

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

MANUAL DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL



LEGALES
GRUPO EDITORIAL



LEGALES
INSTITUTO

MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL

© ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE

© INSTITUTO LEGALES

© GRUPO EDITORIAL JURIDICA LEGALES PERU E.I.R.L.
Jr. Azángaro 1075, int. 201, Cercado de Lima
RUC: 20605498371

Primera edición: 2022

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú: N° 2022-00732
Registro ISBN: 978-612-48599-5-3
Registro de Proyecto Editorial N° 31501011901175

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, sin previa autorización escrita del autor y el editor.

Diseño de portada: Denilson Barrueta Bravo
Diagramación de interiores: Delia L. Morales Fernández

Impreso por:
Servicios Gráficos Legales E.I.R.L.

VENTAS:

Lima: Jr. Azángaro 1075, of. 604, Lima
Telf.: (511) 427-2076 / 426-2406
ventas@legales.pe

A mi hijo ALONSO

ÍNDICE GENERAL

Prefacio	1
Presentación	7

TEORÍA GENERAL DEL DELITO

PARTE INTRODUCTORIA

1. Conceptos Generales	19
1.1. Función objetiva o formal	22
1.2. Derecho de penar (<i>ius puniendi</i>)	26
1.3. Disciplina Científica	28
a. La Parte General	31
b. La Parte Especial	33
1.4. La Dogmática Jurídico-Penal	38
1.5. Política Criminal	44
1.6. La Teoría General del Delito	47
a. Función de la Teoría del Delito	51
b. Teoría del Delito y el Estado Social y Democrático de Derecho	53
1.7. Principios Rectores del Derecho Penal	56
a. Función preventiva y protectora de la sociedad	56
b. Principio de Legalidad (<i>nullum crimen nulla poena sine lege praeviae</i>)	71
c. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	83



LA TEORÍA DEL TIPO PENAL

1.	Concepto y Función del Tipo Penal	125
2.	Funciones del Tipo Legal	132
2.1.	Función de Garantía	132
2.2.	Función Indiciaria	133
2.3.	Función Sistemática	135
2.4.	Función Motivadora	136
3.	Estructura del Tipo	137
3.1.	Elementos Descriptivos	139
3.2.	Elementos Normativos	141
4.	Clasificación de los Tipos	144
4.1.	Según su Estructura	144
a.	Tipo Básico	144
b.	Tipo Derivado	144
4.2.	Por la relación entre Acción y Objeto de la Acción ...	145
a.	Tipo de resultado	145
b.	Tipo de mera actividad	146
4.3.	Por el menoscabo del Objeto de la Acción	147
a.	Tipos de Lesión	147
b.	Tipos de Peligro	147
c.	Peligro Concreto	150
d.	Peligro Abstracto	151
4.4.	Por las formas básicas del Comportamiento Humano	154
a.	Tipos de Comisión	154
b.	Tipos de Omisión	155
c.	Omisión simple u omisión propia	157
d.	Omisión impropia (comisión por omisión)	158
4.5.	Por el número de Bienes Jurídicos	160
a.	Tipos Simples	160
b.	Tipos Compuestos	161



5.	Las normas penales en blanco	162
----	------------------------------------	-----

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1.	Conceptos Preliminares	167
1.1.	El Principio de Auto-Responsabilidad - Autonomía de la Libertad	174
2.	Estructura Sistemática	178
3.	Campo de Aplicación	179
4.	Elementos definidores de la Imputación Objetiva	183
4.1.	Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado ...	183
a.	Riesgo Permitido	188
b.	Principio de Confianza	194
c.	Prohibición de Regreso	199
d.	La Participación en una autopuesta en peligro ...	208
e.	La relación de riesgo	216
f.	El fin de protección de la norma de cuidado	217

TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DOLOSO

1.	Consideraciones Preliminares	221
2.	Dolo o Culpa	226
3.	Definición del Dolo	227
4.	Estructura del Dolo	229
4.1.	Conocimiento	229
4.2.	Voluntad	232
5.	Clases de Dolo	234
5.1.	Dolo Directo de Primer Grado	234
5.2.	Dolo de Segundo Grado o de consecuencias necesarias	236
5.3.	Dolo Eventual (Dolo Condicionado)	237
a.	Imputación subjetiva a título de dolo eventual ...	240

6.	Error de Tipo (ausencia de Dolo)	241
6.1.	Error sobre un elemento esencial del Tipo	245
6.2.	Error <i>in personam</i> (vel <i>in objecto</i>)	247
6.3.	<i>Aberratio ictus</i> (error en el golpe)	249
6.4.	Error sobre el proceso causal	250
6.5.	El autor se equivoca sobre el desarrollo de la acción, aunque acierta sobre el objeto de la misma ...	251
6.6.	Consumación anticipada	253
7.	Elementos subjetivos del tipo del injusto	254
7.1.	Elementos de tendencia interna trascendente	263
7.2.	El tipo subjetivo del delito desde una formulación político criminal conforme los principios de culpabilidad y de proporcionalidad	265
	a. La formulación político criminal en la ley penal conforme criterios de imputación subjetiva	266
	b. El delito preterintencional	266

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1.	Consideraciones Preliminares	271
2.	Autor y Sujeto Activo	275
3.	Formas de Autoría	276
3.1.	Autoría Directa o Inmediata (Individual)	276
3.2.	La Autoría en los Delitos Funcionariales	279
3.3.	Autoría Mediata	290
	a. Naturaleza Jurídica	290
4.	Coautoría	296
4.1.	La Coautoría en las organizaciones delictivas	305
5.	Participación	316
5.1.	Naturaleza Jurídica	316
5.2.	Principio de Accesoriedad	323



5.3.	Principio de Accesoriedad Limitada de la participación	324
5.4.	Instigación	325
a.	Agente Provocador	331
b.	Exceso del Inducido	333
5.5.	Complicidad	334
a.	Actos de Cooperación	337
b.	Clases de Complicidad	338
6.	La Complicidad Primaria y su distinción con la Coautoría y la Complicidad Secundaria	340
7.	La Incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales	344
8.	Fundamentos y Lineamientos Dogmáticos sobre Autoría y Participación	350
8.1.	La Coautoría no Ejecutiva	353
8.2.	La distinción entre la Autoría Directa con la Coautoría	355
9.	Análisis al Acuerdo Plenario N° 08-2019 y los retos del Derecho Penal frente al Crimen Organizado	358

ITER-CRIMINIS

1.	Consideraciones de Orden General	365
2.	<i>Iter-criminis</i>	369
2.1.	Ideación (fase interna del autor)	370
2.2.	Preparación	370
2.3.	Ejecución	372
2.4.	Consumación	374
3.	Desistimiento Voluntario	377
3.1.	El Desistimiento en la Tentativa Inacabada	383
3.2.	El Desistimiento en la Tentativa Acabada	384
3.3.	Impunidad del Desistimiento	386

3.4.	Incomunicabilidad del desistimiento voluntario a otros partícipes	387
4.	Impunidad del delito imposible	387
4.1.	Fundamento	389
4.2.	Variantes del delito imposible	390
a.	Por impropiedad del medio	390
b.	Por impropiedad del objeto	391
c.	Sujeto inidóneo	391
5.	Delito putativo	392

**¿HASTA QUE FASE DEL ITER-CRIMINIS SE ADMITE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA PUNIBLE?
ENTRE LA PUNICIÓN POR COMPLICIDAD O AUTORÍA POR DELITO SUBSIGUIENTE AUTÓNOMO, A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA**

1.	Concepto de Autoría y Participación - Diferenciación	399
2.	Delimitación Temporal de la Participación Delictiva Punible	402
3.	Intervención Post Consumativa - ¿Autoría delito autónomo?	406

LA ANTIJURIDICIDAD Y EL FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1.	Conceptos Preliminares	411
2.	Antijuridicidad Formal y Antijuridicidad Material	418
3.	Las causas de justificación en particular	423
3.1.	Naturaleza Jurídica	423
3.2.	Fundamento y sistemática de las causas de justificación	424
a.	Teorías Monistas	424
b.	Teorías Pluralistas	425

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

LEGÍTIMA DEFENSA

1.	Conceptos Preliminares	433
2.	Requisitos de la legítima defensa	437
2.1.	Agresión ilegítima	437
2.2.	Necesidad racional del medio empleado	445
2.3.	Falta de provocación suficiente	447
3.	El estado de necesidad justificante	454
3.1.	Introducción al tema	454
3.2.	Requisitos	458
a.	Estado de necesidad	458
b.	Interés preponderante	463
c.	Acción justificada	466
d.	Elementos subjetivos	466
e.	Ausencia de obligación de sacrificio	468
4.	Obrar por disposición de la ley en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo	470
4.1.	Introducción al tema	470
4.2.	Ejercicio legítimo de un derecho	472
a.	Ejercicio profesional	476
5.	El consentimiento	480
5.1.	Introducción al tema	480

EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LAS FUERZAS DEL ORDEN PÚBLICO, EN EL MARCO DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN. ENTRE SUS LÍMITES DE ACTUACIÓN FUNCIONAL EN LA AFECTACIÓN DE LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD EN UN ORDEN DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1.	El Tipo Penal del Injusto	495
----	---------------------------------	-----



2.	Concepto y naturaleza de la antijuridicidad penal (las causas de justificación)	497
3.	El cumplimiento de un “deber” como causa de justificación	499
4.	Análisis del AP N° 05-2019/CJ-116	501
4.1	Fundamento y naturaleza jurídica del “cumplimiento del deber”	501
4.2.	Presupuestos de aplicación del cumplimiento del deber	508
4.3.	No concurso entre causas de justificación	511
4.4.	Solución de la Controversia	513

**EL DERECHO DE RETENCIÓN COMO CAUSA DE
JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO DEL DELITO DE
APROPIACIÓN ILÍCITA. ANÁLISIS A LA
CASACIÓN N° 1885-2018-AREQUIPA**

1.	Conceptos Preliminares	523
2.	El Delito de Apropiación Ilícita	523
3.	Comentarios a la Casación N° 1885-2018-AQP	524

LA CULPABILIDAD

1.	Reseña Histórica, ubicación del estado de la discusión	527
2.	La necesidad de mantener el Concepto de Culpabilidad, como límite y fundamento de pena	530
3.	Concepto actual de Culpabilidad	536
4.	Elementos de la Culpabilidad	541
4.1.	Imputabilidad o Capacidad de Culpabilidad	543
4.2.	Causas de Inimputabilidad	549
a.	Anomalía Psíquica	550
b.	Trastorno Mental Transitorio	555



c. Grave Alteración de la Conciencia	556
d. Grave Alteración de la Percepción	564
e. La Minoría de Edad	566
5. El Error de Prohibición.....	576
5.1. El Conocimiento de la Antijuridicidad	576
5.2. Error de Prohibición Vencible	585
5.3. Error de Prohibición Invencible o Inevitable	591
5.4. Variantes del Error de Prohibición	594
a. Desconocimiento de la Existencia de la Prohibición (Error de Prohibición Directo)	594
b. Apreciación errónea del alcance de la norma	595
c. Error sobre la validez de una norma de autorización (Error de Prohibición Indirecto)	595
d. Error sobre la validez de una norma jurídica de prohibición	595
e. Error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación	596
6. El Error de Comprensión Culturalmente Condicionado	598
6.1. Introducción al tema	598
a. Análisis al Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 (doctrina legal), referido a la función jurisdiccional de las «Rondas Campesinas»	607
b. El rondero ante el Derecho Penal	619
6.2. El Derecho Penal Cultural en el Perú y su Regulación en el CP	622
6.3. Adecuación normativa a la problemática en cuestión	629
6.4. Análisis al artículo 15° del Código Penal conforme el Acuerdo Plenario N° 1-2015/CJ-116 - La interculturalidad en Derecho Penal	633
a. El Concepto de Persona en la Construcción de un Derecho Penal llevado a la Interculturalidad ...	634
b. La Interculturalidad y el Derecho Penal	639

c. Análisis del Acuerdo Plenario N° 1-2015/CJ-116	643
– Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. Rondas Campesinas y Derecho Penal	653

EL PROCESO DE DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA DE LOS «TERCIOS»

1. Conceptos Preliminares	665
2. El sistema punitivo de los tercios en el Perú y su aplicación en el tiempo	671

LAS FIGURAS CONCURSALES DELICTIVAS Y LA DISTINCIÓN DEL CONCURSO REAL DE DELITOS CON EL DELITO CONTINUADO (CONCEPTO Y FINALIDAD POLÍTICO CRIMINAL)

1. Conceptos Preliminares	691
2. La distinción del concurso real de delitos con el delito continuado	694
2.1. Casación N° 97-2017-Arequipa	695
2.2. RN N° 830-2018, Lima Sur (Sala Penal Transitoria) ...	698
2.3. RN N° 2296-2017-Ventanilla	700

LA NO EXIGIBILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO DISTINTO

1. Consideraciones Preliminares	705
1.1. La posición sistemática de la exigibilidad - ¿Una categoría intermedia: Responsabilidad por el hecho?	715
2. El estado de necesidad disculpante	718
2.1. Naturaleza Jurídica	718
2.2. Requisitos. (Art. 20° inc. 5)	722
2.3. Restricciones	724
3. El miedo insuperable	725
3.1. Generalidades	725

**CONCURRENCIA DE DELITOS Y CONFLICTO APARENTE
DE NORMAS**

1.	Consideraciones Preliminares	733
2.	Unidad de Acción	735
2.1.	Casos de Unidad de Acción	741
2.2.	Unidad de Acción en sentido lato considera los si- guientes supuestos	742
2.3.	Concurso ideal de delitos y sus incidencias norma- tivas luego de la modificatoria efectuada por la Ley N° 28726	743
a.	Naturaleza Jurídica	744
2.4.	Concurso real de delitos y su incidencia normativa luego de la modificación efectuada por la Ley N° 28730	748
3.	Delito Continuado	754
3.1.	Ámbito de aplicación normativa	757
3.2.	Requisitos	759
a.	Pluralidad de acciones u omisiones	759
b.	Unidad de resolución criminal	760
c.	Unidad de delito	762
4.	El Delito Masa	763
5.	El Concurso Real Retrospectivo	767
5.1.	Naturaleza Jurídica	767
5.2.	Finalidad de la Refundición de Penas	769
5.3.	Requisitos	770
5.4.	El Concurso Real Retrospectivo, tras la modificato- ria efectuada por la Ley N° 28730	771
6.	Conflicto Aparente de Leyes Penales	775
6.1.	Introducción al tema	775
a.	La diferencia entre el Concurso Ideal de delitos y el Conflicto aparente de normas penales (Pecu- lado con Malversación de Fondos)	781



6.2. Principios	783
a. Principio de Especialidad - (<i>lex specialis derogat lex generalis</i>)	783
b. Principio de Subsidiariedad - (<i>lex primaria derogat legi subsidiare</i>)	787
c. Principio de Consunción - (<i>lex consumen derogat lex consumpta</i>)	796

**LA NATURALEZA JURÍDICA «CIVIL» DE LA REPARACIÓN
CIVIL EN LA VÍA CRIMINAL Y SU INSOSTENIBLE
CARÁCTER ACCESORIO EN EL PROCESO PENAL**

1. Cuestiones Preliminares	804
2. La Naturaleza Jurídica de la Reparación Civil	806
3. La insostenible tesis de la Reparación Civil como pretensión accesoria en el Proceso Penal	812
– Recurso Casación N° 997-2019/Lambayeque. Determinación de la Reparación Civil	818
– Recurso Casación N° 695-2018/Lambayeque. Reparación Civil. Rol de la Corte Suprema	825
BIBLIOGRAFÍA	833



PREFACIO

En los últimos tiempos los estudios y análisis científico («exegético») del Derecho penal, se ha centrado unívocamente en la parte especial y ello por una cuestión muy clara, en mérito a la reformas sucesivas y permanentes que toman lugar en este apartado del código penal que obedecen a contextos y coyunturas criminológicas muy particulares, que terminan incidiendo en la dinámica propia de la política criminal en nuestro país. Así recordando, que la ciencia del Derecho penal (dogmática), no puede ser vista hoy en día, como una articulación concatenada de variables y/o categorías, que de forma ordenada y secuencial, puedan exteriorizar una interpretación intrasistemática pulcra y coherente según su contenido; en la medida, que la decisión jurídico-penal ha de ser concatenada con los fines político criminales que han de ser alcanzados con la aplicación normativa. Una posición en contrario, significaría abrir un peligroso espacio al «decisionismo» y a la «injusticia», incompatible con el orden de valores compaginados en nuestra Ley Fundamental. Dado que los poderes públicos nacen y se limitan por la Constitución, y que el Derecho Penal supone la ingerencia más grave que pueda llevar a cabo el Estado en los derechos fundamentales de la persona, se comprende fácilmente que la CE imponga importantes limitaciones al modo en que el Derecho Penal debe cumplir su función¹.

1. CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales...*, cit., p. 191.



Entonces, considerando –por un lado– que la modificación legal se expresa sobre todo en los apartados específicos de la conducta típica y por otro, que el «ius puniendi» estatal importa una grave intromisión en el plano de las libertades fundamentales, es que resulta un imperativo categórico, de no alejarse, de no abandonar la parte general de la codificación punitiva, aquel complejo donde se articulan las instituciones fundamentales (“dogmáticas”) del Derecho penal, afincadas sobre la base principista que se diseña en su título preliminar, que permite al operador jurídico dar cuenta de una interpretación de la ley penal acorde a los valores que se desprenden de un Estado democrático de derecho, donde el «ius puniendi» estatal ha de intervenir de manera subsidiaria y fragmentaria (“mínima intervención”),

Así, consideramos que ir de frente al juicio de subsunción típica (adecuación del substrato fáctico a los alcances normativos del tipo penal en particular), de la conducta incriminada a las diversas regulaciones delictivas de la parte especial sin previamente conocer de manera exhaustiva las instituciones basilares de la parte general es un total despropósito del intérprete, es como lanzarse a una piscina sin agua.

DE RIVACOBIA RIVACOBIA divide la Parte General en tres grandes sectores, relativos a la ley penal, el delito y la sanción. Ahora bien, escribe el autor, tanto en una como en otra sistemática (*bipartito* o *tripartito*²) debe preceder a la Parte General una Introducción, que se ocupe de delimitar y situar dicho Derecho, de determinar la naturaleza, método y relaciones de la Ciencia jurídico penal, y de estudiar la progresión histórica a cuyo través ha llegado aquél a su estado actual, y su fundamentación filosófica, así como la teoría de las fuentes en este Derecho³.

2. La cursiva es del autor.

3. BACIGALUPO; E. *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 68.



Todo delito, —sea cual fuese su naturaleza jurídica— (conforme su sistemática ubicación en la codificación penal), siempre va a requerir un estudio basado en categorías dogmáticas que se desprenden de la teoría del delito como de sus regulaciones generales (ley penal en el tiempo, en el espacio, personal, sus bases de punición, etc.); así, se requiere de un contenido interpretador, que de cuño teórico pero que a su vez venga revestido de una acusada propiedad «práctica». Como bien se postula en la doctrina especializada, un sistema “dogmático” del delito no es otra cosa que una hipótesis posible de la voluntad del legislador expresada en la ley y, sobre todo, un orden de problemas y soluciones referidas a los casos en los que la ley debe aplicarse⁴.

De este modo, hay que analizar primero cuál es el bien jurídico tutelado por la ley penal (fundamento político criminal de la acriminación), los sujetos de la relación delictiva: sujeto activo (autoría y participación), sujeto pasivo (de la acción y del delito), objeto material del delito (bienes muebles, caudales, efectos, etc.) para pasar al examen de las modalidades típicas (por acción u omisión teniendo en cuenta los verbos típicos regulados en la estructuración típica). Así, en la literatura nacional, el maestro sanmarquino PEÑA CABRERA RAÚL sosteniendo que las cualidades o modos que deben revestir la acción, recogen las notas esenciales que deben poseer todos los comportamientos humanos, susceptibles de ser legalmente punibles⁵; esto es en nuestras palabras, significa construir toda una teoría de la «imputación», en cuanto a recorrer uno a uno los peldaños resultan necesarios para estar ante una conducta humana susceptible de sanción punitiva como merecedora y necesitada de pena.

