N° 28, Lima, Instituto Pacífico, octubre 2016.

BERDUGO y GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: *Omisión del deber de socorro del párrafo 3° del Art. 489 CP.* En la Comisión por Omisión (Director Enrique Gimbernat Ordeig). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Honor y Libertad de Expresión.* Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Revisión del contenido del bien jurídico honor.* En Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Año 1984. Mayo-Agosto, Fascículo 2, Tomo 38.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *El delito de pago de Pensiones.* JM Bosch, Barcelona, 1997.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *La Constitución de 1993. Análisis comparativo.* ICS editores, Lima, 1996

BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad de la legislación penal.* En Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año II, N° 34, Palestra editores, Lima, enero-junio, 2006.

BOBBIO, Norberto: *Teoría general del derecho.* Temis, Bogota, 2002.

BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho.* Temis, Bogotá, 1992.

BOLDOVA PASAMARA, Miguel Angel: De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores En *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* DIEZ RIPOLLÉS- ROMEO CASABONA (Coord.) T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Comentario al Código Penal de 1995 (Dir. Vives Antón). Vol. 1, Valencia, 1996.

BOTTKE, Wilfried: *La actual discusión sobre las finalidades de la pena.* Trad. Guillermo Benlloch Petit. En: Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Roxin, Editor J.M Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 1997.

BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: *Código Penal Anotado.*Tercera Edición, Lima, 2001.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCIA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Cuarta edición, San Marcos, Lima, 2000.

BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen. *Manual de derecho Penal. Parte Especial.* Editorial San Marcos, Lima, 1998.

BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal-Parte Especial,* 4ta. ed. Lima, San Marcos, 1998.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: *Derecho penal.* Tercera edición, Imprenta Vilok, Lima, 1978.

BURGORGUE-LARSEN, Lawrence: *El derecho a la vida y la dignidad personal: una aproximación de la Corte Europea de los Derechos Humanos.* En: AA.VV. *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil.* 9ª edición, Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Obras Completas.* T. I., Ara Editores, Lima, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Ariel, Barcelona, 1991.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares.* Ara Editores, Lima, 2005.

CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A: *Derecho Penal. T.II. Parte Especial.* Bosch, Barcelona, 2001.

CAMPANA VALDERRAMA, Manuel M. *El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.* Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2002.

CANCIO MELLIA, Manuel: *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en el Derecho Penal.* Bosch, Barcelona, 1998.

CARBONELL MATEU-GONZALES CUSSAC en Vives Antón (coord.): *Derecho penal. Parte especial.* Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos en Tomas Vives Antón (Ed.): *Comentarios al Código Penal de 1995.* Vol. II. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CARO CORIA, Dino Carlos: *Código Penal. Actuales Tendencias Jurisprudenciales de la Práctica Penal.* Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CARO JOHN, José: "La autoría delictiva del funcionario público", en: Ius Puniendi, Año I, Vol. 2, segundo trimestre, Editorial Ideas, Lima, 2015.

CARO JOHN, José Antonio: Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso. En *Normativismo e Imputación Jurídico-Penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista.* Ara Editores, Lima, 2010.

CARMONA SALGADO, Concepción en Cobo del Rosal (Dir.) *Compendio de Derecho Penal Español-Parte Especial.* Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000.

CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho Criminal-Parte Especial.* Temis, Bogotá, 1958.

CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho Criminal.* Vol. IV, Tomo 6, Temis, Bogotá, 1987.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal.* Vol. II, Temis, Bogotá, 1958.

CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Juan: *Métodos de Investigación.* Mc Graw Hill, México, 1996.

CASTIÑEIRA PALOU, Ma. Teresa: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Director Silva Sánchez). Atelier, Barcelona, 2006.

CASTILLO ALVA, José Luis: *Derecho Penal. Parte Especial I.* Grijley, Lima, 2008.

CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de Aborto.*Lima, Ara Editores, 2004.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *La persona Jurídica como titular de Derechos Fundamentales.* En Derechos Fundamentales y procesos constitucionales, Grijley, Lima, 2008.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Derechos fundamentales y procesos constitucionales.* Grijley, Lima, 2008.

CEREZO MIR, José:*Curso de Derecho Penal Español Parte General III. Teoría General del Delito/2.* Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General.* Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

CHOCLAN MONTALVO, J. y CALDERON CEREZO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II, Bosch, Barcelona, 2001.

CUELLO CALÓN: *Derecho Penal. Parte especial.*T. II, Vol. II., Editorial Bosch, Barcelona, 1980.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho Penal. Parte General.* 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CORNEJO, Ángel Gustavo: *Derecho Penal Especial. T. I.* Librería e Impresiones GIL, Lima, 1937.

CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1999.

CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial.* T. I, 6ta. Edic., Astrea, Buenos Aires, 1998.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil.* Civitas, Madrid, 1995.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *La responsabilidad extracontractual.* Fondo Editorial PUCP, Lima, 1988.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *De la omisión del deber de socorro.* En Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal). Marcial Pons, Madrid, 2000.

DÍAZ MAROTO y VILLAREJO: *Delitos contra las Relaciones Familiares.* En compendio de Derecho Penal (Dir. BAJO FERNÁNDEZ). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

DÍAZ, Elías: *Estado de Derecho y sociedad democrática.* Taurus, Madrid, 1998.

DIAZ VALCÄRCEL, Luis María: *Causalidad e Imputación Objetiva.* Madrid, 1994.

DIEGO DIAZ SANTOS, María del Rosario: *Delitos contra la Familia.* Maribel Artes Gráficas, Madrid, 1973.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil.* V. III, Tecnos, Madrid, 2002.

DIEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Civitas, Madrid, 1996.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II.* Tirnat Lo Blanch, Valencia, 2004.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II A, II-B Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.

ESPEZÚA SALMÓN, Boris Gilmar: *El derecho desde la mirada del otro. Bases para la construcción del pluralismo jurídico en el Perú.* Ideas, Lima, 2016.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las Personas.* 4º ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las personas.* Huallaga, Lima, 2001.

ESPITIA GARZÓN, Fabio: *La Extinción del Derecho de Dominio.* Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.

ESER ALBIN/BURKHARDT BJÖRN: *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias.* Editorial Colex, Madrid, 1995.

FALCON Y TELA, Ramón: *La posibilidad de gravar los hechos constitutivos de delitos: SAP Madrid 24 de enero de 1998.* Quincena Fiscal Nº 11, 1999.

FARALDO CABANA, Patricia: *Responsabilidad Penal de dirigentes en Estructuras Jerárquicas.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FARRÉ TREPAT, Elena: *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la Vida Humana Independiente.* En Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo. Bosch, Barcelona, 1992.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. I. Bajo Fernández (director). Ramos Areces, Madrid, 2003.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo: *El Dolo Eventual.* Editorial Cordillera SAC, Bogotá, 2004.

FELIPE I SABORIT, David: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial.* Atelier, Barcelona, 2006.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, J.: *Derecho Penal Fundamental.*

Vol. II, Temis, Bogotá, 1998.

FERRAJOLI, Luigi: *Las libertades en el tiempo del neoliberalismo* En: Palestra del Tribunal Constitucional. Palestra editores, Año III, Número 4, Lima, Abril de 2008.

FERRAJOLI, Luigi: *Razones jurídicas del pacifismo.* Trotta, Madrid, 2004.

FERREIRA DELGADO, Francisco José: *Derecho Penal Especial. Tomo 1.* Editorial Temis, Bogotá, 2006.

FONTAN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal-Parte Especial.* Abeledo Perrot, Buenos Aires.

FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal.* T.IV. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

FRIAS CABALLERO, Jorge: *Acción constitutiva del delito de hurto.* En Temas de Derecho Penal. La Ley, Buenos Aires, 1970.

GALGANO, Francesco: *Atlas de Derecho Privado Comparado.* Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server, Fundación cultural del notariado, Madrid, 2000.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia. Penal, Constitucional y Procesal Penal, Tomo II, Ideas Solución Editorial, Lima, 2015

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther: *Nulidad de actos jurídicos de disposición de bienes en el proceso penal.* Jurista editores, Lima, 2008.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther: *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal.* Jurista editores, Lima, 2009.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Delito de enriquecimiento ilícito.* Idemsa, Lima, 2001.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y GUERRERO LÓPEZ, Susana Ivonne: *Consecuencias Accesorias del Delito y Medidas Cautelares*

Reales en el Proceso Penal. Jurista Editores, Lima, 2008.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás; CASTRO TRIGOSO, Hamilton y RABANAL PALACIOS, William: *El código procesal penal, Comentarios descriptivos, explicativos y críticos.* Lima, Grijley, 2008.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *El Delito de Lavado de Activos.* Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2009.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *La reparación civil en el proceso penal.* Segunda Edición, Idemsa, Lima, 2005.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *La reparación civil en el proceso penal.* Tercera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2016.

GARCÍA ALBERO, Ramón: *De la omisión del deber de socorro.* En Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. (Dir. Gonzalo Quintero Olivares). Aranzandi, Pamplona, 1999.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Derecho al Honor versus Derecho a la Libertad de Expresión e Información.* En Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema (Director José Luis Castillo Alva). Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *La Conducción en Estado de Ebriedad como agravante del Homicidio y Lesiones Culposas.* En Actualidad Jurídica. T. 104-Julio 2002.

GARCÍA CAVERO, Percy: *El Aborto Terapéutico. Una propuesta de interpretación dogmática.* En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 7, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

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

GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico.* Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy: *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios.* Palestra, Lima, 2005.

GARCÍA MAAÑÓN, Ernesto: *Aborto e Infanticidio.* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Código Penal Comentado.* Dirigido por Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y Luis RODRÍGUEZ RAMOS. Madrid, 1990.

GARCIA VALDEZ, Carlos: *Responsabilidad por lesiones deportivas.* En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993.

GARGARELLA, Roberto: *Justicia penal en contextos de injusticia social.* En Gaceta Constitucional. T. 19, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos Cualificados por el resultado y causalidad.* Reus, Madrid, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Estudios de Derecho Penal.* Tecnos, Madrid, 1990.

GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: De las lesiones. En *Comentarios al Código Penal.* Dirigido por Cándido Conde-Pumpido Tourón y coordinado por Jacobo López Barja de Quiroga, Bosch, Barcelona, 2010.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Lecciones de Derecho Procesal Penal.* Madrid, Colex, 2001.

GIOVANNI FIANDACA, Enzo Musco: *Diritto Penale-Parte Speciale- I delitti contro il patrimonio.* Vol. II, Tomo Secondo. Anichelli editore, Bologna, 1996.

GÓMEZ, Eusebio: *Leyes Penales Anotadas.* T. II. Ediar, Buenos Aires, 1953.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *El Homicidio.* T. I. Temis, Bogotá, 1997.

GÓMEZ PAVÓN, P.: *El bien jurídico protegido en la receptación, lavado de dinero y encubrimiento.* Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1994.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel: *Teoría Jurídica del Delito.* Editorial Civitas S.A, Madrid, 1987.

GONZALES BARRON, Gunther: *Derechos Reales.* Segunda edición, Ediciones legales, Lima, 2009.

GONZÁLES RUS, Juan en: *Compendio de Derecho Penal Español-Parte Especial,* Cobo del Rosal (director) (Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

GONZALES RUS, Juan J.:*Curso de derecho penal español. Parte especial.* T. I, (dirigido por Manuel Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 1996.

GRACIA MARTÍN: *Delitos contra los derecho fundamentales.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El Homicidio.* En Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida Humana Independiente y Libertad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

HASSEMER, Winfrid: *Fundamentos del Derecho Penal.* Bosch, Barcelona, 1984.