Una vez ello, habiendo agotado la valoración positiva de la imputación objetiva (partiendo de los criterios del riesgo permiti-

4. BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 68

5. PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen I. Parte General, 3ª edición, cit., p. 160.



do, principios de confianza y de prohibición, como de la autopuesta en peligro), pasamos a la verificación del tipo subjetivo del injusto (dolo, culpa o preterintencionalidad = fórmulas agravadas por resultado más grave sobreviniente), que en algunos casos puede significar un error de tipo en el agente (vencible e invencible, este último inclusive el primero puede importar la no punición de la conducta al no estar prevista la modalidad culposa). Así, en la ejecutoria suprema recaída en el RN N° 2669-2015-Cusco: *“En el caso de autos, es razonable concluir que el imputado incurrió en un error de tipo vencible, pues, sin desconocer el contexto situacional de los actos sexuales –para cuya imputación es preciso de que el agente haya tenido la posibilidad de conocer la totalidad de los elementos objetivos que conformaban tal situación– de autos trasciende que el encausado estuvo en posibilidad de superar el desconocimiento, respecto a la edad de la menor. Ambos mantuvieron relación sentimental, según indica la menor, desde marzo o abril de mil novecientos noventa y dos, y la relación sexual se produjo en junio del citado año –marco referencial de la imputación– (...).”*

Luego, ingresamos al abordaje de las formas de imperfecta ejecución, develando el delito tentado, la consumación como los actos preparatorios que en algunas capitulaciones del CP resultan siendo punibles; acá, se identifica los tipos penales de consumación instantánea, permanentes como los de peligro (concreto y abstracto que no admiten la tentativa); ello de vital importancia en orden a fijar el inicio del plazo rescriptorio de la acción penal como formas de participación delictiva, pues una vez que el delito se consumó ya no se admiten formas de participación delictiva (encubrimiento, lavado de activos y recepción), con la excepción de la permanencia “delictiva”.

Anclamos seguidamente en el ámbito del concurso delictivo (real o ideal = concurso medial) que en casos como el feminicidio, trata de personas, explotación sexual, etc., han supuesto reglar estados de desvalor que trascienden el bien jurídico tutelado para dar

cuenta de la afectación de otros intereses jurídicos, que al estar ya reglados en la tipificación penal como circunstancias de agravación se aplica el principio de absorción como lo ha dejado sentado la corte Suprema en algunas ejecutorias, v. gr. robo a mano armada. Aterrizando así en el plano del conflicto aparente de normas, de vital importancia su estudio en el estado actual de las cosas, donde el modelo político criminal vigente sobre criminalizador ha supuesto la superposición de una serie de figuras delictivas (feminicidio con parricidio, sicariato con homicidio por lucro, agresiones intra familiares con Desobediencia y resistencia a la autoridad, etc.; lo cual ha de ser resuelto con la aplicación de los principios de consunción, especialidad y absorción; así, de especial valía para delimitar la tentativa de un delito con la consumación de otro (violación sexual con actos contra el pudor, homicidio con lesiones graves o leves, etc.), todo ello también en estricta valoración del principio de legalidad, de lesividad y de proporcionalidad.

No pudiendo dejarse de lado el error de prohibición (desconocimiento de la antijuridicidad) de muy limitada aplicación dado el presupuesto de la presunción de conocimiento normativo de todos los ciudadanos (*sobre todo en el marco de los bienes jurídicos fundamentales*), así como lo concerniente al error sobre los presupuestos de las causas de justificación; es de verse así en el RN N° 33-2018-Ayacucho, la Corte Suprema sostuvo que: *“Si el hecho es típico y antijurídico, pero existe un error en la creencia de que la conducta era legítima –defender sus terrenos de los intrusos– y este pudo ser superado fácilmente con una conducta diligente, se configura el error de prohibición vencible; la culpabilidad de los agentes disminuye, pues los acusados actuaron bajo la idea de que su conducta no conllevaba sanción penal por estar obrando lícitamente y con arreglo a derecho como protectores de su patrimonio comunal; más lo cierto es que los agraviados se limitaron a ingresar a la comunidad porque se había programado una diligencia de investigación. Es de aplicación el segundo párrafo del artículo catorce del*



Código Penal, que prevé una atenuación jurídica sancionadora de la conducta cuando se configure el error de prohibición vencible (...)”.

Por otro lado, lo referido al error de comprensión culturalmente Condicionado, cuya operatividad sobre todo en los delitos sexuales ha sido objeto de una rigurosa aplicación por parte de la corte en un acuerdo plenario del 2015 (dada su apreciación errónea por parte de los órganos jurisdiccionales, lo cual incluso importó una modificación en el artículo 15 de la parte general (pericia antropológica cultural) que es objeto de análisis en la presente obra, debidamente actualizada y reformada en varios de sus aspectos nucleares.

En suma, luego de unos años era un imperativo actualizar la presente monográfico con arreglo a apuntes doctrinarios, dogmáticos y político criminales en las diversas temáticas que la comprendan; siempre con la aspiración de que esta sirva a la comunidad jurídica (nacional e internacional) en la excelsa labor de hacer uso del derecho penal de manera racional y así alcanzar sus finalidades legitimadoras (fin proyectivo preventivo de bienes jurídicos), agradeciendo a las personas de Anderson Quispe Mendez y Sergio Aranda Espinoza por su valiosa y desinteresada colaboración, así como al editor por la confianza depositada en la misma, dedicándola por entero a mi hijo ALONSO SANTIAGO.

Lima, Febrero del 2022

Alonso R. Peña Cabrera Freyre
Docente de Post grado de la UNMSM



PRESENTACIÓN

Hablar sobre la ciencia jurídico-penal, importa un tópico de particular interés, no sólo por la motivación dogmática que inspira la elucubración de conceptos e instituciones, sino también por la orientación de política criminal que sigue el Estado en la prevención y combate contra toda manifestación de la delincuencia. De manera, que el estudio que ha de encaminarse en el fastuoso ámbito del Derecho penal, trasciende una esfera puramente jurídica, para adentrarse a espacios sociales, políticos y filosóficos.

Es sabido, que el Derecho penal constituye un medio de control social «formal»; supone el compendio de normas que hace uso el Estado para regular y sancionar, aquellas conductas que exterioricen una perturbación a la coexistencia pacífica de la sociedad; es decir, el derecho punitivo no ha sido creado para intervenir a toda clase de comportamiento humano, sino que su plataforma de legitimación, tiene que ver con la expresión de «lesividad social», lo que significa que la sanción penal es la reacción que se activa frente a aquellas conducciones humanas que lesionan o ponen en peligro, aquellos bienes jurídicos que el legislador ha elevado a la categoría de intereses jurídicos «punitivos».

El concepto de bien jurídico fundamental se construye como un criterio para la menor criminalización posible, para el mantenimiento y mayor extensión de la esfera de la autonomía de las personas¹.

1 SÁNCHEZ ROMERO, C. / ROJAS CHACÓN, J. A. *Teoría del Delito. Aspectos Teóricos y Prácticos*. T. I, Poder Judicial, cit., p. 17.



A nuestro entender el concepto del bien jurídico, constituye fuente de hermenéutica jurídica, en la interpretación de las leyes penales (ámbito de protección de la norma) y a su vez, como soporte material de legitimación de la intervención punitiva, conforme al criterio del «disvalor de la acción» y el «disvalor del resultado».

Ha de entenderse, entonces, que la interpretación y aplicación de la ley penal, desnuda un interés valorativo que debe examinarse desde un doble baremo. A saber: primero, conforme a un método de intelección racional que permita deducir resoluciones uniformes a casos parecidos y, segundo, como instrumento de primer orden para la pacificación de la conflictividad social producida por el delito, con ello nos referimos al acercamiento de la ciencia jurídico-penal con la realidad social.

La sanción de la conducta prohibida debe significar la necesidad de colmar ciertas exigencias sociales, cuando se advierten focos de conflictividad social intolerables y, no para satisfacer demandas de ciertos sectores de la sociedad, que no responden a los criterios de legitimidad material, sino a estimaciones morales y éticas, que no necesariamente tienen convalidación en esta esfera de la juridicidad.

Quien se inicia en el estudio del Derecho penal, debe tener claro, que esta parcela del ordenamiento jurídico sólo ha de ocuparse de regular y sancionar, las conductas (acción u omisión), que revele una alta dosis de «dañosidad social», cuando se genera una alarma y desaprobación social generalizada, según la proclama de legitimidad que se consagra en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal (principio de «ofensividad»).

Conforme lo anotado, ¿Qué debemos concebir por Derecho penal? Es aquel instrumento de mayor dosis de aflicción, con que cuenta el ordenamiento jurídico, un medio de control social orientado a definir que conductas merecen ser catalogadas como “delito”,

generando una reacción jurídico-penal legitimada, esto es, la pena como sanción privativa del Derecho penal. Implica en otras palabras ejercer una regulación coactiva frente a todos los miembros de la comunidad y, a su vez, concretizar una respuesta individualizadora frente al sujeto infractor de la norma.

Desde un plano estrictamente científico, la «dogmática jurídico-penal», tiene que ver con el análisis e identificación, de todos aquellos presupuestos (*elementos*), que tienen que concurrir, para que el Estado pueda sancionar legítimamente, a quien se le tiene como autor y/o partícipe de un hecho punible; implica el análisis valorativo del Derecho, desde un plano de pura abstracción, pero que pretende elaborar el criterio de interpretación basado en pura racionalidad, de orden sistemático. Se dice en la doctrina, que la Dogmática del Derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos y desarrollar su contenido de modo sistemático. Puede decirse que la tarea de la Dogmática del Derecho penal es la interpretación del Derecho penal positivo, so el término interpretación es utilizado en su acepción más amplia que incluye la elaboración del sistema².

A tal efecto, el intérprete ha de desentrañar cada uno de estos elementos intra-sistemáticos, de forma ordenada y preclusiva, a fin de dar respuesta positiva o negativa, en cuanto a lo que se conoce como el «Injusto Culpable», en lo que respecta *a una acción u omisión de relevancia jurídico-penal, al significar una contradicción al mandato normativo, definido por los elementos constitutivos del tipo penal, que inciden en el juicio positivo de tipicidad, dando lugar a la lesividad de la conducta, para luego confrontar la conducta con aquellas autorizaciones jurídico-estatales que permiten justificar la conducta típica (Causas de Justificación), dando lugar al llamado*

2 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 100.



«Injusto penal», para luego penetrar en un juicio de valoración estrictamente personal, en lo concerniente a las características particulares del sujeto infractor, de si estaba en condiciones de impulsar su conducta conforme al mandato normativo, pues si ello no es así, la respuesta adecuada y racional no es la pena, sino una medida de seguridad.

Lo anotado ha sido descrito de forma secuencial en la obra que presentamos, según el análisis particular de cada uno de los elementos categoriales de la «Teoría del Delito», de cuyo cuño se desprende una valoración dogmática y una perspectiva de política criminal. Aspecto que no debe significar el alejamiento de la esfera normativa a la realidad empírica, que se manifiesta en los fenómenos de producción de la conducta desviada y a la focalización del ser delincuente, que debe ser tomado en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena. La Criminología, como apunta HASSEMER, como ciencia de los factores empíricos de la desviación delictiva, sigue siendo objeto de una atención marginal y queda oculta tras la dogmática penal, como sector de la ciencia penal que se ocupa de la administración y transmisión del saber normativo³.

Si es que estamos asumiendo un método teórico-conceptual (*dogmático*) del enunciado penal, que haya de armonizar la voluntad del legislador con los fines del Derecho penal, estamos desechando una postura positivista, de que la fijación de los alcances normativos del tipo penal no se enclaustran en una visión normativista, sino que la axiología obliga a buscar resoluciones que puedan sujetarse a las límites constitucionales del derecho punitivo, que sin salir de la legalidad, pueda ofrecer respuestas racionales, que doten de seguridad jurídica al sistema penal en su conjunto. Y, esta es una tarea que fundamentalmente la asume el órgano jurisdiccional. Un Dere-

3 HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, cit., ps. 32-33.

cho judicial estable y elaborado, es decir, que suponga un desarrollo continuado y la concretización de los preceptos legales de un modo sistemático, extrae lo general de los concretos casos decididos y lo sistematiza con el auxilio de la dogmática jurídica⁴.

El Derecho penal como conjunto de normas y como parte de un determinado ordenamiento jurídico, continúa constituyendo el punto de partida, pero no puede adoptarse una actitud estrictamente positivista limitándose a ello. Por el contrario, se parte de la afirmación de que el Derecho penal es un instrumento de control y de incidencia social, y si se considera que el eje central para la concreción de su contenido lo constituye la función que desempeña en la sociedad, es consecuencia ineludible no reducir la investigación simplemente a la letra de la norma⁵.

Lo anotado cobra una especial relevancia en un escenario donde las reformas penales –acontecidas en los últimos años en el Perú–, han significado una evidente ruptura, divorcio entre los principios legitimantes del Derecho penal con la proyección de política criminal, en la medida que las instituciones incorporadas, no se corresponden a los principios, que en definitiva debe respetar el proceder legislativo en materia criminal.

Como tendrán la oportunidad de apreciar los lectores, los principios de legalidad, de culpabilidad, de lesividad, de proporcionalidad y jerarquía del bien jurídico tutelado, han sido vulnerados de forma flagrante, mediando la construcción de las figuras preterintencionales, con la mayor punición de los delitos culposos frente a los dolosos, la intensificación de los marcos penales en los delitos patrimoniales, llegando a pena de cadena perpetua a diferencia del asesinato, que sólo puede alcanzar la pena de 35 años de pena pri-

4 HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*, cit., ps. 116-117.

5 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / ARROYO ZAPATERO, L. / FERRÉ OLIVE, J. C. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. y otro. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 97.



vativa de libertad, la inclusión de una serie de circunstancias agravantes que dejan en entredicho el mandato de determinación. Estado de la cuestión, que pone en toda una encrucijada a la dogmática penal, cuando se asume la tarea de interpretación y elaboración del derecho vigente. Así, cuando se proclama que la Dogmática cumple asimismo una función de elaboración del Derecho al proceder a la creación de instituciones jurídicas y a la elaboración de conceptos en el marco máximo establecido por la ley. Sólo a través de esta labor creadora se posibilita la obtención de la seguridad jurídica (...)»⁶.

Es de recibo, que la democratización del Derecho penal, supuso la afirmación y consagración de un «Derecho penal del acto» en correspondencia con una «Culpabilidad por el acto», lo que quiere decir en cristiano, es que a un individuo sólo se le puede sancionar punitivamente por lo que hizo y, no por lo que es, dicho sujeto debe realizar una conducta, que exteriorice un estado de lesión o de puesta en peligro de bienes jurídicos; por ende, resulta inaceptable la reincorporación a nuestro texto punitivo de las instituciones criminológicas de la «Reincidencia» y de la «Habitualidad», que responden a un «Derecho penal de autor».

Debe afirmarse la idea, que los elementos categoriales del delito, importan la identificación de sustratos valorativos, que se confrontan con la conducta humana —objeto de imputación—, desde un plano objetivo y un plano subjetivo, considerando el hecho punible desde una constelación fáctica, humana y normativa. Lo primero supone el emprendimiento de una acción que trasciende el mundo interno de la personalidad humana, exteriorizando una suficiente lesividad para afectar la integridad de un bien jurídico; lo segundo, define un comportamiento que viene impulsado por la esfera decisoria de la voluntariedad humana, de que un ser humano —libre y

6 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 101.

conciente—, determina su quehacer conductivo conforme al gobierno de sus esferas internas, sabiendo de las consecuencias que ello puede generar en la esfera social y, lo tercero, implica que el relato fáctico haya de subsumirse bajo los alcances normativos de un determinado tipo legal.

Dicho lo anterior, lo que interesa, a efectos de afirmar la relevancia «jurídico-penal de la conducta», es una acción u omisión que sobrepase el baremo del *riesgo jurídicamente desaprobado, en cuanto a la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico —penalmente tutelado—, donde el resultado disvalioso debe ser obra de la conducta humana, atribuible a la esfera de organización del autor o partícipe, descartándose aquellos factores causales sobrevivientes o concomitantes, cuya concurrencia provoque una ruptura en el nexo de imputación.*

En tal entendido, la presente obra, pretende mostrar, los diversos pasos u etapas que deben tomarse en cuenta, para definir con propiedad, cuando se está frente a una conducta humana que puede ser catalogada como «delictiva» y, así, legitimar la reacción punitiva, como una respuesta razonada del Estado, que debe respetar en rigor, los principios de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas.

Desentrañar adecuadamente los elementos categoriales del delito no es una cuestión de baladí, en la medida que su determinación incide en un plano de valoración que puede desencadenar una resolución judicial injusta o a la inversa, generar un estado de impunidad. Desde los primeros actos de investigación y de defensa, se debe recoger todas aquellas evidencias (indicios), que puedan servir para la construcción de la llamada «Teoría del Caso», de contar con las aseveraciones fácticas que sean necesarias —para acreditar en su momento—, los elementos de la Teoría jurídica; la muerte de una persona puede obedecer a variadas circunstancias: primero, puede ser obra de una conducta humana, provocada de

forma intencional (homicidio simple; segundo, pudo ser ocasionada por un obrar negligente del autor (homicidio culposo); tercero, el autor puede haber actuado impulsado por una emoción violenta, al concurrir circunstancias que desencadenaron un súbito arranque de violencia; cuarto, puede haber concurrido un motivo fútil, quien sin ningún tipo de motivo da muerte a una persona (asesinato por placer); quinto, la eliminación de la vida humana puede haber sido la deliberación delictiva por ocultar la comisión de otro delito; sexto, la realización del acto agresivo, puede obedecer a la legítima defensa de la propia vida de quien conjura el peligro, siempre que no haya provocado la situación violenta y, séptimo, puede que sin existir una agresión ilegítima, el sujeto infractor, no haya tenido otra alternativa, que dar muerte a la víctima, para hacer prevalecer su propia vida (estado de necesidad disculpante).

Con lo expuesto, se destaca que el procedimiento penal es el medio por el cual el Derecho penal adquiere efectiva concreción, siendo que la conminación de las sanciones despliega efectos socio-comunicativos hacia el colectivo –desde una óptica de prevención general–, mientras que la efectividad de la sanción requiere ya de la activación del Proceso Penal, a través de los órganos estatales predispuestos. La realización del Derecho penal importa, escribe Schmidt, (...), por lo tanto, que un caso concreto producirá un castigo, es decir, la comprobación de que una persona está incurso en una pena determinada y la ejecución de esta pena, o la liberación de las consecuencias del injusto jurídico penal (sea por falta de pruebas de la culpabilidad o en atención a la demostración de la inocencia)⁷. Es a partir de los dictados de la justicia penal, que la amenaza punitiva se materializa en la persona del sujeto culpable, y así se reconoce la vigencia efectiva de los enunciados penales, desplegando

un mensaje directo a la población, de que los delitos se castigan conforme a los dictados de la justicia material (prevención general positiva) y a los factores de individualización delictiva⁸.

En resumidas cuentas, –el texto al que ponemos estampa–, ha de instituirse en materia de consulta, a todos aquellos que se inician en el estudio del Derecho penal («teoría del delito», «teoría de la pena» así como el análisis de los preceptos penales de la Parte Especial), mediando la aprehensión de los conocimientos básicos de la materia, de sus instituciones y de todos aquellos instrumentos que el ordenamiento jurídico ha reglado para la prevención de la delincuencia en todas sus manifestaciones.

Lima, Febrero del 2022

Alonso R. Peña Cabrera Freyre
Docente de Post grado de la UNMSM

8 Para ROXIN, si un proceso penal termina con una condena, con la imposición de la sanción adquieren especial importancia, en la misma medida, tanto puntos de vista de prevención general como de prevención especial; *Fundamentos político criminales del Derecho penal*. José Luis Desalma Editor, Argentina, 2008, cit., p. 108.