HAVA GARCÍA, Esther: *Dolo Eventual y Culpa Consciente. Criterios Diferenciadores.* En Anuario de Derecho Penal. Nro. 12. IDEMSA, Lima, 2003.

HERNANDEZ PLASENCIA, José: En AA.VV, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial".* DIEZ RIPOLLÉS-ROMEO CASABONA (coord.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y Democrático de Derecho.* Idemsa, Lima, 2005.

HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O: *El sistema jurídico penal. Fundamentos dogmáticos y críticos para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal.* Editores del Centro, Lima, 2016.

HUERTA TOCILDO, Susana: *La Injerencia y el Art. 489 bis, 3° CP.* En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Año 1985.

HUGO VIZCARDO, Silfredo. *Delitos contra la Vida, El Cuerpo y La Salud.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima, 2002.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Grijley, Lima, 2005.

HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Juris, Lima, 1995.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial -2. Aborto.* Ediciones Juris, Lima, 1994.

JAKOBS, Günther: *El Derecho penal como disciplina científica.* Trad. Alex van Weezel, Civitas, Pamplona, 2008.

JAKOBS: *El lado subjetivo del tipo.* En desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje a G. Jakobs, Ara Editores, Lima, 2005.

JAKOBS, Günter: *La indiferencia como dolo indirecto.* En Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, T. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *Derecho Penal Aplicado.* Jurista Editores, Lima, 2002.

JAKOBS, Günther: *La imputación objetiva en Derecho Penal.* Traducción de Manuel Cancio Meliá. Grijley, Lima, 1998.

JAKOBS, Gunther: *Derecho Penal. Parte General.* Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Mourillo. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Gunther: *La misión de la protección jurídico penal del honor.* En Estudios de Derecho Penal. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.

JAKOBS, Günter: *La imputación objetiva en el Derecho Penal.* Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

JAKOBS, Günter: *Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Traducción de CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS, Günter: *Derecho Penal. Parte General.* Marcial Pons. Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Segundo Volumen, Bosch, Barcelona, 1978.

JESCHECK y WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Madrid, 2002.

LAFAILLE, Héctor: *Derecho Civil.* T. III, Tratado de los derechos reales, Vol. primero, Buenos Aires, 1943.

LAJE ANAYA: Justo: *Delitos contra la Familia.* Advocatus, Córdova, 1997.

LANDA ARROYO, César: *Interpretación Constitucional y Derecho Penal.* En Constitución y Fuentes del Derecho. Palestra, Lima, 2006.

LAURENZO COPELLO, Patricia: *Los Delitos Contra el Honor.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

LAURENZO COPELLO, Patricia: *Dolo y Conocimiento.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

LAURENZO COPELLO, Patricia: *Los Componentes del Dolo: Respuestas desde una Teoría del Conocimiento.* En Revista Peruana de Ciencias Penales. Nro. 12. IDEMSA, Lima. 2002.

LEVENE, Ricardo: *El Delito de Homicidio.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

LÍBANO MANSSUR, Claudio. *Los delitos de hacking en sus diversas manifestaciones.* En PonenciasVII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Editora Perú, Lima, 2000

LINARES, Juan Francisco: *Fundamentos del Derecho Administrativo.* Astrea, Buenos Aires, 1975.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo: *El Negocio Jurídico.* Grijley, Lima, 1994.

LÓPEZ, A.: Acción y resultado típico en la estafa procesal. En-*Homenaje a Antón Oneca*, Madrid, 1982.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Comentarios al Código Penal.* Bosch, Barcelona, 2007.

LÓPEZ BOLADO, Jorge: *Los homicidios calificados.* Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General I. Universitas,* Madrid, 1996.

MANZINI: *Tratato di Diritto Penal.* Vol. VII. Torno, 1963.

MAGGIORE, Guiseppe: *Derecho Penal. Parte Especial.* Temis, Bogotá, 1985.

MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal-Parte Especial.* Vol. V. Temis, Bogotá, 1972.

MANRIQUE ENRÍQUEZ, Fernando: *Teoría del Conocimiento. Proyección Epistemológica.* Colección Episteme, Editor Marcos Pflücker N. Lima, 1986.

MANZINI, Vicenzo: *Tratado de Derecho Penal.* Vol VII. Ediar, Buenos Aires, 1950.

MARÍN, Jorge: *Derecho penal. Parte especial.* 2ª Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico. Parte Especial.* Valencia, 1999.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La Imputación Objetiva del Resultado.* Edersa, Madrid, 1992.

MARTÍNEZ PEREZ, Carlos: *Las condiciones objetivas de punibilidad.* Edersa, Madrid, 1989.

MAURACH Reinhart y ZIFT Heinz: *Derecho Penal Parte General.* Astrea, Buenos Aires, 1995.

MEINI, Iván: *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal.* Ara Editores, Lima, 2009.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *Conflictos entre Derechos Fundamentales. Expresión, Información y Honor.* Palestra, Lima, 2007.

MENESES DÍAZ, Cristian Andrés: "*Delitos informáticos y Nuevas formas de Resolución del Conflicto Penal Chileno*". En http://www.delitosinformático.com.

MEZGER, Edmund: "*Derecho Penal Parte Especial*". Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

MIR PUIG, Santiago: *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal.* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ARTÍCULOS.ISSN 1695-0194 RECPC 05-05 (2003). RECPC 05-05 (2003) http://criminet.ugr.es/recpc _ ISSN 1695-0194.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Reppertor, Barcelona, 2005.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal Español- Parte General.* Reppertor, Barcelona, 2004.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General.* Reppertor S.L., Barcelona, 1996.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria.* En Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II (Dir. Miguel Bajo Fernández). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

MONTERO AROCA, Juan y Otros: *Derecho Jurisdiccional.* Bosch, Barcelona, 1994.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo: *El honor frente a la expresión y a la información.* En Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema (Director José Luis Castillo Alva). Grijley, Lima, 2008.

MORALES GODO, Juan: *Derecho a la Intimidad y los Personajes Públicos.* En Diálogo con la Jurisprudencia, Año 8, Número 42, Gaceta Jurídica, Lima, Marzo 2002.

MORALES GODO, Juan: *Necesidad de Unificar el Concepto Jurídico de Muerte.* En Seminario El Código Civil de 1984: Reforma o Enmiendas, organizado por Revista Themis de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

MORALES GODO, Juan: *Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* Grijley, Lima, 1995.

MORALES PRATS, Fermín en: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* Quintero Olivares (director). 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho Procesal Penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MORENO, Rodolfo: *El Código Penal y sus antecedentes.* T. IV, H.A Tomais Editor, Buenos Aires, 1923.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo en Manuel Cobo del Rosal (Dir.) *"Compendio de Derecho Penal Español-Parte Especial".* Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2000.

MORILLAS CUEVA Lorenzo: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú.* Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN Mercedes: *Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tirant lo blanch, Valencia, 2001

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal y control social.* Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada.* En Quintero Olivares y otros (Editores), Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan: *Delitos contra las relaciones familiares.* En Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. (Coord. José Luis Díez Ripollés). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

NAVARRO, Guillermo – GONZÁLES GARRIDO, Raúl: *Abandono de Personas.* En Código Penal y Nomas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. (Dir. David Baigún-Eugenio Raúl Zaffaroni). Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

NINO, Carlos Santiago: *Los límites de la responsabilidad penal.* Astrea, Buenos Aires, 1980

NUÑEZ, Ricardo C.: *Tratado de Derecho Penal.* Marcos Lerner, Editorial Córdoba, 1989.