TEORÍA GENERAL DEL DELITO

PARTE INTRODUCTORIA

1. CONCEPTOS GENERALES

El Derecho Penal constituye el medio de control social más aflictivo con el que cuenta el ordenamiento jurídico; ello obedece a que cuenta con las sanciones coercitivas más drásticas, con las que se puede sancionar a un individuo; que se traduce en una pena a los sujetos con capacidad de responder penalmente y con una medida de seguridad a todos aquellos, que por detentar determinados defectos psicofísicos (*orgánicos-psicológicos*) no poseen capacidad para adecuar su conducta conforme al estado valioso contenido en los preceptos conductivos; por ende, para el Derecho Positivo tienen la calidad de «inimputables».

Apreciado científicamente, constituye el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la persona del delincuente y las diversas reacciones que dichos elementos producen en la sociedad.

Desde un punto de vista funcional y desde el plano de un Estado Social de Derecho, el Derecho Penal tiene como tarea fundamental la protección de bienes jurídicos por medio de la prevención de delitos, en la necesidad de proteger a la sociedad ante los ataques más disvaliosos —que lesionen sus intereses jurídicos penalmente tutelados—.

El delito puede ser concebido desde una doble plataforma: de naturaleza normativa y social; «normativa», porque únicamente se pueden criminalizar conductas a través de dispositivos legales;



función política (*criminal*) que le corresponde en exclusividad al legislador, y «social», debido a que los fenómenos delictivos aparecen como producto de las diversas formas de interacción social que se manifiestan entre los individuos.

Normativa, en cuanto la conducta prohibida o mandada a realizar, es producto de una definición legal por parte del legislador, quien detenta en régimen de monopolio la función criminalizadora de acuerdo al principio político-criminal de separación de poderes. En un Estado Republicano, el gobernante no puede definir qué comportamientos deben ser penalizados, pues estaba usurpando una función que sólo le compete a la majestad del Parlamento.

Solo por Ley (principio de reserva de la Ley) se pueden tipificar delitos, como expresión de la democracia representativa, donde el pueblo delega dicha potestad a los órganos públicos legítimamente constituidos. Más es sabido, que en los textos *ius fundamentales*, se permite también por delegación, que el Poder Ejecutivo pueda legislar en materia penal, vía Decreto Legislativo (art. 104° de la CPE); dicho proceso formativo de la ley penal pasa por toda una serie de filtros que determinan la actividad propia de la Política Criminal.

Todo un proceder legislativo, que lamentablemente no siempre garantiza la racionalidad de la ley penal, en cuanto instrumento de cognición que debe reflejar todo un orden de valores. En la ley el legislador debe conciliar las legítimas demandas de la sociedad en la lucha contra la criminalidad; y, por otro lado, debe procurar que la norma jurídico-penal se sujete estrictamente a los principios limitadores de la “violencia punitiva” en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho; un equilibrio que está ligado a la posibilidad del sistema político de activar la legislación cuando se ve irritado por otros sistemas¹.

1 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta. Madrid, 2003, p. 75.



Por otro lado, el carácter social del delito se manifiesta en su propia materialidad, en cuanta conducta que perturba a la sociedad, por sus efectos dañinos para la base existencial de la misma. Con propiedad puede afirmarse que la lesividad u ofensividad social del comportamiento «negativo» resulta fundamental para determinar la relevancia jurídico-penal de la conducta; la creación de un «Riesgo no permitido», con aptitud de lesión o de peligro para un bien jurídico determinado.

Dicho lo anterior, la lesividad social debe expresarse concretamente en la norma, en cuanto instrumento catalizador de estados disvaliosos para los intereses jurídicos merecedores de tutela penal. No podemos confundir, por otro lado, la lesividad social de la conducta con su carácter “antisocial”, pues este último importa en realidad un rechazo de ciertos grupos de la sociedad ante determinados comportamientos, que no necesariamente deben ser criminalizados: no pudiendo estimarse que la amoralidad o negación ética de la conducta pueda sustentar dicha «lesividad social».

Debe entenderse, en puridad, que la relevancia jurídico-penal de una conducta depende de su aptitud para vulnerar un bien jurídico importante, y así también, de generar una alarma justificada en todos los miembros de una sociedad. La lesividad social u ofensividad se acuña de otro modo, en el principio de lesividad de bienes jurídicos que contempla nuestro CP en el artículo IV del Título Preliminar.

En este orden de ideas, el pensamiento sistemático, hoy en día se dirige a garantizar la coherencia de sus elementos componedores, de conformidad con los fines político-criminales que se le confiere a un Derecho penal democrático y moderno, nos referimos a la *protección preventiva de bienes jurídicos, mediado la configuración una sociedad promotora y garante de los intereses jurídicos primordiales*.

Tarea fundamental, que no consiste en una mera puesta en escena de la política criminal, pues la violencia punitiva estatal para



ser racional y legítima debe ser limitada y contenida a partir de los principios rectores que sirven como portadores de legitimidad.

Un Derecho Penal que privilegie la libertad antes que la pena, en otras palabras la reducción de la descarga punitiva importa la consolidación del principio de *ultima ratio*, incompatible con cualquier postura que se orienta hacia la funcionalización de la violencia punitiva-coacción extrema (*prima ratio*).

El Derecho penal se concretiza a partir de una triple perspectiva:

1.1. Función objetiva o formal

Se expresa a través de la formulación de normas penales, en las cuales se prescribe un determinado modelo de conducta, por medio de una Norma Primaria, que prevé dos tipos de conducta: Prohibiciones (acción) –se le conmina al ciudadano a no realizar una determinada acción– y Mandatos (omisión) se prescribe al ciudadano la obligación de realizar una determinada prestación positiva dirigida a evitar la afectación de un bien jurídico. Importan en rigurosidad elaboraciones teóricas-conceptuales, asentadas en la abstracción formal que concede en apertura y comprensión los enunciados normativos (tipos legales).

Dicho de otro modo: la norma jurídico-penal adquiere una doble misión valorativa, en cuanto directiva de conducta que se dirige a motivar al individuo según a los estados valiosos que se pretenden tutelar, una misión comunicativa y comprensiva a la vez; comunicativa, en la medida que se tiene un puente comunicativo entre la norma y los receptores de la norma (*adressatnormen*), a fin de que interioricen el mensaje de forma positiva de forma comprensiva, pues, no basta con que el mensaje llegue al receptor, sino que este debe suponer una comprensión normativa.

CARBONELL MATEU, siguiendo a HABERMAS, escribe que todo comportamiento humano supone un proceso interactivo en que se

involucran varios sujetos: todo hacer o todo omitir cuando se espera una conducta activa supone unas consecuencias para alguien y, en el caso de que ello, a su vez, suponga la frustración de expectativas, puede implicar la actuación de un tercero (...)²; en todo caso, la comisión de todo delito supone la frustración de una expectativa de uso de un determinado bien; v. gr., en el hurto, la apropiación del bien mueble supone la frustración de un plan preconcebido del titular del bien, en cuanto a su aprovechamiento material.

En un orden democrático de derecho la relación entre el mandato y los receptores no puede estimarse como un puro imperativo, lo cual negaría la condición misma de la persona humana, sino en base en el «Comunitarismo Social», que tiene como base la racionalidad de las normas en cuanto a los fines que persigue el Derecho penal.

En ello atañe, que el directivo de conducta se configura a partir de concretados estados de lesión hacia bienes jurídicos penalmente tutelados: de acuerdo a una conducta negativa, es decir, cuando se infringe un precepto prohibitivo (art. 106° del CP), lo que se está prescribiendo en realidad es que los individuos no realicen una determinada conducta (no matar a una persona) por ser contraria a los fines más valiosos del ordenamiento jurídico; mientras que la conducta positiva importa el mandato que se dirige al individuo para que realice una determinada acción, es decir, se infringe un precepto de mandato, que da lugar a los delitos de omisión, constituyendo fuente de responsabilidad por esferas de competencia organizativa el denominado «Garante», v. gr., cuando la madre está obligada a alimentar a su hijo para que no muera de inanición, cuando el salvavidas tiene la exigencia de salvaguardar la integridad física de los bañistas, de los policías de socorrer a los ciudadanos cuando son objeto de una agresión ilegítima.

2 CARBONELL MATEU; J. C. *Derecho Penal*. p. 45.

Por ello, dice RUDOLPHI, la finalidad inmediata de las directivas jurídicas de comportamiento es siempre la omisión o realización de una determinada conducta humana³.

A decir de STRATENWERTH, ambas formas de conducta pertenecen por igual a la realidad y ambas pueden ser significativas para el Derecho penal: la acción, cuando tiende a un resultado valorado negativamente por el derecho y por cuya razón está prohibida; la omisión, cuando está mandada a actuar para impedir ese resultado⁴.

La norma de conducta debe servir para el fin superior del Derecho penal: la protección de bienes jurídicos que se logra mediante la prevención de conductas antinormativas. El sistema de protección de bienes jurídicos —dice FREUND— mediante normas de conducta precede al Derecho penal y se caracteriza exclusivamente por la idea de persecución de fines susceptible de ser legitimada: la norma jurídica de conducta debe ser un medio apropiado, necesario y adecuado, a la vista de los intereses en conflicto, para la consecución del fin perseguido (esto es, para la protección de bienes jurídicos como la integridad física, la vida, la libertad, etc.)⁵.

La legitimidad del Derecho penal —como violencia estatal organizada— reposa precisamente en la tutela que ejerce sobre los valores superiores contemplados en la Ley Fundamental; la legitimación material del *ius puniendi* no es otra que la efectiva tutela de dichos intereses jurídicos y, no la vigencia fáctica de la norma, como se esgrime desde los postulados del funcionalismo sistémico.

3 RUDOLPHI, H. J. *El Fin del Derecho Penal del Estado y las Formas de Imputación Jurídico-penal*, p. 81.

4 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*, I, p. 120.

5 FREUND, G. *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el Sistema Integral del Derecho Penal*. En: *El Sistema Integral de Derecho penal*. Traducción a cargo de Ramón Ragués I Vallés..., ps. 95-96.



En la «Norma Secundaria», se contempla la consecuencia jurídica a aplicar (marcos penales), en el presente caso es una pena o medida de seguridad, que se gradúa mediante los contenidos de los marcos penales, con mínimos y máximos.

La norma de sanción es la consecuencia que da lugar cuando se configura la norma de conducta, la pena presupone la infracción del modelo de conducta plasmado en el supuesto de hecho contenido en la norma penal. Es una relación asociativa o una relación causa-consecuencia, pues no hay pena sin delitos, aunque en algunos casos sí puede haber delitos sin penas en razón a una serie de circunstancias que se compaginan en la Parte General del CP; lo dicho encuentra especial asidero, con los principios legitimantes del Derecho penal, con los de culpabilidad, de proporcionalidad y humanidad de las penas, permitiendo al juzgador imponer una pena con arreglo a la justicia material y los cometidos preventivos –con respecto al autor y a la sociedad–.

En otras palabras: *la estructura de la norma jurídico-penal se divide en dos parcelas a saber, primero, es una norma de conducta, en la cual el legislador prevé un determinado modelo de comportamiento valioso, conforme a las necesidades de tutela de un determinado bien jurídico; y, segundo, una norma de sanción, como consecuencia desencadenante, o reacción formal, por precisamente haber negado la validez de la norma en cuestión.*

El legislador en base a su poder normativo, prescribe determinados modelos de conducta definida, positiva y negativamente, a los cuales asocia una pena como norma de sanción.

Es su carácter obligatorio el que le otorga naturaleza prescriptiva a la norma penal. En las normas se fijan modelos de comportamiento, se compara el modelo con el comportamiento real y se comprueba su divergencia; si ello se demuestra, se habrá afirmado la infracción de la norma penal. O dicho de otro modo: *la*

posibilidad de que la conducta atribuida se adecue formalmente a los alcances normativos del tipo penal afirma la infracción de la norma jurídico-penal.

1.2. Derecho de penar (*ius puniendi*)

En los pueblos más antiguos, la aplicación de la Violencia punitiva estaba en manos de los ciudadanos, es decir, era una justicia privada, que confería al agraviado, la posibilidad de realizar la justicia de propia mano que inclusive permitía la persecución de los familiares del agente infractor, como una suerte de extensión de responsabilidad penal por efectos de una relación de consanguinidad, lo que se denomina justicia del Cadí o el *Ius Talionis*, la medida de sanción era proporcional al grado de afectación producido —justicia compensatoria—.

Según la opinión tradicional, en toda agrupación humana primitiva el ofendido, escribe LABATUT GLENA, o sus parientes reaccionan contra el ofensor. Cuando la reacción proviene de la víctima, se habla de venganza privada; cuando procede de los parientes, de venganza de la sangre. Esta reacción instintiva señala el autor, era no sólo un derecho, sino un deber impuesto por la moral⁶.

La aparición de las grandes ciudades y la creación de los Estados Republicanos, como obra de los grandes pensadores de la Ilustración como Rousseau, Bentham o Montesquieu, produjo el derrocamiento de las Monarquías Absolutas y de los Estados Despóticos, coligiéndose de ello la irrupción de un Estado Liberal, inspirado en los principios de igualdad, libertad y solidaridad.

Mejor dicho, la caída del Antiguo Régimen supuso la liberación del individuo, en cuanto portador de derechos y obligaciones,

6 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal*. Tomo I. Novena edición actualizada por el profesor Julio Centeno Vargas. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1990, p. 16.



y, sobre todo, entendiendo que la reacción punitiva debería ser determinada conforme a dicho reconocimiento ontológico.

Nueva perspectiva, ius-filosófica que habría de incidir de forma significativa en la forma de concebir al Estado, al ciudadano y las formas de coacción estatal; en todo caso, si el Estado quiere imponer un determinado orden (reglado de situaciones), lo debía hacer, pero en consonancia con ciertas garantías para los ciudadanos, fue construyéndose, entonces, una organización racional de la vida en comunidad, donde las vías de represión no podían negar el estatus ontológico del hombre.

El contrato social exigía que la potestad de penar sólo podría ser detentada por un ente jurídico y políticamente organizado, que vendría a asumir el modelo de un Estado, como organización política y jurídica de una sociedad, produciéndose así una delegación a este ente abstracto pero políticamente definido: la facultad de perseguir, de juzgar y de sancionar los comportamientos socialmente negativos, como fruto de la evolución de la civilidad en la utilización racional de los mecanismos de punición, acorde con los principios legitimadores que emanan de una sociedad democrática de Derecho. Por lo tanto el Estado aparece como una institución monopólica de la represión penal, despojando a los particulares —ofendidos por el delito—, de la capacidad de reaccionar violenta u organizadamente frente al delito.

Como bien dice MIR PUIG, al mismo tiempo se reconoce con ello el carácter primordialmente público de los intereses afectados por el delito, la pena y las medidas de seguridad⁷.

El fundamento político de la delegación punitiva, descansa en el hecho de que las leyes son el resultado de la ansiada y audaz propuesta de los ciudadanos de asociarse bajo determinadas reglas,

7 MIR PUIG, S. *“Introducción a las Bases del Derecho Penal - Concepto y Método”*. 2ª edición. Julio César Faire - Editor, 2002. p. 98.



a pesar de que aquello signifique perder una porción de libertad, pues este cometido político jurídico, permite ganar seguridad y protección, presupuestos que únicamente pueden emanar de una institución soberana política y jurídicamente organizada, que es el Estado, por ende, depositan su confianza en él y someten sus intereses individuales en aras de fundamentar un interés colectivo: el «bien común». A partir de dicha proposición política y filosófica a la vez, si bien se pierde una porción de la *libertad individual*, se obtiene *seguridad individual y colectiva*.

La potestad de imponer penas y medidas de seguridad por parte del Estado, radica en un acto de plena soberanía; la facultad que se encuentra revestida para organizar el orden social conforme a los fines de la sociedad y la Nación; como una forma racional y civilizada de solucionar la conflictividad social más grave, esto es, el delito, poniendo freno a la iracunda irracionalidad de tomar la violencia punitiva de propia mano. Violencia decimos, pues la Justicia y el Derecho solo pueden emanar de los dictados de la razón, y justicia no es venganza.

El Derecho solo tolera acciones violentas por parte de sus asociados, cuando los recursos institucionales no se hacen presentes y cuando se advierte un concreto peligro para los bienes jurídicos más importantes⁸.

1.3. Disciplina Científica

El Derecho penal ostenta su propio método de estudio, que es el exegético y el dogmático jurídico; la denominada «hermenéutica jurídica», es la que dota al sistema de un mecanismo componedor de una serie de elementos, que de forma integral y sistemática nos conducen al sendero de la *dogmática jurídico-penal*.

8 A más detalle de este tema ver el Capítulo referido al «Derecho a penar».

Por ciencia del Derecho Penal entendemos —escribe SAINZ CANTERO— la disciplina que tiene por objeto el estudio del ordenamiento penal positivo⁹. Afirmado esto debe, sin embargo, tenerse en cuenta que se trata de algo más que de un estudio literal del Derecho Positivo: mediante la ciencia del Derecho penal se analiza el Derecho Positivo, se sistematiza y se obtienen las consecuencias que de él se desprenden¹⁰.

La variedad de circunstancias en que se comete el delito y en razón de las condiciones especiales que puede presentar el agente infractor, convierte en inoperante la pretensión de realizar una interpretación literal del tipo penal.

Si bien los tipos penales describen en apariencia un modelo de conducta determinado, esto no es tanto así, pues la aptitud para lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, puede adquirir una variedad de formas, un sinnúmero de variedades conductivas, cuya descripción el contenido literal de los tipos penales, haría de la empresa normativa, una tarea irrealizable; por tales motivos, es el método de la dogmática jurídico-penal, la herramienta indispensable del operador jurídico, para definir el «ámbito de protección de la norma».

En todo caso al intérprete, no le queda más que extraer el hecho fáctico, de descomponerlo en ámbitos reales y subjetivos y darle una determinación y valoración positiva. Finalmente, lo que se pretende es un juicio de atribución de responsabilidad, una imputación del hecho penalmente antijurídico de acuerdo a los diversos planos dogmáticos, a fin de definir el injusto culpable.

Siendo que la pena, es un medio coercitivo que afecta a un bien jurídico tan importante en un Estado de Derecho, como lo es la

9 SÁINZ CANTERO, J. A. *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*, p. 14.

10 CARBONELL MATEU, J.C. *Derecho Penal*, ps. 229-230.

libertad personal y sus derechos conexos, su aplicación, por tanto, deberá sujetarse a determinados presupuestos que no solo se encuentran en los diversos tipos legales que comprenden los diversos delitos, sino también por razones político-criminales que ingresan a una zona de conciliación y de correspondencia. Empero, la subsunción de una conducta humana en un tipo penal no es una mera adecuación lógico-jurídica, tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos, sino de un análisis racional que solo se puede extraer de un método científico, que en el caso del Derecho Penal importa la utilización de la dogmática jurídico-penal.

La dogmática como ciencia del Derecho se comprende a partir de ciertos elementos definidos a partir de ciertas funciones valorativas, cuya coherencia y sistematicidad depende de las soluciones que de acuerdo al método se propicien. Este razonamiento jurídico presupone siempre la existencia de normas de las cuales se parte, para inferir consecuencias y elaborar un sistema¹¹.

En realidad, un sistema “dogmático” del delito no es otra cosa que una hipótesis posible de la voluntad del legislador expresada en la ley y, sobre todo, un orden de problemas y soluciones referidas a los casos en los que la ley debe aplicarse¹².

Concebida así la ciencia del Derecho Penal, su cultivador ha de buscar en el ordenamiento punitivo los principios que en él existen, ocultos muchas veces, y que constituyen verdades absolutas en el momento histórico en que la norma impera¹³.

El estudio sistemático del Derecho Penal, importa la delimitación de dos zonas particularmente determinadas:

-
- 11 DE LAS MERCEDES SUÁREZ, M. *El método integrado de ciencia penal*, p. 55.
 - 12 BACIGALUPO; E. *Manual de Derecho Penal*, p. 68.
 - 13 SAINZ CANTERO, J. A. *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*, p. 15.

a. La Parte General

Es la estructura fundamental de todo el edificio normativo y regulador, en ella se compaginan los elementos nucleares del delito, en cuanto a su definición y aplicación legal; aglutina los aspectos fundamentales de la teoría del delito y de la pena, recogiendo normativamente las instituciones dogmáticas que han de reflejarse en la realización típica de cualesquiera de las figuras delictivas glosadas en la Parte Especial.

La conducta humana es disgregada en cuanto a los elementos que dan cabida a todo el sistema de imputación jurídico-penal, partiendo de las regulaciones básicas, en cuanto a la legalidad en la descripción típica (solo son delitos las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley).

Seguidamente pasan a describirse las diversas formas de la conducta humana, susceptible de adquirir relevancia jurídico-penal. La comprensión de los estados de error en que puede incurrir el agente del delito (error de tipo y error de prohibición) en cuanto a los elementos constitutivos del tipo penal y el conocimiento de la antijuridicidad, las variadas formas de participación (autoría y participación), las formas de imperfecta ejecución (tentativa), las diversas instituciones del injusto y de la culpabilidad que dan cabida a una exención de responsabilidad penal, y seguidamente, las clases de pena, sus efectos, sus plazos, sus presupuestos aplicativos, etc.

En tesis, la Parte General regula los diversos planos del delito, que configuran el «Injusto» y la «Culpabilidad», como un filtro ordenado que el juzgador debe escudriñar a fin de resolver si la conducta es o no merecedora de pena o de una medida de seguridad, por lo que es no menos decirlo imposible, deducir la punibilidad de la conducta en base a una aplicación literal del tipo penal.

La aplicación de los tipos penales comprendidos en la Parte Especial está condicionada a las prescripciones de la Parte General,

en cuanto regulaciones que permiten una valoración racional de la conducta punible, en tanto, un delito tentado no puede sancionarse con la misma pena que el delito consumado, el delito culposo solo es penado cuando se encuentra taxativamente descrito en la ley penal.

Las formas de participación ajenas a la autoría sólo pueden deducirse de las reglas glosadas en la Parte General, los estados de inimputabilidad-exención de responsabilidad penal (completos e incompletos); de igual forma, si el sujeto revela una falencia orgánica significativa (incapacidad de responsabilidad penal) no se le puede imponer una pena sino una medida de seguridad, etc. Quiere decir, entonces, que la racionalidad y legalidad del propio sistema de punición, depende sobremanera, que el intérprete pueda aplicar correctamente las diversas directrices que se glosan en el apartado general del Código Penal.

DE RIVACOBAY RIVACOBAY divide la Parte General en tres grandes sectores, relativos a la ley penal, el delito y la sanción. Ahora bien, escribe el autor, tanto en una como en otra sistemática (*bipartito o tripartito*¹⁴) debe preceder a la Parte General una Introducción, que se ocupe de delimitar y situar dicho Derecho, de determinar la naturaleza, método y relaciones de la ciencia jurídico penal, y de estudiar la progresión histórica a cuyo través ha llegado aquél a su estado actual, y su fundamentación filosófica, así como la teoría de las fuentes en este Derecho¹⁵.

Según nuestra ordenación punitiva, ésta vendría referida a la Exposición de Motivos que contiene las circunstancias socio-políticas que obedecieron la sanción de la nueva ordenación, sus finalidades (dirección teleológica y axiológica) y la postura política criminal

14 La cursiva es del autor.

15 DE RIVACOBAY RIVACOBAY, M. *Elementos de Criminología*. Edeval. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, 1982, p. 48.



(ideológicas, posturas políticas) que asume, así como el pensamiento dogmático predominante en ella. Finalmente, la compaginación de los principios limitadores y legitimantes de la violencia punitiva, en cuanto orden de valores inspirados según la orientación filosófica que se desprende del texto *iusfundamental*.

En la Parte General se comprenden las valoraciones que determinan, entonces, los presupuestos de punibilidad, los factores que deben concurrir para que la conducta humana sea sancionada con una pena.

Dicho en términos generales: la *Parte General del Código Penal* compagina una *serie de regulaciones de carácter general, cuya aplicación es de carácter prescriptiva para el intérprete que parte de los concretos tipos penales de la Parte Especial, ordenaciones rectoras que determinan en última instancia la necesidad y el merecimiento de pena*.

b. La Parte Especial

En el marco de la política criminal, el legislador ha traducido esta tarea en la elaboración de concretas tipificaciones penales, cuyo contenido se basa esencialmente en comportamientos normativamente estructurados, de acuerdo a la idea sistematizadora del bien jurídico tutelado.

Normas que en su conjunto, importan la definición de específicas formas de lesión y formas de conducta, es decir, imputación de riesgos e imputación de resultados.

La «Parte Especial» glosa una serie de comportamientos humanos, que se encuentran ya valorados, conforme a las descripciones típicas que se aglutinan en sus diversas titulaciones y capitulaciones.

La Parte Especial permite al intérprete remitirse al delito en cuestión y tomar contacto con la materia de prohibición, a efectos

de adecuar la conducta atribuida en base a los alcances normativos del tipo penal en concreto. Siendo indispensable la descomposición de la conducta de acuerdo a los elementos objetivos del tipo (normativos y descriptivos) así como a sus elementos subjetivos (dolo, culpa y preterintencionalidad), elementos subjetivos del injusto). Conductas que *per se* desencadenan una reacción punitiva: la pena.

Por consiguiente, los tipos penales de la Parte Especial describen las diversas modalidades de la “conducta típica” (norma de sanción) y la sanción penal aplicable conforme a marcos penales fijados sobre escalas mínimas y máximas.

Los tipos penales glosados en la Parte Especial recogen normativamente supuestos de hecho (*sobre un alto grado de abstracción*), una descripción fáctica ideal que se construye a partir de la finalidad teleológica del Derecho penal: la protección de bienes jurídicos. Para la realización de dicho fin el legislador acude a una serie de terminologías, que responden a criterios valorativos, descripciones ideales que revelan una concreción sociológica.

La construcción normativa de los tipos penales responde a una realidad social determinada, pues, el legislador recoge la valoración social que le da contenido a la norma, si es que aquélla revela una alta dosis de ofensividad social, que justifique su elevación al rango jurídico-penal.

Se puede decir, entonces, que la formación normativa de la Parte Especial importa una actividad política criminal de *lege ferenda* y también de *lege lata*, pues no solo se orienta esta actividad a la incorporación de nuevos tipos penales o la exasperación de los marcos penales, a la inclusión de nuevas circunstancias agravantes; sino también, a la inversa, merced a una labor despenalizadora, en cuanto delitos que ya han dejado de cumplir con su misión preventiva.

En la Parte Especial se encuentran tipificadas, por ende, las diversas figuras delictivas, estructuradas y ordenadas en base a la



sistematización del bien jurídico protegido; glosadas con arreglo a patrones comunes de identificación delictiva.

La estrecha relación e interdependencia de ambas esferas, se expresa en la obligatoriedad del intérprete de tener que acudir a las reglas que se subyacen en la Parte General para poder resolver las diferentes variables conductivas que se pueden presentar en un hecho punible. Mientras que la Parte General compagina una serie de elementos de alto contenido de abstracción, la Parte Especial revela una mayor practicidad de acuerdo a su propio esquema de regulación.

La Parte Especial de nuestro Código penal se encuentra estructurada sistemáticamente, sobre la plataforma del *interés jurídico protegido*, es decir, sobre todos aquellos presupuestos vitales y de orden fundamental que el individuo necesita para poder desarrollar su personalidad como sujeto integrante de un determinado sistema social. Bajo otras palabras, para garantizar la participación del individuo en los diversos procesos de interacción social.

La Parte Especial esquematizada bajo el concepto del bien jurídico permite delimitar el ámbito del Injusto típico y la clasificación ordenada de los delitos según el objeto de tutela jurídica.

La Parte Especial del Derecho punitivo no puede ser estudiada ni tiene sentido científicamente más que a la luz de la general, y constituye la razón de ser de ésta, todo el contenido de la general no se orienta sino a introducir en la especial, o sea, hacer posible su intelección, complementándose mutuamente y no dejando intersticio ni función de una tercera¹⁶. Por consiguiente, la dependencia de la primera sobre la segunda es irremediable, y parte de la consideración de la sistematización y claridad conceptual que debe caracterizar todo cuerpo de normas en un Estado de Derecho.

16 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M. *Elementos de Criminología*, p. 45.

El principio de humanización de las penas aporta también sus límites, ya que no se pueden establecer penas arbitrarias, desmedidas o en general atentatorias contra los Derechos fundamentales¹⁷.

Se pasa, primero, por el filtro del marco «legal imponible», que el legislador ha fijado normativamente, como consecuencia jurídica de todo hecho punible, como *norma de sanción*, de acuerdo a los fines preventivo-generales (*negativa*).

La amenaza de pena —apunta GOLDSCHMIDT— debe ser lo más grave posible y lo más determinada posible, mientras la pena aplicada debe ser lo más justa posible. Debido a que la pena constituye un mal, nuestro sentido de justicia requiere que entre el delito y la pena exista correspondencia y proporcionalidad¹⁸.

Dentro del marco penal legalmente determinado, los tribunales deben fijar la pena en un punto que resulta adecuado a la gravedad de la culpabilidad, es decir de la reprochabilidad del autor¹⁹.

Al develar los marcos de punición, montos mínimos y máximos de penalidad (*de forma abstracta*), nos lleva a inferir, que la determinación del grado de Imputación Individual (*Culpabilidad*), no importa una tasación inamovible y predeterminada, todo lo contrario, su valoración incide en varios niveles, dependiendo de las características y circunstancias que rodean al hecho punible, la preponderancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Se dice, que también son decisivos los motivos del agente, el peso de las ocasiones que impulsan el delito, el grado de su inteligencia y el influjo de sus perturbaciones psicológicas²⁰. Aplicando

17 FERRÉ OLIVÉ, J.C. y otros. *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, p. 182.

18 GOLDSCHMIDT, J. *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, T. I, traducida del alemán por Miguel Ángel Cano Paños y otros, Marcial Pons, p. 520.

19 BACIGALUPO, E. *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, T. I, p. 795.

20 GOLDSCHMIDT, J. *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, T. I, p. 556.

los postulados teóricos de la teoría Clásica, se pregonaba la Culpabilidad, como la *relación psíquica entre el hecho y el agente*, lo que cambia radicalmente con el Finalismo, al incluir el dolo y la culpa en la acción típica del autor. A decir, de Ambos, en la doctrina alemana, la “subjetivización” de la acción humana conlleva la consecuencia de que los elementos legales del delito englobados en el tipo no pueden ser plenamente entendidos sin tomar en cuenta la parte subjetiva, interna, de la conducta²¹.

Las particularidades y singularidades que presenta el agente, al momento de cometer el delito (*tempos commissi delicti*), no están señaladas en la pena abstracta, en el marco penal, su análisis procede con arreglo al «proceso de Individualización de la pena», donde el principio de Culpabilidad, no sólo es visto como una vinculación anímica del autor con el hecho, sino también, con respecto a su capacidad para motivarse normativamente, atendiendo a sus poderes de dirección conductiva.

La medición de la pena según la magnitud del reproche de *Culpabilidad*, se sustenta en las teorías retributivas de la pena, donde la sanción punitiva debe ser acorde con la responsabilidad mostrada por el autor, al momento de perpetrar el injusto penal. Graduación de penalidad que debe ser armonizada con los fines preventivos de la pena –tanto general como especial–, lo que permite en algunos casos, ir por debajo del mínimo legal, cuando se hace uso de la *prevención especial*; empero, la posibilidad de imponer una pena por encima del marco penal, cuando se trata de un solo hecho punible, no puede sostenerse con un concepto de «Culpabilidad por el hecho²²», por ende, comporta una prohibición para el legislador y para el juzgador.

21 AMBOS, K. *Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*. En: Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal, Palestra, p. 42.

22 Así, BACIGALUPO, E. *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, T. I, p. 796.

Como bien se dice en la doctrina, en el momento de la individualización de la pena, la medida de la pena *no puede superar* la culpabilidad del autor. A partir del cumplimiento de los fines preventivo especiales y generales (positivos), el principio de culpabilidad nos marcará el límite máximo. Pero no tendrá relevancia respecto al límite mínimo²³.

1.4. La Dogmática Jurídico-Penal

Constituye el método científico-jurídico, que propiedad emplea el intérprete para desentrañar los alcances normativos del tipo penal, nos referimos a la consideración valorativa (*axiológica*) del Derecho, que en rigor se manifiesta con la hermenéutica, cuya abstracción conceptual se construye a partir de la inferencia lógico-deductiva; es decir, se elaboran fórmulas generales, susceptibles de ser aplicados a los casos concretos.

El Derecho Penal sin dogmática, importaría una aplicación autómata de la Ley, de pura literalidad, vaciando de contenido material los fines que ha de perseguir el derecho punitivo: la *protección preventiva de bienes jurídicos*; a su vez, busca la dogmática *jurídico-penal* propiciar un marco de seguridad jurídica y que, la ley penal sea concebida como un instrumento de garantía, frente a todo viso de arbitrariedad pública, cuando el juzgador, por ejemplo, quiere cobijar un supuesto de hecho no contemplado en el tipo penal (*analogía in malam partem*). También, comporta un instrumento de contención frente a la actividad legislativa del Parlamento, en el sentido de que sólo pueden ser penalizados aquellos comportamientos que sean idóneos para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos –dignos de tutela penal–; fuera de dicho margen de materialidad sustantiva, no resulta legítimo proceder a penalizar una conducta humana.

23 FERRÉ OLIVÉ, J. C. y otros. *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, p. 184.

Uno de los pocos ámbitos de razonabilidad que le queda a la más irracional de las intervenciones estatales es la pauta-
ción dogmática de los presupuestos que habilitan la reacción. Ello es en sí mismo un valor, una razón axiológica para preservar la lógica conceptual de las construcciones teóricas²⁴.

Como hemos venido sosteniendo, los rumbos de política criminal, trasnochados y equivocados, que han caracterizado los últimos tiempos, no debe cargarse a la dogmática jurídico-penal, sino más bien al oportunismo político, que exterioriza este proceder legislativo.

Al respecto, HASSEMER escribe: "La dogmática jurídico-penal formula las reglas para la decisión de un caso a un nivel de abstracción, situándose entre la ley y el caso; crea nuevas reglas de decisión que se generalizan, convirtiéndose en reglas válidas para otros casos de la misma naturaleza". Empero, se debe rechazar un análisis exclusivamente formal; quien se limita a ello olvida que el legislador dicta normas para resolver conflictos sociales y no por una mera inquietud científica y abstracta.

Ante ello, diremos que la dogmática *jurídico-penal* consiste en descomponer el texto legal en conceptos (dogmas), con la finalidad de construir una orientación interpretativa, la cual debe tener una correspondencia lógica y ordenada entre sus diversos elementos; la misma no debe rebasar el texto expreso de la ley y debe orientar su labor a otorgar seguridad jurídica a los bienes jurídicos penalmente protegidos.

La dogmática jurídico-penal otorga ciertos significados de contenido a la ley, a fin de fijar los alcances de la ley conforme a la descripción del hecho que se pretende subsumir a fin de que sean aplicados por el Juez. En otras palabras, suministrar al juez

24 SILVESTRONI, M. H. *Teoría constitucional del delito*, p. 94.

criterios para la determinación de qué casos son iguales y cuáles son distintos, y para la adopción del tratamiento adecuado para cada uno de ellos²⁵.

El ejercicio legítimo de la pretensión punitiva necesita de límites y de un poder de contención, en ese sentido, la interpretación de las leyes se constituyen en una garantía en un Estado de Derecho, garantía que solo puede extraerse de la dogmática jurídico-penal, elucubración teórica que ha elaborado la Teoría del Delito y de la Pena como un instrumento conceptual para el análisis del hecho punible y de sus consecuencias jurídicas.

Una dogmática jurídico-penal que no puede ser neutra, desprovista de valoraciones de política criminal; entendemos que los planos categoriales del delito, deben ser llenados conforme los fines que encamina el Estado en la prevención de las conductas delictivas. Si bien es cierto, que la elucubración dogmática será legítima, siempre que acoja los principios jurídico-constitucionales que legitiman la actividad punitiva, según la idea del Estado Constitucional de Derecho; no es menos cierto, que los niveles de la «tipicidad», «antijuridicidad» y «culpabilidad», deben ser encauzados con arreglo a los fines del Derecho penal.

La prevención de las conductas más disvaliosas en sociedad, importa abandonar las teorías retributivas de la pena, adoptando posiciones preventivas de la *pena, aquellas que apostan por la construcción de una sociedad de incluidos, de realizar todos los esfuerzos posibles para que la sociedad no se vea amenazada con daños significativos y para que el sujeto infractor no vuelva a delinquir de cara al futuro.*

SILVA SÁNCHEZ, comentando la obra de ROXIN, anota que en la actualidad pocos autores parecen dispuestos a rechazar la conve-

25 SILVA-SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, ps. 49-50.

nencia de integrar consideraciones político-criminales en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido de sus diversas categorías, más allá de que mediaran o no declaraciones, ese modo de proceder siempre se ha dado en la práctica y ello es así, porque resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política-criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia pacífica de la sociedad²⁶.

La tarea del Estado (...) es de mejorar la relaciones sociales, esto es, la libertad, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos, y la mejor forma posible de conseguirlo es orientar la finalidad de la pena evitación de comportamientos delictivos mediante la incidencia en el delincuente y en la conciencia jurídica de la comunidad²⁷.

En palabras de HASSEMER y MUÑOZ CONDE, un Derecho Penal orientado a las consecuencias necesita verificar la justicia de las decisiones de las distintas instancias jurídico-penales, medir sus efectos favorables o desfavorables, corrigiendo estos últimos, aunque sean correctos desde el punto de vista normativo²⁸.

Somos partidarios, entonces, a un Sistema integral entre Derecho penal y política criminal; en palabras de ROXIN, un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado Social²⁹.

26 SILVA-SÁNCHEZ, J. M. *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límite*. Zanexo en la obra de Claus Roxin. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, p. 98.

27 ROXIN, C. *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, p. 323.

28 HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 15.

29 ROXIN, C. *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, p. 331.



Conforme lo anotado, nos preguntamos lo siguiente: ¿Por qué es necesaria la *dogmática jurídico-penal*? Muchos prácticos parten de la idea que la dogmática, en vez de ofrecer soluciones simples a los problemas jurídicos de interpretación, lo que hace es complicarla; nada más falso a la verdad, precisamente la *dogmática*, es importante, al permitir una racionalización de la valoración penal, empleando un método articulado de elementos (intrasistemáticos), cuya coherencia y plenitud, satisface los fines esenciales del Derecho penal, tanto preventivos como tuitivos, revistiendo de seguridad jurídica al sistema. Con ello conseguimos, delimitar y definir, cuales son las conductas *jurídico-penalmente relevantes*, aquellas que sobrepasan el denominado *riesgo jurídicamente desaprobado*.

A decir de Zaffaroni, toda construcción dogmática aspira a la pauta de reglas que hagan previsible y racional el ejercicio de poder de los juristas, es decir, para decidir de modo no contradictorio en los conflictos que las agencias no judiciales del sistema penal seleccionan y someten a las agencias judiciales³⁰.

Apuntar en un análisis formalista de los enunciados legales, desencadena una aplicación normativa, si bien válida, no a su vez correcta, desde un sustento de legitimidad.

La idea central contenida en esa descripción, relativa a la consecución de la *seguridad jurídica (y jurídico-penal)*, a través de la *dogmática jurídico-penal*, puede considerarse como un presupuesto asumido en los sistemas jurídicos desarrollados en los países de Europa continental³¹.

30 ZAFFARONI, E.R. *La Crítica al Derecho Penal y el porvenir de la Dogmática Jurídica*. En Torno a la Cuestión Penal, Julio César Faira - Editor, Montevideo - Buenos Aires, 2005, ps. 105-106.