ORTS BERENGUER en Vives Antón (coord.): *Derecho penal. Parte especial.* Tirant lo Blanch, Valencia.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal.* Sagitario, Lima, 1986.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso: *El fundamento material del injusto de parricidio (delito de dominio) y el asesinato por lucro (sicario).* En Gaceta penal y procesal penal, Tomo 64, Octubre, 2014.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.: *La política criminal del aborto en el marco de la una discusión despenalizadora.* En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo, 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl: *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1.* Idemsa, Lima, 2008.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II, Idemsa, Lima, 2008.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso: *Derecho Penal Peruano.* Rodhas, Lima, 2004.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial,* Tomo II-A, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique en: *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* Vol. I., Bajo Fernández (Director). Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, Madrid, 2003.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel: *Un nuevo sistema del Derecho penal.* Grijley, Lima, 1998.

PERALTA ANDIA, Javier Rolando: *El Derecho de Familia en el Código Civil.* Idemsa, Lima, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos.* En MUGUERZA, Javier: El fundamento de los derechos humanos. Debate, Madrid, 1989.

PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.): *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. I, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1998.

PIETRO SANCHIS, Luis: *Estudios sobre derechos fundamentales.* Debate, Madrid, 1992.

POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas.* Grijley, Lima, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Delitos contra las Relaciones Familiares.* En Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I. (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal). Marcial Pons, Madrid, 1996.

POLAINO ORTS, Miguel: *Descremación positiva y violencia contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género.* ARA Editores, Lima, 2008.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *De la omisión del deber de socorro.* En Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I. (Dirigido por Manuel Cobo Del Rosal). Marcial Pons, Madrid, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal.* T. I, Idemsa, Lima, 1996.

PRIETO SANCHÍS, Luis: Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. En *Neoconstitucionalismo.* Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

PUPPE, Ingeborg: *La imputación del resultado en el Derecho penal.* Ara Editores, Lima, 2003.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Bosch, Barcelona, 1996.

QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la parte especial del Derecho penal.* T.III, 2da. ed., Madrid, 1978.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Tomo III, Pamplona, Aranzadi, 1996.

QUISPE CORREA, Alfredo: *Temas Constitucionales.* Editoria Gráfica Cisneros, Lima, 1995.

RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón: *La ignorancia deliberada en el proceso penal.* Atelier, Barcelona, 2007.

RAGÜEZ Y VALLÉS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Bosch, Barcelona, 1998.

RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional.* Barcelona, Bosch, 1993.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro: *Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: Un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita.* En: San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera: Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir. Jurista Editores, Lima, 2002.

REYES ALVARADO, Yesid: *El concepto de imputación objetiva.* En revista Internacional. Derecho Penal contemporáneo. N° 1, Legis, Bogotá Colombia, octubre – diciembre 2002.

REYES ALVARADO, Yesid: *Imputación objetiva.* Temis, Bogotá 1996.

REYNA ALFARO, Luis Miguel: *Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental.* En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo, 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel: *Hacia una Nueva Concepción de la Pena.* Grijley, Lima, 1995.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Dykinson, Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Dykinson, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Dikinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Dykinson, Madrid, 1980.

RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa: *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia.* Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *El delito de Omisión de Auxilio a la Víctima.* En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Año 1973.

RODRÍGUEZ MOURRULLO, G: *El autor mediato en Derecho Penal español.* Libro Homenaje al Profesor Jiménez de Azúa. Buenos Aires, 1970.

ROJAS LEÓN, Ricardo César: *Límites entre el asesinato por lucro y el asesinato para facilitar otro delito.* En Actualidad Jurídica Tomo 158, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Código Penal. Catorce años de Jurisprudencia sistematizada.* Idemsa, Lima, 2005.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Estudios de Derecho Penal.* Jurista Editores, Lima, 2004.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal.* Tomo I. Idemsa, Lima, 2002.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la Administración Pública.* Segunda Edición, Grijley, Lima, 2000.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito.* Grijley, Lima, 1997.

ROMEO CASABONA, Carlos María (y otros): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Tomo II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los delitos contra la vida y la integridad persona y los relativos a la manipulación genética.* Comares, Granada, 2004

ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la Vida Humana.* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1994.