31 AMBOS, K. *Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*, p. 40.



La ciencia del Derecho penal (dogmática) no puede ser vista, hoy en día, como una articulación concatenada de variables y/o categorías, que de forma ordenada y secuencial, puedan exteriorizar una interpretación intrasistemática pulcra y coherente según su contenido; en la medida, que la decisión jurídico-penal ha de ser concatenada con los fines político criminales que han de ser alcanzados con la aplicación normativa. Una posición en contrario, significaría abrir un peligroso espacio al «decisionismo» y a la «injusticia», incompatible con el orden de valores compaginados en nuestra Ley Fundamental.

Lo afirmado guarda plena correspondencia en la actualidad, ante una incesante e inacabable reforma legislativa en materia penal, que a la fecha ha significado una ruptura de los principios garantísticos —contemplados en el Título Preliminar del CP—, con las diversas modificaciones producidas en los tipos penales de la Parte Especial.

La descripción del estado de la cuestión, nos lleva a formular rumbos definidos de la dogmático-jurídico-penal; en palabras de Zaffaroni, no resulta, pues, inconcebible, la construcción de un nuevo discurso jurídico-penal que implique la planificación normativa del ejercicio del poder de los juristas para una pauta decisoria legítima, en la medida que persiga una menor violencia³².

No perdamos de vista, que la cultura jurídica de Europa continental (codificación francesa), importada a nosotros y a toda Latinoamérica, por los conquistadores, era expresión del principio de legalidad, como fuente y límite de la intervención del Derecho penal, bajo el aforismo del *nullum crimen sine lege praevia*, como simbolización de garantía, predictibilidad y contención, ante todo viso de arbitrariedad pública.

Una concepción así concebida, se tiene gracias al libro de Beccaria *De los delitos y las penas*, obra más importante del

32 ZARRAFONI, E. R. *La Crítica al Derecho Penal y...*, p. 109.



Iluminismo penal así como Von Feuerbach, precursor de la teoría psicológica de la *prevención general negativa*. Del Positivismo, tenemos en Alemania, a Franz von Liszt (Programa de Maaburgo)³³, basando su esquema metodológico, en una ciencia total del Derecho penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) y a Karl Binding (*positivismo jurídico, la norma como “imperativo”*).

El avance más importante de la ciencia jurídico-penal, en mayor medida la alemana, en la consolidación teórica-conceptual, de la división entre el “Injusto” y la “Culpabilidad”, sistematizando la valoración de la conducta punible, sobre elementos objetivos y subjetivos a nivel de la tipicidad penal y conglomerando una serie de conceptos en la antijuridicidad, para dar paso a una postura personal de la Culpabilidad, matizado con un contenido simultáneo de varios sentidos normativos y ontológicos; no obstante, para Schünemann, el hecho de que la distinción dogmática entre ilícito y culpabilidad se convierte en relevante para muchas cuestiones en particular, como, por ejemplo, para la responsabilidad penal del partícipe, no constituye de ningún modo su avance decisivo, ya que las diferenciaciones derivadas de ella también pueden ser desarrolladas en el Derecho penal francés o en el *Common Law*, aunque por supuesto, no con la misma contundencia³⁴.

1.5. Política Criminal

Hilvanando las ideas propuestas en el acápite anterior, hemos de definir ahora la misión que asume la «política criminal»,

33 Bustos Ramírez, apunta que dentro del esquema de Liszt y Beling, se concibieron las características del delito –por el sentido naturalístico incluido dentro del sistema– como elementos, claramente deslindables uno de otros como en la física o química. Se trataba, pues, en cada caso de estancos separados, y de ahí que una pirámide en escalones fuera la forma más apropiada para describir gráficamente el modelo, el primer escalón era la acción, el segundo el tipo, el tercero la antijuridicidad, y por último la culpabilidad en la cúspide; *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*, p. 102.

34 SCHÜNEMANN, B. *El refinamiento de la Dogmática Jurídico-Penal...*, ps. 20-21.



partiendo de un sistema integral del Derecho penal, donde ambas disciplinas actúan de forma coordinada, mediando una envidiable interdisciplinariedad.

Si pretendemos postular una *dogmática jurídico-penal, racional y sobre todo legítima*, debemos poner límites a la construcción normativa; del legislador y fijar criterios de interpretación normativa; a tal efecto, los principios de política criminal, sustentados básicamente en la Ley Fundamental, constituyen los parámetros que debe guiar las pautas del Derecho penal según los dictados de un Estado Constitucional de Derecho.

La política criminal busca y pone en práctica los medios y formas más adecuados para hacer eficaz el logro de los fines del Derecho Penal (prevenir la comisión de delitos y proteger bienes jurídicos), indicando las metas a que éste debe aspirar y los límites que no puede traspasar en su aplicación y formulación; la política criminal es la estrategia penal, es decir, el programa criminal que impulsa y patentiza un Estado en las normas penales.

Se acepta unánimemente por la doctrina que la política criminal marca los límites del sistema penal (HASSEMER, ROXIN): es por ello que se puede abogar, sin temor a equivocarse, que el método dogmático se encuentra subordinado a las valoraciones político-criminales de los hechos penales.

La actual «dogmática crítica» postula la unidad sistemática entre Política Criminal y Derecho Penal, y configura las categorías centrales del sistema penal como concreciones de exigencias político-criminales. Se aboga pues por una funcionalización óptima del sistema penal, donde la política criminal deja de ser un factor extrínseco al sistema jurídico-penal, para convertirse en un criterio determinante de su contenido.

La labor de la política criminal en el contexto de un Estado Social de Derecho no puede pretender combatir la criminalidad a

cualquier precio, sino la lucha contra el delito bajo el marco de la legalidad; *la prevención del delito no puede suponer el debilitamiento de las garantías fundamentales del individuo, acuñadas con la aparición del Estado liberal de derecho.*

Teniendo como base el Derecho penal, la protección de los «Derechos Fundamentales», la integración de estos derechos en el sistema mismo es pues una tarea político-criminal ineludible y de exigencia máxima en la actual coyuntura histórica.

La política criminal despliega una labor esencialmente instrumental, en cuanto recoge los diversos medios e instrumentos que el Estado regenta normativamente en la lucha y prevención de la delincuencia, son los medios legales que se cristalizan en una determinada opción política. En tal sentido, la política criminal no puede desconocer los principios que legitiman la intervención del Derecho penal en un orden democrático de derecho, no se puede desconectar de sus principios legitimantes.

Su labor implica conectar la Criminología con el Derecho Penal, de conciliar la norma con la sociedad. En definitiva, la Política Criminal aprovecha los resultados de esas Ciencias —especialmente de la Criminología, la Penología y la Ciencia del Derecho penal— para hacer sus proposiciones a favor de una lucha más eficaz contra la criminalidad³⁵. Eso sí la eficacia de la lucha contra la criminalidad no puede suponer el relajamiento de las garantías constitucionales, la prevención eficaz de la criminalidad no puede significar el recorte de los principios fundamentales.

La mera prevención fundada en la intimidación y la disuasión mediante el temor a la amenaza del castigo, configura un tipo de

35 SÁINZ CANTERO, J. A. *La Ciencia del Derecho Penal...*, p. 41; Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho Penal*, ps. 199-200; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*, ps. 131-132.



Política Criminal autoritaria y regida por el miedo, donde la espiral de mayor represión es difícil de parar: al delito se responde con mayor castigo, el delito permanece, se aumenta el castigo y así sucesivamente³⁶.

Cuando la política criminal se dirige ciegamente hacia los fines del «utilitarismo» y del «eficientismo», entra en franca contradicción con los valores que inspiran el Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

En síntesis las tres decisiones político-criminales básicas son:

1. Mantener el orden social mediante la evitación de daños o riesgos más graves para los bienes jurídicos prevalentes. 2. Incidir sobre uno de los factores decisivos en la producción de tales perjuicios; y, 3. Neutralizar las conductas mediante el control social punitivo.

Consecuentemente, la política criminal se convierte en una fuente inagotable de crítica y de interpretación de las normas penales, en mérito a esa infatigable labor de *lege ferenda* y de *lege lata*.

1.6. La Teoría General del Delito

Apuntamos que la *dogmática jurídico-penal ha de ser sistemática*, en el sentido de que sus niveles categoriales, han de manifestar una plena coordinación y plenitud, permitiendo al intérprete canalizar el problema jurídico, sobre un orden concatenado de elementos, que en conjunto incidan en ofrecer respuestas racionales y coherentes en las problemáticas de interpretación normativa. Si ello es así, la «Teoría General del Delito» o como se diga «Teoría General de la Imputación Delictiva», ha de entenderse como una construcción teórica-conceptual, compuesta por una serie de niveles o dígame *categorías dogmáticas, cuyo objetivo principal es*

36 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*, p. 39.



determinar cuándo una conducta humana ha de ser merecedora de una sanción punitiva, en cuanto a la concurrencia de los presupuestos de punición, que se identifican con los elementos teóricos de la teoría del delito.

Dicho marco de elaboración teórica, asentada en un plano científico, no solo debe importar la compaginación de elementos o categorías, que de forma intrasistemática apunten a un norte interpretativo; sino que a su vez, dichos niveles deben desplegar fines valorativos, de política criminal, en cuanto a la misión esencial del Derecho penal, esto es, *la protección preventiva de bienes jurídicos.*

El principio de Legalidad constituye uno de los (*baluartes*) más importantes que legitima la intervención del Derecho penal en un Estado Constitucional de Derecho; dicho principio prescribe que sólo son punibles las conductas humanas que al momento de cometerse, se encontraban previstas como delitos y faltas en una norma penal, así como la sanción jurídica a imponer para dichas conductas. Esta es una función principal que se extrae de la policitación de la norma, a los ciudadanos sólo se les puede determinar a realizar una determinada acción u omisión, cuando se ha realizado la relación normativa y cuando ésta se refiere a hechos.

El principio de legalidad hace posible una limitación del poder punitivo del Estado y, con ello, la seguridad jurídica de la libertad individual. El Estado solo puede exigir responsabilidad a los particulares por sus hechos cuando éstos hayan sido declarados punibles previamente por una ley, acota ROXIN³⁷.

En consecuencia, es una garantía, tanto jurídica como política que los ciudadanos estén debidamente informados de qué conductas se encuentran previamente criminalizadas y cuál es la medida coercitiva a imponer, que se expresa en marcos penales mínimos

37 ROXIN, C. *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, p. 471.

y máximos. Lamentablemente, el principio de legalidad no abre el espectro necesario para poder definir racionalmente el delito.

El CP de 1924, adscrito a una definición psicológica de la culpabilidad («Positivismo Criminológico»), al contemplar a la letra que: *“La infracción es intencional cuando se comete por acción o por omisión consciente voluntaria”*, contraria a una concepción normativa-ontológica de la culpabilidad, posición imperante en el CP de 1991 y en la mayoría de codificaciones penales modernas. En todo el texto descrito en la Parte General se plasma la adopción del Principio de Culpabilidad, es decir, se exige la concurrencia de dolo o culpa en la esfera cognoscitiva del agente y se proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, logro indiscutible de la Teoría Finalista, que desplazó el dolo y la culpa de la Culpabilidad a la Tipicidad (Art. VII del Título Preliminar).

La función de la Teoría del Delito se orienta a averiguar en la reacción punitiva estatal la concurrencia de criterios racionales y legítimos; a decir de WELZEL, el Sistema de la Teoría del Delito adquiere legitimidad por su indudable racionalidad. La valoración debe partir entonces, desde acepciones jurídicas apoyadas en datos sociales y culturales, mas no desde matices y vertientes moralistas, que colisionan con un principio fundamental del Derecho Penal que es el proteger bienes jurídicos y no meras valoraciones éticas acuñadas en determinados grupos sociales.

Todo delito presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley (art. IV del Título Preliminar), consagrando lo que conocemos como «principio de lesividad», lo que reviste de garantía y de legitimidad a la intervención punitiva estatal y, de cierta forma, define lo frontera con los injustos administrativos. En la Exposición de Motivos del texto punitivo, se dice al respecto lo siguiente: *“La Parte Especial es la expresión de las aspiraciones de justicia de la comunidad políticamente organizada, sus valores, al cristalizarse legislativamente, adquieren la categoría de bienes*



jurídicos-penales. Efectivamente, solo se selecciona, de las conductas socialmente dañosas, aquellas que se presentan como intolerables e igualmente los intereses sociales que aparezcan vitales para la colectividad. Aquí reside el carácter necesariamente fragmentario del Derecho Penal.

Las valoraciones que el texto punitivo contenga y la insoslayable necesidad de punición, lógicamente están impregnadas de una concepción ética y política determinada. Ello explica, entonces, que la crisis del poder punitivo se patentiza en la parte especial, resonando las ideas básicas de las concepciones políticas e ideológicas históricamente relevantes. En esta parte, por tanto, se ha procurado estructurar la parte especial del Código Penal para una sociedad pluralista, democrática y abierta, muy lejos de dogmatismos morales y esquemas monolíticos, culturales y políticos”.

Al producirse una confusión entre «Derecho» y «Moral», se vulneran las garantías mínimas de intervención de un Derecho Penal Mínimo como expresión vigente de un Estado Constitucional de Derecho; como lo hemos sostenido —en innumerables ocasiones—, toda conducta delictiva encierra un reproche ético social, empero, no todo comportamiento que revele un reproche ético-social, tiene que ser a su vez constitutivo de una infracción punitiva.

El orden moral es normativo, pero no coercitivo. Las sanciones que se derivan de un ordenamiento jurídico son de validez general y de estricto cumplimiento, porque emanan de una autoridad legitimada, reconocida por todos los miembros de una determinada comunidad social. El valor moral tiene un carácter relativo, en cambio la validez del orden jurídico no depende de su correspondencia a un orden moral.

WELZEL es de la posición que la función del Derecho penal era la de proteger los valores ético-sociales mínimos de la sociedad. Fue el Positivismo Jurídico que demandó la separación entre Derecho y Moral, exigencia de un Estado de Derecho y principal victoria de

un Derecho Penal Liberal. Es por ello, que la doctrina dominante, con el afán de separar el Derecho con la Moral, se remite a bienes jurídicos.

La lesión de bienes jurídicos sería el contenido esencial de la infracción del ordenamiento jurídico.

La teoría del bien jurídico cumple una función dogmática –en la interpretación de la ley– y otra crítica –cuando se trata de identificar el objeto de lesión constitutiva de delito–.

a. Función de la Teoría del Delito

La Teoría del Delito, no puede ser concebida como una construcción científica, de orden hermenéutica, todo lo contrario, como un método capaz e idóneo, de poder ser empleado para la resolución de casos concretos, que involucre supuestos actos delictivos. Si bien dicha concepción teórica, se construye merced a las posturas doctrinales de los juristas, que plasman con fina pluma en las obras sobre la materia, ellas para ser en realidad útiles, deben han de ser susceptibles de aplicación por los operadores jurídicos, de no ser así, constituiría una mera exposición ideológica y programática de alcances puramente simbólicos.

Abogamos, entonces, por una armonía entre la ciencia del Derecho penal y su función práctica; de que el ajuste permanente de las leyes *jurídico-penales*, desplieguen un rendimiento óptimo en la visa social, reduciendo las incidencias conflictivas entre los ciudadanos; de no ser así, avizoramos la vigencia –cada vez más acentuada– del denominado «Derecho Penal Simbólico», que nada abona en la confianza del colectivo hacia el sistema jurídico-estatal –en su conjunto– (*prevención general positiva*).

BACIGALUPO anota, “que la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene por finalidad permitir una aplicación racional de la ley a un caso; como tal, pretende establecer básicamente un



orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías”³⁸.

Dicho lo anterior, existe una mediación entre la ley y los hechos descritos objeto de valoración, pues cada una de las categorías del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley.

A lo largo de la evolución del estudio epistemológico sobre la «Teoría del Delito», nunca se ha negado la existencia de dos aspectos básicos: el objetivo y el subjetivo; conforme fue avanzando el desarrollo epistemológico del Derecho Penal fueron apareciendo nuevas categorías que provienen de una selección y generalización de los elementos que se repiten en la aplicación de cada tipo legal que prescribe un delito.

La teoría del delito cumple un rol fundamental: primero, como criterio interpretativo de la norma jurídico-penal, a fin de fijar la relevancia jurídico-penal del comportamiento conforme a los alcances normativos del tipo penal (creación del *riesgo jurídicamente desaprobado*) y, segundo como método lógico-deductivo dirigido a resolver un determinado grupo de casos, como interdicción a la arbitrariedad judicial y como mecanismo garantizador del principio de igualdad. Así también la dogmática jurídico-penal cumple una destacada labor a fin de reforzar la seguridad jurídica en la administración de justicia, asegurando la confiabilidad y predictibilidad de las resoluciones jurisdiccionales. En última instancia diremos que el método dogmático permite la racionalidad de la respuesta judicial, como característica esencial del pensamiento sistemático.

38 BACIGALUPO, E. *Ibidem*.

Siguiendo a MUÑOZ CONDE, habrá que decir que la Dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita control y de la seguridad de esos límites. La Dogmática jurídico-penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático³⁹.

La teoría del delito cumple una función de primera línea en un orden democrático de derecho: servir de soporte interpretativo en la función aplicativa de la norma jurídico-penal y como ideologías contenedora de la violencia punitiva, en cuanto orden de valores de raigambre *ius-humanista*.

b. Teoría del Delito y el Estado Social y Democrático de Derecho

La Teoría del Delito tiene que ver esenciales con la concurrencia de los presupuestos de punición: con la *tipicidad*, *antijuridicidad* y la *culpabilidad*, a veces con la *punibilidad*; método de racionalización para la solución de casos concretos, que no sólo se orienta a la afirmación de vigencia del principio de legalidad, en cuanto a la conciencia jurídica de la comunidad, sino también a garantizar los derechos fundamentales del individuo, tanto en lo que respecta a la imposición de una pena ajustada a su demostrada culpabilidad, sino también a respetar su dignidad inherente, proscribiendo la imposición de penas crueles e infames, así como encauzar la sanción punitiva a la pretendida *rehabilitación social*, a los cometidos preventivo-

39 MUÑOZ CONDE, F. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona, 1975, p. 136.



especiales de la pena, que toman lugar de forma preferente, en estado de la ejecución penal.

Dicho lo anterior, hemos de abandonar una posición retributiva de la pena, para anclar en una postura preventiva, que tiene como plataforma basilar los derechos inherentes a la condición de persona humana; lo que se condice con la proclama constitucional contenida en el artículo 1° de la Ley Fundamental, con el artículo IV del Título Preliminar del CP y con el inc. 22 del artículo 139° de la Carta Política.

Una política criminal coherente con los postulados constitucionales en rigor, no puede abandonar a su suerte a quien delinquiró, debe procurar todos los mecanismos y herramientas necesarias, para que dicho sujeto no vuelve a delinquir de cara a futuro, de permitir y viabilizar la reinsertación del penado a la sociedad, tomando en cuenta la «Corresponsabilidad de la sociedad en el delito».

Los axiomas del «Estado Social», suponen, entonces, que la política criminal del Estado debe armonizarse con los derechos fundamentales, consagrados en el texto ius-fundamental, de que el individuo no puede ser objeto de un cometido político, en el combate contra la delincuencia; dicho en otras palabras: el constitucionalismo social impide la postulación y la vigencia de un «Derecho penal del enemigo», como algunos quieren hacer creer a la sociedad, en este fatigoso proceder legislativo del parlamentario, so pena de afectar el constructo basilar del Estado Constitucional de Derecho.

Como hemos resaltado —líneas atrás—, la política criminal debe ser una síntesis del Estado de Derecho y del Estado Social, lo que en consuno determina una función *preventivo especial de la pena, sin que ello importe vaciar de contenido materia, a los fines preventivo-generales*.

La pretensión punitiva del Estado en una sociedad democrática, debe estar sujeta a determinados límites, que se compaginan coherentemente en las líneas programáticas de la Teoría del Delito.

La «Teoría del Delito» constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho penal y ofrecer las respuestas, de qué conductas y qué elementos deben concurrir, para que un hecho sea jurídico-penalmente relevante y punible, cuáles son las características que debe contener una conducta para que pueda ser alcanzado con una pena.

Esta respuesta solo podrá derivarse de la función que se le asigne al derecho penal en un Estado Social de Derecho, el Derecho Penal tiene como misión fundamental, proteger los intereses sociales, tanto individuales como colectivos, que son considerados indispensables para asegurar una participación activa en la vida política y jurídica de una sociedad organizada. Actúa también como un medio de prevención, en el sentido de motivar a los ciudadanos mediante la internalización de la norma de conducta para que se abstengan de realizar conductas que afecten bienes jurídicos; para cumplir eficazmente esta función se conmina con una pena la infracción de la norma de conducta, creándose así el temor de una sanción, produciéndose un efecto disuasorio de inhibición del *animus* delictivo.

La conciliación de un Derecho penal que se adecue a los postulados del Estado de Derecho y del Estado Social; por el primero, es el principio de legalidad que debe guiar la política criminal del Estado como garantía de «libertad» y de «igualdad» y, de acuerdo al segundo, la política criminal debe ajustarse al contenido material de la dignidad humana y al respeto al principio de autonomía personal. En efecto, lo relevante es conciliar los postulados del Estado Social con la nueva descripción sociológica de la sociedad, a partir de la función preventiva y promotora de los derechos fundamentales.

Siendo así, la PC asume la obligación de reorientar las instituciones penales hacia la tutela de bienes jurídicos supraindividuales, hacia todos aquellos intereses en los cuales todo el colectivo se sienta comprometido.

1.7. Principios Rectores del Derecho Penal

a. *Función preventiva y protectora de la sociedad*

Es sabido, que el Derecho penal adquirió carta de ciudadanía –científica y normativa–, con la ideología y dogmas de la Ilustración y del Iluminismo, con la pretensión de poner freno a todo viso desenfrenado de violencia estatal, que caracterizó al Antiguo Régimen; es decir, el derecho punitivo –como ciencia y como ordenación jurídica– fue el fruto de la negación de la venganza (privada y/o estatal), y como evolución de una sociedad, sobre vertientes más humanistas, es decir, el Derecho penal, ya no podía ser concebido como un resorte automático de reacción estatal, frente a todo acto delictivo que se cometa en sociedad, en pos de restablecer el orden jurídico y normativo alterado como consecuencia de la nocividad intrínseca de toda actividad delictuosa, de acuerdo a las prédicas filosóficas de un retribución pura, desprovista de todo matiz de razonabilidad y ponderación.

En palabras de Carnelutti, si aquello que es hecho, es hecho y no puede convertirse en no hecho, la pena podrá, desde luego, impedir un nuevo hecho, pero no eliminar el hecho ya acaecido; tal es el fundamento de la inclinación a resolver en *ne peccetur* el *quia peccatum est* o, como acostumbramos a decir, la represión en la prevención⁴⁰.

Los nuevos postulados ideológicos, que fueron acuñados por este programa humanista, fue de que el Derecho penal habría de operar como una respuesta jurídico-estatal, debidamente razonada y ponderada; donde habría que tomarse en serio, que la sanción punitiva, habría de desplegar algún tipo de utilidad, tanto para el penado como para la sociedad. Es así, que la pena ha de proyectarse al futuro, y no solo al pasado, no sólo puede ser la retribución al mal causado por el delito, sino que ha de reportar ciertos beneficios, que

40 CARNELUTTI, F. *El Problema de la Pena*, p. 20.

redundan en la configuración de una sociedad, que ve al agente delictual, en una persona susceptible de ser rehabilitada⁴¹, por ende, capaz de reinsertarse en el seno del colectivo social, por tanto, en condiciones de respetar los bienes jurídicos de sus congéneres. Pero a su vez, la pena ha de incidir también en el colectivo y, para ello, el legislador emplea la norma de sanción, como una especie de mecanismo disuasivo y de intimidación, neutralizando los impulsos delictivos de los potenciales infractores de la norma jurídico-penal. No puede dejar de mencionarse, para los fines de prevención general-positiva, los cuales importan la cohesión social y normativa, que debe subyacer entre el ordenamiento jurídico y los miembros de la población; la cual se afianza, cuando el colectivo social, toma conciencia de que las normas jurídico-penales adquieren materialidad efectiva en las resoluciones de condena. Todo lo cual coadyuva a la construcción de un sistema social, regido por la justicia, la paz y el Derecho.

El TC, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0014-2006-AI, sobre los fines de la pena, ha sostenido que “ (...) *la teoría de la prevención especial –también denominada teoría de la retribución relativa– centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el artículo 139° inciso 22 de la Constitución, cuando señala que “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) [e]l principio*

41 Conforme a ello se recoge en el cuerpo penal sustantivo, la llamada “Corresponsabilidad de la sociedad en el delito”.



de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

Por su parte, la teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito; sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito.

Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin los resume diciendo que “(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el ‘ejercicio de la confianza en el derecho’ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado”.

Es así, que el programa de política criminal empieza a adoptar en su discurso, un fin esencialmente «preventivo»; entendiendo primero, que la persona humana no puede ser estimada como un mero

objeto, sino como un sujeto de derechos (conforme su a su propiedad inter-subjetiva), entre estos, de que se le confiera una nueva oportunidad, pese a haber perpetrado un hecho, descalificado jurídica y socialmente y que la sociedad, sea a su vez, que conductas de tal naturaleza –de especial lesividad social–, son castigadas con la especie pública más gravosa con que cuenta el ordenamiento jurídico, esto es, la «pena»; por tales motivos, los postulados que han de direccionar a la pena, constituyen los fines de prevención especial y de prevención general.

A decir de Roxin, si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad (algo que nadie puede negar), entonces, las teorías de la pena determinan las vías por las cuales puede alcanzarse este objetivo: influyendo en los propios delincuentes (prevención especial) o en todos los miembros de la sociedad (prevención general), o mejor, a través de ambas al mismo tiempo. De esto resulta una teoría penal de la prevención que pone en relación la magnitud en la cual pueden perseguirse ambas posibilidades de influjo (muy diferentes por los resultados), de una manera que, según los parámetros del Estado social de Derecho, sea útil o al menos aceptable, por igual, para la sociedad, la eventual víctima⁴² y el autor⁴³.

42 Sobre dicho aspecto a saber, debe aclararse el punto de que la reparación civil constituya un nuevo fin de la sanción punitiva, lo cual nosotros rechazamos de forma tajante; no confundamos los efectos que se quiere alcanzar con una sentencia de condena, que se engloba en el concepto procesal de “tutela judicial efectiva”, con los objetivos que debe desplegar la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho, en el sentido, de que si fuésemos de dicho parecer, habría de postularse que el pago de la indemnización post delicto, haya de integrarse en las reglas de conducta, que a nuestro entender, solo tiene que ver con la posibilidad de que el penado no vuelva a delinquir en sociedad, y ello se logra, pague o no el contenido resarcitorio de la sentencia. Con ello, no queremos dejar de lado, el importante fin que cumple la satisfacción de los intereses de la víctima, en cuanto a su contenido patrimonial y moral a la vez, en orden a configurar una verdadera conciliación social entre los miembros de la pareja criminal.

43 ROXIN, C. *La Teoría del Delito en la discusión actual*, p. 43.



De recibo, la evolución y desarrollo del Estado Liberal de Derecho al Estado Social, permite ver a la sanción punitiva como una suerte de profilaxis social, sin que ello quepa negar, su confusión con medidas medicinales, pues la cárcel no es ni ha sido nunca, una institución pedagógica o de enseñanza pública, sino como un medio de «rehabilitación social⁴⁴». Lo que nunca podrá contradecirse, pese a afincar nuestro discurso sobre un fin *preventivo de la pena, es que las cárceles, de ayer, de hoy y del mañana, son en realidad lugares de neutralización social, centros reclusorios destinados a separar del seno de la sociedad, a todos aquellos que con su quehacer conductivo, han contravenido las bases fundamentales de toda convivencia social pacífica, regida por el Derecho y la Justicia*. Una cosa, son los ideales programáticos y filosóficos que pueden consagrarse en las disposiciones legales y en las Cartas Fundamentales y, otra muy distinta, la realidad social, carcelaria y criminológica, que caracterizan nuestras sociedades actuales, donde cada vez son más las personas normales que cometen hechos delictuosos; si realmente se quiere lograr un cometido rehabilitador, la salida está en las medidas alternativas a la prisión, a la prescindencia en los mayores casos posibles a la privación de libertad del sujeto infractor de la norma.

-
- 44 Es de este modo, que no optamos por emplear el término “resocialización”, por las evidentes contradicciones que éste entraña, por dos poderosas razones: primero, en la medida que no se puede resocializar a quien nunca estuvo socializado, es decir, integrado a los valores más elementales de cualquier sociedad civilizada y, segundo, no se puede tampoco resocializar, a las personas involucradas en los delitos socio-económicos, al ser individuos integrados en los valores comunitarios y de alto nivel educativo y cultural. Cuestión particular, acaece con los delincuentes terroristas, pues a ellos no se les puede imponer coactivamente, una determinada forma de ver las cosas, de ahí, que necesariamente hayan de cumplir la totalidad de la penal, no siendo susceptibles de concederles un beneficio penitenciario; Vide, al respecto, Zúñiga, L.; *Política Criminal*, ps. 187-192; (...) es discutible que el Estado Democrático de Derecho esté legitimado para asumir a través de la pena funciones de educación social con los adultos, señala Mapelli Caffarena. Los riesgos de adoctrinamiento de la sociedad bajo coartada de las metas resocializadoras son evidentes. La prevención especial convierte al Estado en una fenomenal maquinaria de educación de las personas adultas a través de las penas; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 65.

Confrontando, críticamente, el sistema penal con lo que realmente es, es decir, un uso irracional del castigo aplicado con criterios ajenos a la justicia y a la igualdad social por medio del cual se pretende que ciertos grupos de personas queden estigmatizados, es probable que alcancemos una saludable reducción del mismo, sentencia MAPELLI CAFFARENA⁴⁵.

Nuestro texto punitivo de 1991, se afincó de forma programática, desde un parangón netamente preventivo, sobre todo de «prevención especial», al incluirse en el catálogo sancionador, penas que no significan la privación de libertad del sujeto infractor, tal como se devela del artículo 28° (*in fine*); destacando en las primeras líneas las llamadas «penas limitativas de derechos». Así, cuando de su contenido discursivo preliminar, se sostiene que *“la Comisión Revisora, a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. Por otro lado, los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas”*. Y esta proyección de política criminal, la podemos observar en todo su esplendor, con lo expresado en el artículo IX del Título Preliminar, cuando a la letra se señala lo siguiente: *“La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”*. Por consiguiente, la interpretación ha acuñar en el primer articulado del Título Preliminar, ha de tomar lugar de forma sistemática con su noveno numeral.

45 MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 69.

Siguiendo el hilo conductor de las ideas, se tiene que los fines preventivos del Derecho penal, encuentra pleno asidero formal y material, de acorde a la plataforma fundamental sobre la cual se asienta el «Estado Social y Democrático de Derecho», consagrado en nuestro texto ius-fundamental; aquel sistema jurídico-estatal que defina la intervención punitiva, bajo una naturaleza puramente *retributiva*, hace del derecho punitivo un mecanismo de pura vindicta pública, vaciando a los derechos humanos de su contenido esencial⁴⁶. El TC, sobre ello, señala lo siguiente: *“Este Tribunal (STC 0019-2005-PI/TC, fundamentos 30-33), se ha referido a las diversas teorías en torno a la finalidad de la pena. Así, de acuerdo con la teoría de la retribución absoluta, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda su virtualidad en la generación de un mal al delincuente; de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “Ojo por ojo, diente por diente”. Esta teoría no solo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de nuestra Constitución, conforme al cual “[l]a defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.*

A lo dicho debe aparejarse, que dicha proyección *preventiva*, permite hacer uso de criterios valorativos, en cuanto a la determinación si la pena es o no necesaria, pudiendo prescindir de ella, en

46 No obstante, como bien señala Mapelli Caffarena, a pesar de los muchos problemas que plantea aceptar en la actualidad la retribución como fin de la pena, no por ello debemos olvidar que en su momento la defensa de estas teorías partían de un compromiso con las garantías de las personas, que empezaba a ser objeto de preocupación relevante para el pensamiento jurídico; *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 59.



circunstancias que así lo aconsejen, ante injustos de un mínimo contenido de desvalor (criterios de oportunidad). Así, cuando Roxin sostiene que si la pena tiene una finalidad preventiva, para imponerla no puede ser suficiente la culpabilidad del autor por sí sola. Una pena también tiene que ser preventivamente necesaria. Por cierto que la necesidad preventiva de punición, que según el juicio del legislador debe ser admitida, se deriva, por regla general y de una manera vinculante para el intérprete, de la ubicación de los tipos, aunque aquí también la interpretación teleológica debe considerar siempre el punto de vista de necesidad de pena⁴⁷. La pena no sólo debe ser merecida porque el sujeto ha cometido un hecho castigado como delito, sino que, además, debe ser necesaria para alcanzar dichos fines, sin que estén justificadas las penas inútiles, que, como el propia BECCARIA señalaba, son penas crueles⁴⁸.

En un Estado Social de Derecho, debe procurarse —en la medida de lo posible—, que quien infringió las normas mínimas de convivencia social, pueda reinsertarse en su seno, siempre que manifieste una actitud de rectificación frente al Derecho y la sociedad. El TC, en la sentencia contenida en el Exp. N° 04629-2009-HC, indica que: *“El artículo 139°, inciso 22, de la Constitución señala que, “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. A su vez, el artículo 69° del Código Penal señala: “El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite”, restituyendo a la persona en los derechos suspendidos o restringidos. Sobre el particular, este Tribunal ya tiene dicho que “las exigencias de reeducación, rehabilitación y reincorporación como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que*

47 ROXIN, C. *La Teoría del Delito en la discusión actual*, p. 44.

48 MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 36.



el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria (...), directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad” (Exp. N° 010-2002-AI/TC, fundamento 182); sin embargo, la descripción actual de la sociedad y el rumbo de la política penal en el Perú, nos conduce a otros senderos, donde impera el proyecto inocuizador y el quebrantamiento de los lazos de solidaridad social.

No puede dejarse de lado, que la codificación penal, aparte de regular los delitos (*injusto penal: la acción u omisión típica y penalmente antijurídica*), también regla lo referente a las «faltas», conforme vemos del Libro Tercero; así, como existen los injustos penales, son también objeto de sanción punitiva, aquellas conductas (acciones u omisiones), que por develar un menor contenido de desvalor, por lo tanto, de reprobación jurídica y social, son catalogadas como faltas. Constituyen en realidad *bagatelas*, que son delimitadas y distinguidas de los delitos, con arreglo a criterios cuantitativos y cualitativos a la vez. No es que las faltas no lesionen y/o pongan en peligro –bienes jurídicos penalmente tutelados⁴⁹–, sino que su grado de ofensividad social no es de tal intensidad, como para ser alcanzado por una pena efectiva de privación de libertad, sino por penas limitativas de derechos y multas, tal como se declara normativamente en el artículo 440° del CP; es en tal virtud, que se maneja correctamente el principio de proporcionalidad, de que la pena de reclusión efectiva, solo haya de imponerse en el caso de los injustos penales –de meridiana y mayor gravedad–; sin embargo, las ansias demagógicas y políticas del legislador, –de aplacar las demandas sociales de mayor penalización–, conllevo la posibilidad de convertir las penas limitativas de derechos a penas privativa de libertad, en los supuestos típicos de faltas contra la persona y faltas contra el patrimonio, como consecuencia de la dación de la Ley N° 29407

49 De acorde a la modificación efectuada por la Ley N° 27939 de febrero del 2003.

del 2009⁵⁰, lo cual ha sido desarrollado en el Acuerdo Plenario N° 4-2009-CJ-116. No sólo ello, sino ha de aparejarse a esta irracional política penal, la regulación de la «reincidencia en faltas»; alguno inusitado y apocalíptico en cualquier codificación penal, asentada sobre directrices democráticas. Sin duda, las reformas normativas, que han tomado lugar en este apéndice del texto punitivo, abonan más en criterios de prevención general (*negativa*) y, en resquicios retributivos, que a lo único que conducen es a generar una grave problemática carcelaria, en cuanto a propiciar el sobre-hacinamiento de los penales en el Perú y de incidir en el contagio criminal. Hechos, de tal característica, no pueden significar a su autor, la pérdida de su libertad, sino a la promoción al respeto a los bienes jurídicos ajenos, lo cual se logra exclusivamente con las penas limitativas de derechos; no podemos más que denunciar esta forma antitécnica y asistemática de legislar penalmente en nuestro país. La pretensión injustificada de tener más personas recluidas en Establecimientos Penitenciarios, arrastra al legislador a torrentes carentes de toda razonabilidad teórica y empírica.

Ahora bien, el Derecho penal, no solo ha desplegado un fin *preventivo*, el cual se plasma con la norma secundaria (*sancionadora*), sino a ello, ha de aparejarse la *protección de la sociedad frente al delito*. Dicha función se adecua plenamente, a los fines preventivo-generales de la pena, en tanto el mensaje disuasivo e intimidatorio, tiende a una abstención de los impulsos delictivos, de los posibles sujetos infractores de la norma. Mas con ello decimos muy poco, en la medida que materializar dicho objetivo, supone fortalecer la protección preventiva de los bienes jurídicos; no olvidemos, que estos intereses jurídico-penales, vienen revestidos de un substrato social; no en vano, el merecimiento y necesidad de pena, que definen a

50 Habiéndose incluido el "Concurso Real de Faltas", en los contornos normativos del artículo 50°-A del CP.



una conducta como *delictiva*, viene respaldada por una reprobación social generalizada de todos los comunitarios.

Convenimos, entonces, en postular que el legislador no solo ha de dibujar la política criminal, en orden a cautelar la protección de las libertades fundamentales individuales, sino también los intereses sociales dignos de tutela punitiva. Si no se reconociera esto, no serían objeto de tutela penal los llamados bienes jurídicos *supraindividuales*, como el Medio Ambiente, la Seguridad Pública, la Paz Pública, etc.; cuya legitimidad reside precisamente en la necesidad de robustecer la protección de los bienes jurídicos personalísimos.

No puede construirse una verdadera sociedad democrática e igualitaria, si es que no se defiende a la sociedad ante el delito; no podrá configurarse un ámbito social de plena libertad y de realización personal, si que el colectivo no encuentra seguro en sus intereses jurídicos co-existenciales; si dejamos desguarnecida a la sociedad ante la irrefrenable criminalidad que campea actualmente en nuestras ciudades, no solo debilitamos las funciones tuitivas y protectoras del Derecho penal, sino que minamos también, las bases del Estado de Derecho, que es cumplimiento de la ley y el respeto de los derechos ciudadanos. El TC, en la sentencia recaída en el Exp. N° 01575-2007-HC, ha dejado en claro que *“la justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, “si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”.*

Es así, que entendemos que la política criminal ha de generar un clima de convivencia social pacífica entre los ciudadanos, mediando el respeto irrestricto de los bienes jurídicos fundamentales; a tal efecto, ha de incidir en una respuesta punitiva (*sancionadora*),

a todo aquel sujeto, que –dolosa o imprudentemente– lesione y/o ponga en peligro un bien jurídico tutelado; la concretización de la sanción penal en los casos concretos, no sólo ha de reportar una utilidad a la persona del penado, sino también a la sociedad, reafirmando la vigencia fáctica de la norma (*prevención general positiva*) y restableciendo la paz social y jurídica.