ROMERO SOTO, Luis E.: *Concurso aparente de leyes. Hechos copenados.* Temis, Bogotá, 1993.

ROY FREYRE, Luis: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo II. Lima. Eddili.

ROY FREYRE, Luis: *Derecho Penal Peruano. Parte Especial.* Tomo III, Instituto de Ciencias Penales, Lima, 1983.

ROXIN, Claus:*Tratamiento Jurídico de la Eutanasia.* En Eutanasia y Suicidio. Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal. Ara Editores, Lima, 2008.

ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Traducción de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007.

ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual.* Traducción de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007.

ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho penal.* Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

ROXIN: *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal.* En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal. N° 1, Grijley, Lima, 2000.

ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General.* Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN: *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata.* Revista penal: Conferencia pronunciada el 23 de marzo del 2006 en la clausura del Curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho penal y la criminología". Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.

RUDOLPHI, Hans-Joachim: *El Fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal.* En: El sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales. Bernd Schunemann, Compilador. Tecnos, Madrid, 1991.

RUBIO CORREA, Marcial/ EGUIGUREN PRAELI, Francisco/ BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo: Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal. En *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Coordinado por Silva Sánchez. Marcial Pons, Madrid, 2003.

RUIZ-ELDREDGE, Alberto: *La Constitución Comentada. 1979.* Editora Atlántida, Lima, 1980.

SALAS ALMIRAL, Salvador: *Causalidad e Imputación Objetiva en los Delitos de Peligro.* Madrid, 1994.

SALINAS SICHA, Ramiro: *Derecho Penal. Parte Especial.* Idemsa, Lima, 2005.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial.* Idemsa, Lima, 2004.

SANCHEZ TOMAS, José Miguel. En RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel y SANCHEZ TOMAS, José Miguel: *Derecho Penal. Parte Especial.* T. II, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.

SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de Infracción de deber y participación delictiva.* Marcial Pons, Barcelona, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio.* Idemsa, Lima, 2006.

SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO: *Derecho Penal. Parte Especial.* Dikynson, Madrid, 2005.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal-Parte Especial.* Dykinson, Madrid, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Estudios sobre los delitos de omisión.*Grijley, Lima, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal de las sociedades postindustriales.* Civitas, Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aberratio ictus e imputación objetiva.* En Estudios de Derecho Penal. Grijley, Lima, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito.En: WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg: *El sistema integral del Derecho Penal.* Marcial Pons, Madrid, 2004.

SILVA SANCHEZ, Jesús María: *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195°.3 y 196° del Código Penal.* En Problemas Específicos de la aplicación del Código Penal. CGPJ, Manuales de Formación Continuada-4, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; y BALDÓ LAVILLA, Francisco (coord.): *Casos de la Jurisprudencia Penal con Comentarios Doctrinales. Parte General.* José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo.* Barcelona, 1992.

SOLA RECHE, Esteban: *De la Omisión del Deber de Socorro.* En Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. (Coord. José Luis Díez Ripollés-Carlos María Romeo Casabona). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino.* Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 1946.

SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino.* T. II, Tea, Buenos Aires, 1978.

STRUENSEE, Eberhard: *Atribución Objetiva e imprudencia.* Cuadernos de Política Criminal N° 44, Instituto Universitario de Criminología, Madrid, 1991.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: Los Delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia los delitos cometidos por funcionarios. En: *La Dogmática Penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública.* Grijley, Lima, 2001.

SUÁREZ GONZALES en BAJO FERNÁNDEZ (Dir): *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: *La Causa en Negocio Jurídico.* Fondo Editorial, PUCP Lima, 1994.

TAMARIT SUMALLA, Josep María: Las lesiones. En *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* Dirigido por Quintero Olivares y coordinado por Morales Prats,Vol. I, 5ª Ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

TERRAGNI, Marco Antonio. *Culpabilidad penal y responsabilidad civil.* Hammurabi, Buenos Aires, 1981.