Es en tal merced, que identificamos una dialéctica, muchas veces difícil de reconciliar, entre la seguridad que se le debe otorgar a los comunitarios, frente al delito y la libertad fundamental, de quien se le atribuye haber perpetrado el hecho punible. Y, esta tensión se torna más intensa, en coyunturas de especial conmoción pública, producto de la significativa incidencia criminal en las urbes y zonas rurales del país, en tanto, la sociedad al verse amenazada con posibles víctimas de esta demencial delincuencia, lo primero que hace es demandar una penalización más severa al legislador, sobre todo en el núcleo más duro del Derecho penal; a ello abona bastante, el rol que asumen los medios de comunicación social⁵¹ y ciertos sectores representativos de la sociedad (*gestores atípicos de la moralidad*). Ante tal demanda, aparece un legislador complaciente, procediendo a perfilar una política penal, tendencialmente encaminada a la sobre-criminalización, en cuanto a la inclusión de nuevas figuras delictivas, la incorporación de novedosas circunstancias de agravación y la exasperación constante de los marcos penales. Esta irrefrenable forma de legislar penalmente en el Perú, comenzó con la dación de los denominados «delitos agravados», dando lugar a la modificación del artículo 29° del CP, de cuyo tenor se comprendió a la pena de cadena perpetua, de aplicación, sobre todo, en el ámbito de los bienes jurídicos personalísimos; lo que a la fecha, ha hecho

51 Así, Silva Sánchez, al subrayar el protagonismo que asumen en el proceso los propios medios de comunicación social, los cuales exponen una representación sesgada, dramatizada, agigantada del hecho criminal que contribuye a reforzar la sensación generalizada de alarma e inseguridad; *La expansión del Derecho penal*, p. 38.

de este cuerpo de leyes, un orden legal plenamente asistemático e incoherente, entre su base legitimadora (Título Preliminar) con la Parte General y la Parte Especial.

Si en realidad estas reformas legales, hubiesen calado en la realidad criminológica, con el efectivismo que se espera alcanzar de todo precepto jurídico, no nos quedaría más remedio que claudicar en nuestros pensamiento liberal-garantista, empero, las cosas son totalmente distintas, pues la incidencia criminal no ha sido neutralizada ni reducida en índices significativos, lo que nos hace concluir que el Derecho penal se convierte en un arma predilecto de los políticos, para ganar mayores votos eleccionarios (politización de la norma jurídico-penal), de generar una sensación puramente subjetiva de seguridad ciudadana y de desplegar efectos socio-comunicativos. Los grupos políticos y de poder son, de este modo puramente electoralista y demagógico, los últimos beneficiarios de la criminalidad, y no les interesa, por tanto, que la sociedad tenga una información veraz, medida, certera y fiable sobre las verdaderas dimensiones del fenómeno; por el contra, es el miedo el que alimenta ese valioso voto cautivo que puede hacer decantar unas elecciones⁵².

Lo más grave a todo esto, es que la gente piensa equívocamente, que el adelantamiento significativo de las barreras de intervención del Derecho penal, importa una mejor protección de sus bienes jurídicos, sin darse cuenta, que a la postre, dicha arremetida incontenible de la violencia punitiva estatal, lo que implicará es una reducción ostensible de sus libertades fundamentales individuales. Aquellos que predicán el orden público y la seguridad ciudadana, como estandartes del Derecho Penal del enemigo, son en realidad enemigos de los valores elementales de un orden democrático de derecho.

52 BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Política Criminal*, T. II, ps. 99-100.

De acorde con la línea argumental esbozada, queda claro, que los vientos de política criminal en el Perú, se definen a través de una corriente de excesiva prevención general (*negativa*)⁵³, dando lugar a un incremento significativo de las penalidades aplicables, aparejado a una visión retributiva de la pena, prohibiendo la concesión de los beneficios penitenciarios, lo cual toma lugar en los delitos violentos y en los injustos funcionariales, la aplicabilidad de teoremas propios del positivismo sociológico, en cuanto alegar el factor de valoración en el desvalor del injusto típico, retomando la mirada hacia la personalidad del autor (*sui proclividad en orden a cometer delitos en el tiempo*), sostenido en un «Derecho Penal de Autor», tal como se advierte con las figuras de la Reincidencia y la Culpabilidad, lo cual se engarza con la idea retrograda del *Defensismo Social*, que podría desembocar finalmente en la imposición de penas sin delito, es decir, bastará el examen *de una personalidad basada en la peligrosidad social*, para determinar la imposición de una pena; una ejemplificación de tal calibre, podemos observarla en la sanción del delito de reglaje.

Desde otra tribuna de la juridicidad penal, se sostiene, que lo que interesa hoy, de manera cada vez más intensa dentro de ese giro a lo concreto (*real concreción en la realidad social*), la psicología de la llamada –en afortunada expresión de SESSAR– *sociedad sancionadora*⁵⁴.

Resulta así, que la difusa y ambivalente forma de legislar en materia penal, en nuestra Nación, ha importado primero: vaciar de contenido material los fines preventivo especiales de la penal, en supuestos evidentes, como la pena de cadena perpetua, de superponer los fines preventivo-generales sobre las alternativas rehabilitadoras, en el marco de las faltas, mediando un discurso

53 Vide, al respecto, MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 67.

54 BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Política Criminal*, T. II, p. 89.



abiertamente deslegitimador, de querer encerrara a todos los ciudadanos, sin importar la valoración del contenido material del injusto, que da sostén a dos vértices fundamentales de un Estado Social de Derecho: de la necesidad y el merecimiento de pena; encaminada esta dirección a una suerte de neutralización del agente delictual, pese a que el máximo intérprete de la constitucionalidad normativa, ha señalado en reiteradas oportunidades, que *“de acuerdo con el inciso 22), del artículo 139° de la Constitución, entre los fines que cumple el régimen penitenciario se encuentra la reinserción social del interno. Esto quiere decir que el tratamiento penitenciario mediante la reeducación y rehabilitación tiene por finalidad readaptar al interno para su reincorporación a la vida en libertad. Ello es así porque las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad”*⁵⁵. Así, cuando en la doctrina especializada se indica, que (...) si bien se tiene que satisfacer las necesidades de prevención general, no debe olvidar, sin embargo, la situación concreta y la individualidad del autor⁵⁶.

El Derecho penal se convierte así, en una suerte de instrumento catalizador de propagandas electoreras, en la caja de resonancia, de las demandas reivindicativas de ciertos sectores de la sociedad, en la caja de pandora, a través de la cual ha de resolverse todos los conflictos sociales, desprovistos de toda argumentación teórica y dogmática. Así las cosas, el discurso político-criminal que se articula desde el poder y las instancias partidistas resulta vacío y reiterativo, con unas cuantas ideas que se repiten una y otra vez sin que en realidad se sepa a ciencia cierta en qué consisten, ni por parte de los políticos que las expresan ni por parte de los receptores del ambiguo discurso⁵⁷.

55 Exp. N° 01575-2007-HC.

56 ROXIN, C. *La Teoría del Delito en la discusión actual*, p. 46.

57 BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Política Criminal*, T. II, ps. 102-103.

b. Principio de Legalidad (*nullum crimen nulla poena sirte lege praeviae*)

No perdamos de vista, que la cultura jurídica de Europa continental (codificación francesa), importada a nosotros y a toda Latinoamérica, por los conquistadores, era expresión del principio de legalidad, como fuente y límite de la intervención del Derecho penal, bajo el aforismo del *nullum crimen sine lege praevia*, como simbolización de garantía, predictibilidad y contención, ante todo viso de arbitrariedad pública.

Una concepción así concebida, se tiene gracias al libro de BECCARIA "*De los delitos y las penas*", obra más importante del Iluminismo penal así como Von Feuerbach, precursor de la teoría psicológica de la *prevención general negativa*. Del Positivismo, tenemos en Alemania, a Franz VON LISZT (Programa de Marburgo), basando su esquema metodológico en una ciencia total del Derecho penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) y a Karl Binding (*positivismo jurídico, la norma como "imperativo"*).

URQUIZO OLAECHEA nos introduce al tema, señalando que cuando se invoca el Estado de Derecho y su relación con el Derecho penal, surge inmediatamente la idea de principio de legalidad⁵⁸. Los grandes pensadores de la Ilustración que simbolizaron sus ideas libertarias en la Revolución Francesa de 1784 (VOLTAIRE, BENTHAM, BECCARIA), así como en la Declaración de los Derechos del Hombre del 26/08/1789, depositaron en estas gestas libertarias la proclama de un Estado Liberal protector de los derechos fundamentales básicos, sin los cuales el Estado pierde la legitimidad con la que

58 URQUIZO OLAECHEA, J. *El Principio de Legalidad*, Gráfica Horizonte S.A., 2000, p. 17. Se concibe al penalista alemán Paul Johan Anselm Ritter Von FEUERBACH, el precursor de este principio garantista (1801), que enuncia las garantías que el ciudadano debe detentar como miembro de un Estado de Derecho, donde se preconizan los derechos políticos y jurídicos.

fue concebida, que es el Contrato Social. La teoría ilustrada formuló este principio bajo un Estado organizado políticamente sobre la base de la división de poderes. Solo del Poder Legislativo pueden emanar las leyes, ya que ellos representan al pueblo (democracia representativa), como expresión popular y garantía fundamental del Estado de Derecho. Para BECCARIA, ningún magistrado puede con justicia decretar a su voluntad, penas contra otro individuo de la misma sociedad.

El principio de legalidad es, pues, un medio racional de lograr la seguridad jurídica que evita que el sistema punitivo se desborde creando formas e instrumentos coercitivos que no expresan necesidades finales de los procesos de organización de la persona, la sociedad o el Estado⁵⁹.

El principio de legalidad constituye, entonces, un muro infranqueable que se instituye, tanto para el legislador al momento de formular las convenciones penales, como al Juez al momento de interpretar normativamente los tipos penales, importa, a tal efecto, el límite que no puede contradecir la violencia penal institucionalizada.

El axioma *nullum crimen, milla poena sine lege praeviae*, significa —que en un Estado Social y Democrático de Derecho— los ciudadanos tienen el legítimo derecho de conocer con exactitud qué acciones y omisiones son catalogadas por el legislador como delito o falta (norma primaria)⁶⁰ y cuál es la pena prevista para dicho delito

59 URQUIZO OLAECHEA, J. Ob. p. 18. Para BACIGALUPO la consecuencia práctica de este principio es la siguiente: ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena. En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar con la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar en la ley penal. BACIGALUPO, E. “*Principios de Derecho Penal - Parte General*”, Akal Ediciones, 5ª edición, 1998, p. 56.

60 Nuestro ordenamiento jurídico consagra el Principio de Legalidad en el art. 2º inc. 14 lit. de la Constitución Política del Estado y en el artículo II del Título Preliminar del CP.



(en base a un marco penal determinado por *quantums* mínimos y máximos), como consecuencia jurídica (norma secundaria); no puede exigirse «motivación normativa» si previamente no hay «conocimiento normativo».

En la proyección de una determinada política criminal, el legislador debe procurar que la legislación penal no arrase dichos principios rectores, imprescindible para poder sustentar la legitimidad del Derecho penal.

El principio de legalidad nace como fruto de toda una renovación de la filosofía penal, como un rechazo a la arbitrariedad e injusticia caracterizado por el Antiguo régimen, una revolución ideológica como paradigma de la Ilustración y del Iluminismo.

Fue toda una gesta libertaria que obedeció a la introducción en el pensamiento *ius-penalista*, de una ideología impregnada de humanismo, de fiel reflejo a la introducción programática del nuevo Estado de Derecho.

El Derecho penal moderno –tal como apunta BACIGALUPO– tiene sus orígenes ideológicos en la filosofía de la Ilustración, en la segunda mitad del siglo XVIII, y está fuertemente unido a las transformaciones políticas del Estado posteriores a la Revolución Francesa de 1789⁶¹.

La variante ideológica que significó la filosofía de la Ilustración se amparó en el contrato social y en la división de poderes, planteamientos que fueron desarrollados por ROUSSEAU Y MONTESQUIEU para debilitar las bases del *ancien régime* francés⁶², como estandarte de la Revolución Francesa que significó el derrocamiento de una

61 BACIGALUPO, E. *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2002, p. 9.

62 URQUIZO OLAECHEA, J. *El principio de legalidad*. Gráfica Horizonte S.A., noviembre del 2000, Lima, p. 24.



monarquía despótica de origen mesiánico que ya no tenía cabida en una coyuntura de plena vigencia del Estado de Derecho y de la proclama normativa de los derechos civiles y políticos del hombre.

Fueron los representantes de la Ilustración, del Iluminismo y del Contractualismo, los artífices de sancionar positivamente el principio de legalidad; por lo expuesto, es una inferencia lógica afirmar que el derecho penal es obviamente, un producto político, y en particular, un producto de los Estados nacionales del siglo XIX, que adquiere plasmación última en las codificaciones nacionales. Así, MAIER, al señalar que (...) el sometimiento de la pena estatal al Derecho, es decir el nacimiento del Derecho penal y del Derecho procesal penal, en sentido propio, provocó, en primer lugar a través de la Ilustración y después a través del Estado de Derecho, una modificación cualitativa de este estado⁶³.

A partir de la consagración normativa (*ius fundamental*), del principio de legalidad el *ius puniendi* adquiere legitimación, control y límites en su concreción, en los diversos ámbitos sociales, es decir, los ciudadanos se encuentran protegidos por la ley, en sus relaciones con el Estado.

«Estado de Derecho» es aquel Estado que se sujeta estrictamente al control formal de la legalidad, donde las normas reconocen y consagran los derechos subjetivos de los ciudadanos y asume su tutela ante el poder penal del mismo y ante sus relaciones con los comunitarios.

Se sostiene en la actualidad que el Estado de Derecho es una forma de racionalización de la vida estatal, que permite a la vez, un eficaz cumplimiento de los cometidos del Estado, y por otra parte,

63 MAIER, Julio B. J. *¿Es posible todavía la realización del Proceso Penal en el marco de un Estado de Derecho?*. En: "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales - Homenaje al profesor Claus ROXIN". Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001, Argentina, p. 780.



hacer calculable la acción estatal mediante seguridad jurídica⁶⁴; el Estado de Derecho presupone —a nuestro parecer—, la división de los poderes estatales así como el reconocimiento normativo, de mecanismos jurídicos, destinados a poner freno a toda manifestación de arbitrariedad pública.

FEUERBACH Y BINDING formularon una teoría del Derecho penal del Estado de Derecho, desde una posición liberal, el primero, y desde una perspectiva autoritaria, el segundo. Consecuentemente, los principios del Derecho Penal que constituyen una concreción de la idea del Estado de Derecho son aquellos que se refieren básicamente a la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de esta acción, dicho más precisamente: el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y la prohibición de *non bis in idem*⁶⁵.

Este Sistema Penal «Garantista» fue de inspiración en nuestra codificación punitiva, constituyéndose un hito en nuestra historia legislativa; es pues, en el Título Preliminar del Código Penal donde se consagran normativamente estos principios rectores del Derecho penal que sirven para su legitimación, control y limitación; no como declaraciones —vacías de contenido—, sino como reales instrumentos de protección jurídica, de que la violencia penal institucional, sea en realidad una respuesta razonada y ponderada y, no la reacción automática, cargada de una fuerte dosis de vindicta pública. En tal sentido, el principio de legalidad coloca al ciudadano en un estadio de tutela, de que únicamente pueda ser sancionado por todas aquellas regulaciones que se encontraban vigentes al momento de la comisión del hecho punible, es decir —como afirma BUSTOS RAMÍREZ— el Estado ha de tener límites muy precisos y claros en su intervención sobre el ciudadano, a su vez el contenido de esos actos

64 BACIGALUPO, E. *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, p. 81.

65 BACIGALUPO, E. *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, p. 82.



de intervención han de estar suficientemente detallados y especificados y por último el ciudadano ha de tener la posibilidad real de conocer con toda claridad tanto el contenido de esos actos como también el fundamento de ellos⁶⁶.

La fundamentación del Estado Liberal de Derecho surgió como formación ideológica de tres postulados –que nominaron filosóficamente la Revolución Francesa–, como: «libertad, igualdad y fraternidad», como proclama en emblemática, que significó la imposición de fundamentos políticos al Derecho penal.

El *nullum crimen, milla poena sine lege, praeviae* tiene como fundamento y precedente normativo el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 y de la Constitución del 3 de septiembre de 1791.

Solo a partir de la ideología liberal impulsada por esta (Ilustración) –escribe MIR PUIG–, y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución Francesa, se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada de sentido de garantía para la libertad del ciudadano⁶⁷, solo desde entonces –dice MEZGER– el principio de legalidad es un «Palladium de la libertad ciudadana».

La consagración de los derechos fundamentales, tuvo la posibilidad de colocar las libertades individuales, como plataforma material, otorgando todo un complejo de garantías, para la construcción de un Derecho penal democrático.

El principio de legalidad de los delitos y penas, debido a BECCARIA y expresado por FEUERBACH con el aforismo “*nullum cri-*

66 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989, p. 59.

67 MIR PUIG, S. *Introducción a las Bases del Derecho Penal - Concepto y Método*. 2ª edición, Editorial B. de F. Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faria - Editor, p. 126.

men, nulla poena sine lege”, supone que solo la ley (previa) aprobada por el Parlamento —y no el poder ejecutivo ni el judicial— puede definir las conductas que se consideran delictivas y establecer penas⁶⁸; resulta pues, una garantía política, que únicamente el poder legislativo ostente el poder *sancionador de las normas penales*, los jueces están entonces sometidos al imperio de la legalidad e impedidos en la creación judicial del derecho; la sujeción estricta al principio de legalidad significó reducir su potestad discrecional al ámbito interpretativo y aplicativo de la norma jurídico-penal.

ARROYO ZAPATERO escribe que el principio de legalidad penal aparece como plasmación de la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el poder legislativo (reserva de la ley)⁶⁹. Quiere decir entonces, que la legitimación de la concreción normativa de la penalidad conductiva se condiciona a su expedición por un órgano público constitucionalmente revestido de dicha potestad.

El principio de «legalidad», así ocupa un nivel de indudable importancia, en cuanto a sus efectos políticos y jurídicos que irradia, a la luz de los dictados de un Estado Constitucional de Derecho; ha significado la banderola de la libertad ciudadana, a su vez la proclama de una aspiración de orden democrática, que reposa en la libre voluntad de los pueblos. Por la primera, se estima que el Estado, a través de la violencia institucionalizada, que significa el Derecho penal, no puede trasvasar los marcos estrictos de la Ley, en cuanto a la fijación de la conducta prohibida y la consecuencia jurídico-

68 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas S.A. Primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 81.

69 ARROYO ZAPATERO, L. *Principio de Legalidad y Reserva de la Ley en Materia Penal*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 3, Núm. 8, mayo-agosto de 1983, Centro de Estudios Constitucionales, p. 12; Así, CASABÓ RUIZ, José Ramón. *La Legalidad del Delito*. Universidad de Valencia, 1983, ps. 38 y ss.

penal aplicable —como norma secundaria—; y, por lo segundo, que la potestad penalizadora y a su vez despenalizadora, sea potestad exclusiva del Parlamento, rechazando la creación de delitos penas a través de decisiones jurisprudenciales, a diferencia de lo que acontece en el Derecho penal anglosajón, conforme su tradición jurídica.

Según lo anotado, de los efectos irradiantes de dicho principio fundamental del Derecho penal liberal, se cautela que la libertad sólo pueda verse afectada, cuando la conducta humana aparezca cohibida bajo los contornos normativos de un tipo penal en particular y a su vez, la seguridad jurídica, consustancial en un Estado de Derecho, de que los ciudadanos sepan con exactitud cuál será la reacción jurídico-penal, ante determinadas manifestaciones conductivas.

El Estado reacciona drásticamente ante el delito, afectando bienes jurídicos importantes de la persona, lo cual torna en imperativo poner límites precisos que alejan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ejercen el poder punitivo. El principio de legalidad establece condiciones para la intervención represora del Estado, tanto al diseñar el delito como al establecer el modo de aplicar y ejecutar sus consecuencias. En suma, todo el contenido debe estar sometido al “jus imperium”⁷⁰.

Así también, a dicho principio se le hay ligado con los fines de la pena, en lo que respecta a los objetivos que la sanción punitiva ha de desplegar en los comunitarios y, a su vez, con el contenido esencial de las libertades fundamentales.

El TC, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2758-2004-HC/TC, sostiene que: “(...) se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de de-

70 PEÑA CABRERA, R. *La Garantía del Principio de Legalidad...*, cit., ps. 161-162.

terminar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. (...) Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales”.