TERUEL CARRALERO, Domingo. *Ensañamiento* en *Nueva Enciclopedia Jurídica.* Editorial Francisco Seix S.A, Barcelona, 1956.

TIEDEMANN, Klaus: *Constitución y Derecho Penal.* Palestra, Lima, 2003.

TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito.* Ariel, Barcelona, 1985, p. 123.

TORRES CHEDRAUI, Ana María: *Derechos humanos y búsqueda de la verdad en el proceso penal. Una propuesta de armonización.* Comares, Granada-España, 2015.

UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego: *El delito de feminicidio en el Perú: ¿Excesiva victimización de la mujer?,* ARA Editores, Lima, 2012.

URE ERNESTO, citado por REYNA ALFARO, Luis: El Incumplimiento de Obligaciones Alimenticias desde el Derecho Penal. En *Cuadernos Jurisprudenciales - Suplemento Mensual de Revista Dialogo con la Jurisprudencia.* Año 3, Número 24, Junio 2003,

URQUIZO OLAECHEA, José: *El Bien Jurídico.* En: Revista Peruana de Ciencia Penales. Año III, No. 6, GC Ediciones; Lima 1998.

URQUIZO OLAECHEA, José: *Los Delitos Contra el Honor en el Nuevo Código Penal.* En Revista Peruana de Ciencias Penales, Año 1, Nº 01, Enero – Junio, 1983.

URTEAGA, Eguzki: *Las políticas de discriminación positiva.* En Revista de Estudios Políticos (Nueva época), Núm. 146, Madrid, octubre-diciembre, 2009.

VALIENTE LANUZA, Carmen Tomás: *La Disponibilidad de la Vida desde la Perspectiva Constitucional.* Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

VALLE MUÑIZ, José Manuel en: *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I.* Cobo Del Rosal (director). Madrid: Marcial Pons, 1996.

VALLE RIESTRA, Javier: *Despenalización de los delitos contra el honor.* En Revista Gaceta Penal & Proceso Penal. Gaceta Jurídica. Lima, agosto, 2009.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho Genético.* Grijley, Lima, 2001.

VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: *Responsabilidad Penal por contagio de Sida.* Grijley, Lima, 2,004.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Temis S.A. Bogotá, 2004,

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho Penal. Parte General.* Temis, Bogotá, 1995.

VIDAL MARÍN, Tomás: *Derecho al Honor, personas jurídicas y tribunal constitucional.* Indret. Revista para el análisis del Derecho. http://www.indret.com/pdf/397_es.pdf.

VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal. Parte Especial.* T. I-B, Ed. San Marcos, Lima, 1998.

VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal. Parte Especial.* T. II.A. Editorial San Marcos, Lima, 2001.

VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal- Parte Especial. I-A.* Editorial San Marcos, Lima, 2004.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Derecho penal especial. Vol. I, Grijley, Lima, 2014.

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

VILLAVICENCIO TERRREROS, Felipe. *Delitos de Homicidio.* G y G Impresores, Lima, 1991.

VIVES ANTÓN-GONZÁLES CUSSAC en Vives Antón (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia.

VIVES ANTÓN, Tomás: *Comentarios al Código Penal de 1995.* Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

VIVES ANTON, Tomás: *Derecho Penal. Parte Especial.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

WESSELS, Johannes: *Derecho Penal Parte General.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* T. IV, Ediar, Buenos Aires, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal. Parte General.* V. I, Ediar, Buenos Aires.2005.

ZAFFARONI, Eugenio R; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal. Parte General.* Ediar, Buenos Aires, 2002,

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *Responsabilidad por riesgo.* Segunda Edición, Editorial Buenos Aires, 1997.

DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL
Tomo I
Se terminó de imprimir en el mes de marzo de 2017,
en los talleres gráficos de Jurista Editores,
Jr. Miguel Aljovín N° 201 - Lima.