A decir de BACIGALUPO, el fundamento del principio de legalidad se encuentra más allá de la teoría de la pena: en la teoría del Estado inspirada en la filosofía del iluminismo y especialmente en la noción de democracia de la teoría política del contrato social. De acuerdo con estas ideas, la libertad sólo puede ser limitada por la voluntad general, es decir, por una ley de un Parlamento democrático⁷¹.

Por consiguiente, en virtud del principio de legalidad la ley penal, es la fuente principal del Derecho penal, al instituirse en fuente exclusiva en todo lo relativo a la creación o agravación de la responsabilidad criminal («reserva de ley») en materia penal) (...) ⁷². El fundamento político-constitucional y su principal consecuencia de la reserva de ley sigue siendo hoy indiscutiblemente un pilar fundamental del Estado de Derecho⁷³.

71 BACIGALUPO, E. *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, T. I, cit., p. 334.

72 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, p. 137.

73 ARROYO ZAPATERO, L. *Principio de Legalidad...*, p. 13.



La instauración del «Estado Liberal de Derecho», obedeció a la vigencia de las doctrinas del «contrato social», inspirada en la *ideología liberal* de BECCARIA, bajo los postulados del pacto social y con el principio de la división de poderes; si es que antes, el poder penal residía en el derecho divino, ahora su proclamación se legitima a partir del voto popular, donde son los propios ciudadanos, que de forma libre y consensuada, eligen a sus gobernantes, estos a su vez, se les confiere el poder de penalizar las conductas de mayor dañosidad social. Pero, unido a la doctrina del contrato social y de la división de poderes significa, además, el *nullum crimen* una poderosa garantía política para el ciudadano, expresiva del *imperium* de la ley, de la supremacía del poder legislativo —de la soberanía popular— sobre los otros poderes del Estado, de la legalidad de la actuación administrativa y de la escrupulosa salvaguarda de los derechos y libertades individuales⁷⁴; enrostra la idea de sometimiento de los poderes públicos al espectro que refleja la legalidad y el hecho de que el poder penal no podrá rebasar la esfera de lo *permitido*, solo lo estrictamente necesario, para tutelar los valores fundamentales, —tanto del individuo como de la sociedad—.

Del principio de legalidad emana una garantía penal y criminal, puede desarrollarse en la siguiente triada: «*nullum crimen, nullum poena sine lege praeviae, scripta et stricta*», son estos principios político-criminales materiales que limitan la intervención del Estado; solo a través de él pueden encontrar debida expresión formal⁷⁵.

La *lex scripta* significa la prohibición de aplicar el Derecho consuetudinario, la *lex stricta*, que la ley sea cierta y determinada; en caso se trate de una norma penal en blanco, debe concurrir materialmente una norma extrapenal, que especifique de forma detallada, el ámbito de lo «jurídico-penalmente prohibido».

74 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho Penal - Introducción*. Servicio, publicaciones, Facultad Derecho Universidad Complutense. Madrid, España, 2000, p. 323.

75 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 60.



La certeza de la ley penal importa que la descripción de la conducta típica deba ser clara y concisa, a efectos de que el juzgador no adecue el supuesto de hecho más allá de los alcances normativos del tipo penal; *extralegem*.

El principio de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho penal⁷⁶; a tal efecto, debe privilegiar el uso de terminologías, de simple entendimiento para el ciudadano corriente, evitando el abuso de tecnicismos innecesarios; empero, en determinadas materias específicas de la criminalidad, es inevitable el empleo de términos propios particulares a la materia, como es el caso del «Derecho Penal económico».

Los elementos normativos deben ser necesarios sólo cuando sea necesario a fin de determinar con precisión la conducta típica; cuando se incurre en el abuso de términos vagos, imprecisos, confusos y ambiguos, en la tipificación penal, se puede caer en la aplicación de una «interpretación por analogía», que se encuentra proscrito en nuestro derecho positivo vigente.

El artículo III del Título Preliminar del CP estipula que *“No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”*.

La analogía consiste en la aplicación de una ley a un supuesto no previsto en ella pero de similares características a otro que sí pertenece a su ámbito de aplicación⁷⁷.

76 Cfr. CARBONELL MATEU, J. C. ob. p. 131.

77 CARBONELL MATEU, J. C. p. 132.

La analogía no puede crear delitos (tipos de injusto) ni penas, ni en general disposiciones que aumenten la intervención del Estado⁷⁸. Sin embargo, como se sostiene mayoritariamente en la doctrina, debe distinguirse la analogía de la interpretación extensiva.

En la interpretación extensiva, escribe CEREZO MIR, se aplica una ley a un hecho que no está claramente comprendido en su tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad⁷⁹; esto es, lo que se busca es la *volunta legis*, en cuanto finalidad del legislador de cobijar en el ámbito de protección, determinadas conductas, por poseer aptitud de lesión a un bien jurídico tutelado.

Mientras que por analogía es la aplicación de una ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto⁸⁰; en tal virtud, la «interpretación analógica», será permitida siempre y cuando refleje la voluntad del legislador y cuando sea favorable a los intereses del agente.

Es de verse, que la aplicación analógica sólo es rechazada cuando es desfavorable al imputado (reo), es decir, in «*malam partem*», mas es admitida cuando es favorable a sus intereses, «*in bonam partem*», v. gr., cuando se extiende por analogía circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad⁸¹; sin embargo, esta facultad puede ingresar en franca contradicción con los principios político-criminales propios del Estado de Derecho⁸².

La prohibición de analogía cumple una destacada labor en el ámbito del Derecho penal, garantizando la libertad individual y ejer-

78 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal*, p. 80.

79 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, p. 170.

80 Cfr. BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 35.

81 *Ibidem*; Así también ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho Penal*, cit.. p. 285.

82 Así, CARBONELL MATEU, J. C., p. 133.



ciendo una función limitadora de la violencia estatal de forma significativa, impidiendo de este modo que se desborde el umbral de la legalidad, en tanto la creación de las figuras delictivas es atribución exclusiva del Poder Legislativo, y por otro lado, afirma la libertad cuando permite extender el ámbito de aplicación de los factores que atenúan la responsabilidad penal del autor.

Así pues, aparte de las consecuencias importantes que se derivan de su vigencia en derecho penal, puede afirmarse que la prohibición de analogía cumple una función básica en la lucha contra la posible arbitrariedad de los jueces: de este modo contribuye a la garantía de libertad de los ciudadanos⁸³.

c. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Nadie duda en la doctrina, que el Derecho penal *constituye el brazo más duro del ordenamiento jurídico, en cuanto a la posibilidad de afectar la libertad ciudadana, como reacción jurídica ante un hecho que es reputado como delictivo*; por tales motivos, el derecho punitivo no puede sancionar cualquier conducta, sólo aquella merecedora de pena, *aquella que haya de manifestar una alta dosis de dañosidad social*, para los intereses jurídicos fundamentales.

Dicho lo anterior, el Derecho penal no puede ser visto como una palenque de la *moralidad y de la ética*, de sofocar toda exteriorización de reprobación social, de garantizar ciertos valores, acuñados en sectores de la sociedad; para ello no sirve el Derecho penal, *su misión vital en una sociedad, es de proteger los valores vitales del individuo y la sociedad*.

El Derecho Penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad⁸⁴; de tal manera, que su interven-

83 CASABO RUIZ, J. R. *La Legalidad del Delito...*, p. 64.

84 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., p. 233: Así, BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. p. 45.

ción en la esfera de libertad ciudadana se justifica en cuanto a la tutela de «bienes jurídicos», con arreglo al principio de «ofensividad».

Al Derecho penal le corresponde la misión de proteger de posibles ataques la normal convivencia de los individuos en nuestra actual sociedad configurada por la Ley Fundamental, esto es, de evitar el comportamiento socialmente dañoso⁸⁵.

Tal como lo prescribe el Art. IV del Tít. Preliminar del CP, para que un hecho sea merecedor de pena, debe necesariamente lesionar o poner en peligro, bienes jurídicos tutelados por la norma penal; a menos que el ordenamiento jurídico-penal lo convierta en «permisible», a efecto de salvaguardar un bien jurídico de mayor trascendencia valorativa (Causas de Justificación que eliminan la antijuridicidad penal de la conducta típica).

Para ROXIN, el Derecho penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para una existencia en común que concreta una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos⁸⁶. El bien jurídico se concibe como el límite material de las leyes penales, dicha perspectiva de política criminal garantiza, que solo en su nombre se conminen con pena, los comportamientos que generan la mayor perturbación social.

Desde el momento en que se aprecia el divorcio entre el derecho y la moral, el Derecho penal encuentra su refugio inventor sobre la base de protección de bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos deben permitir la participación del individuo en los procesos sociales y también los procesos económicos⁸⁷. Esto im-

85 RUDOLPHI, H. J. *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, p. 82.

86 SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ; ob. cit., p. 101.

87 Citado por SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R. *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*. Gráfica Horizonte S.A., Lima. 1999, ps. 40 y ss.; ROXIN,



plica que el Estado no puede intervenir penalmente, para defender determinada ideología moral, religiosa, política (salvo cuando atentan contra derechos fundamentales del Estado de derecho, es decir, contra los bienes jurídicos), ni tampoco en la defensa de una pura regulación del orden u organización de determinadas actividades sociales⁸⁸.

Por lo tanto, el bien jurídico debe expresar la lesión de un derecho participativo del individuo en los procesos de interacción social (personalísimo), los derechos difusos de la sociedad, por preservar estándares de vida de calidad (colectivos) y el correcto funcionamiento en la prestación de los servicios públicos (institucionales).

Tal como lo expone SILVA SÁNCHEZ, el principio de protección de bienes jurídicos importa la confluencia de una serie de principios garantísticos. Por un lado, la proporcionalidad: La intervención del Derecho penal no resulta proporcionada si no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas. De ahí que, según esto último el principio de fragmentariedad (protección fragmentaria de los bienes jurídicos) también pueda concebirse como una derivación del principio de proporcionalidad⁸⁹. Si es ya mejor recurrir a otra rama del Derecho sancionador que al penal, siempre que ello no comporte consecuencias más graves que las previstas en el ordenamiento punitivo, hay que afirmar también que es mejor recurrir a cualquier tipo de tutela distinta de la sanción si ello es posible⁹⁰.

C. *Sentido y Límite de la Pena Estatal*. En: Problemas Básicos del Derecho Penal, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 21.

88 BUSTOS RAMÍREZ, J.; p. 45.

89 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal...*, p. 267.

90 Cfr., CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho Penal...*, p. 205.

Son los principios rectores de legitimación del *ius puniendi*, que imponen que su intervención, se derive de una necesidad de tutela «legítima», en cuanto valores superiores de alcance constitucional: y desde una visión funcional, entendidos como una plataforma que condiciona una existencia social pacífica y en un ambiente en libertad ciudadana. Estos principios derivan del principio de (estricta) necesidad, es decir, del fundamento “funcional”, pero obviamente tienen un claro origen en la idea liberal de la mínima intervención indispensable, no ya en la actuación estatal, sino de los medios más graves⁹¹; de reducir la violencia estatal a lo mínimo indispensable. Por ello, como estima STRATENWERTH, debería ser empleada solo en los casos en que fracasen otros medios, especialmente los recursos jurídicos del Derecho civil o administrativo⁹².

De todos modos, un orden democrático de derecho que pretende privilegiar la libertad antes que la coacción estatal, debe realizar todo un proceso de selectividad, de todas aquellas conductas, que merecen y necesitan ser alcanzadas por una pena, por lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos –penalmente tutelados–.

c. 1. Teorías sobre la Naturaleza del Bien Jurídico

- Perspectivas sociológicas y funcionalistas

Entrando a las posiciones sociológicas, debemos destacar el gran aporte de VON LISZT, de pretender dotar de contenido material al bien jurídico –penalmente tutelado–, a diferencia de Binding, el legislador no crea positiva y legislativamente el objeto de protección⁹³, sino que el Derecho penal lo recoge de la realidad social;

91 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, p. 267.

92 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 73.

93 En lo que respecta a Welzel, para aquel la misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción éticos-sociales; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 16; entonces,

pero admitió que dicho interés no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho, lo que equivale, también, a reconocer que se trata de una creación de éste, de un producto del Derecho Positivo⁹⁴. De ahí que construya un doble de valoración, una antijuridicidad formal y una antijuridicidad material, por ello sólo la primera encontraba un sostén dogmático, mientras que la segunda era una definición estrictamente de política criminal⁹⁵.

al tutela de bienes jurídicos “punitivamente”, será necesaria mientras dichos intereses revelen valores ético-sociales, cuya vigencia debe ser afirmada por la norma jurídico-penal. Incluyendo con ello, elementos de valoración ajenos, a un concepto que se diga material del bien jurídico, no podemos confundir ciertos valores ético-sociales con las bases mínimas de coexistencia social; Si la potestad punitiva pretende utilizarse, apunta Quintero Olivares como medio de ordenar las conductas de los ciudadanos más allá de esos mínimos esenciales, sentidos, por lo mismo, por todos los coasociados, irremediabilmente caerá en la arbitrariedad y será antidemocrática pues, a partir de cierto nivel, los criterios éticos ya no son los mismos en todas las opiniones (por ejemplo, no se aprecia de igual modo la necesidad de respetar la vida humana que la “necesidad” de reprimir penalmente las violaciones de sepulturas; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 60; esta orientación en el derecho positivo vigente, podría, que duda cabe, legitimar ámbitos de intervención del derecho punitivo, en la esfera sexual de las personas, a pesar, de revelar comportamientos propios de la libertad humana, como la reforma traída a mas en el artículo 173° del CP, por obra de la Ley N° 28704; A decir, de Alcácer Guirao, dicha tendencia filosófica-política se traducirá, en el ámbito del Derecho penal, en una etización general del mismo, en una fusión, más o menos inmediata, de lo jurídico con lo moral, tanto en la génesis, como en los fines, así como —consecuencia de dicha etización— en una subjetivación del contenido de lo delictivo; ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?, cit., p. 56; Con tal proceder, expone Silva Sánchez, se justifica la ingerencia del Derecho penal en la esfera interna (en la estructura de valores) del individuo, tratando de sustituir el orden de valores preexistente en ella por uno conforme a los valores que se plasman en el Ordenamiento jurídico; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 302; En resumen, como explica Polaino Navarrete, ha de desestimarse la noción absoluta de bien jurídico como mínimo ético, no sólo por la imprecisión, amplitud y ambigüedad de que la misma adolece, sino además porque no cabe desconocer que los objeto de tutela de determinadas descripciones típicas nada tienen que ver con tal límite interno de la conducta personal, ya que el propio Ordenamiento jurídico tiene que operar con criterios valorativos propios; *Derecho Penal. Modernas bases Dogmáticas*, cit., p. 237.

94 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 370.

95 Así, ALCÁCER GUIRAO, R. ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?, cit., p. 29.



En otras palabras dicho, la ruptura de la ciencia del Derecho penal, desde su consideración sistemática con los cometidos que ha de seguirse para prevenir y combatir la delincuencia.

De todos modos vale destacar, pretendió dotar al bien jurídico de un contenido “social”, lo cual parte de una premisa en si correcta. En este marco VON LISZT aspiraba a construir un sistema penal y un razonamiento dogmático cuyo contenido estuviera determinado, por la realidad social, que le servía de base y para ello propugnaba dos caminos claves: el bien jurídico y las causas de justificación⁹⁶.

En la Política criminal, escribe ROXIN, incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión del Derecho penal; mientras que al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviatán”, del Estado⁹⁷. Con ello el divorcio de los principios liberales que han de llenar de contenido los planos dogmáticos de la teoría del delito con las tareas sociales del Estado. Como expone de forma correcta SERRANO-PIEDecasas, el concepto de bien jurídico tiene que ir necesariamente a la realidad social⁹⁸, en el sentido de englobar conductas que por su revelante “dañosidad social”, deben ser criminalizadas, pero con ello, no nos propone criterios exactos de definición, que pueden arribar a esferas de intervención punitiva que no se condigan con los principios de ultima ratio y de mínima intervención. VON LISZT, señala MIR PUIG, no dotó de concreto contenido al concepto de “interés de la vida” —o “condición de la vida” o “interés jurídicamente protegido”—, de modo que quedó sin una precisa

96 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 49.

97 ROXIN, C. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 32.

98 SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 41.



respuesta la pregunta de qué intereses merecen ser protegidos o, al menos, que criterio debe decidir la necesidad de su protección⁹⁹.

Aparecen, luego, las posturas sociológico-funcionalistas, cuyo principal aporte, es el reemplazo de la “dañosidad”, por el concepto de bien jurídico; (...) aprecian la necesidad de entender los bienes jurídicos en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación de un orden social¹⁰⁰. De hecho, habrá que señalar que la generalidad de estas teorías no parten del individuo *per se*, sino desde las necesidades del sistema social, en cuanto engranaje que hay que tutelar en aras de la funcionalidad del sistema. A juicio de este autor, escribe SERRANO-PIEDecasas, la experiencia habría demostrado la inoperancia limitadora del concepto de bien jurídico, motivo por el cual este último debería ser sustituido por el dogma de la “dañosidad social”. Así las cosas, tan sólo el comportamiento que fuera disfuncional a la colectividad, todo aquel fenómeno social que impida o dificulte que el sistema social de la comunidad solucione los problemas relativos a su subsistencia sería susceptible de ser prohibido coactivamente mediante la amenaza de la pena¹⁰¹. Mediando la inclusión del concepto de lo “funcional”, se cae en el eminente peligro, de que las necesidades “funcionales” del sistema puedan prevalecer ante los derechos y libertades fundamentales de los individuos, legitimando esferas de intervención que van más allá de lo realmente y necesario para su real preservación, si hemos de considerar que dicha “funcionalidad”, ha de dirigirse desde una visión “personalista” y no “transpersonalista”. Los peligros que ello conlleva son conocidos, opina ALCÁcer GUIRAO, funcionalización de garantías individuales en aras de todo social y, lo que no es más que una consecuencia de los anterior, subjetivación y anticipación de los

99 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., ps. 113-114.

100 OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de Cohecho*, cit., p. 49.

101 SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 43.



márgenes de lo punible, ya que los valores morales se 'lesionarán' ya con actitudes morales¹⁰².

Si hemos sostenido, que la función del contenido material del concepto de bien jurídico, ha de actuar como límite al *ius puniendi*, dicho principio no puede ser reemplazado por otro¹⁰³, que en definitiva no ofrece criterios delimitadores de la violencia penal, pues al revés las necesidades funcionales, cuando por ejemplo, se advierta una amenaza del orden público, legitimarán mayores criminalizaciones, anticipaciones significativas del aparato punitivo del Estado, propiciando que los bienes jurídicos fundamentales queden vacíos en su contenido esencial, lo cual es incompatible con el orden de valores que ha de seguir la política criminal en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho. Como ha destacado ROXIN, si se convierten en norte de la legislación penal las condiciones de existencia del sistema social, se abandona palmariamente el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo¹⁰⁴. Con todo, una posición así concebida cae en inevitables campos de deslegitimación, pues la mayor seguridad pública que habría de alcanzar el uso indiscriminado del *ius puniendi* estatal, habría de desencadenar paradójicamente, en la inseguridad del ciudadano, de que su libertad individual se vea continuamente afectada cuando se haya de proteger los fines sistémicos del Estado.

Con seguridad, seguir esta propuesta teórica a toda consecuencia, importa abrir amplios márgenes de discrecionalidad por

102 ALCÁZER GUIRAO, R. ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?, cit., p. 130; Así, SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 269; aunque para Mir Puig, a la hora de concretar el contenido de tal protección, la función social del derecho, como condición de la vida social de los individuos, lleva a referirla no a valores morales, no susceptibles de imposición coactiva, sino a la subsistencia de los sistemas sociales; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 119.

103 Así, MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 121.

104 Citado por SERRANO-PIEDRECADAS, J. R. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 42.

parte del legislador, al momento de definir la conducta incriminada, en el sentido de que el norte de la política normativa del Derecho penal, puede ser utilizada con fines estrictamente políticos, que tienden a la represión, y a la arbitrariedad del aparato público¹⁰⁵, de tendencias anti-democráticas, propios de algunos regímenes Latinoamericanos supuestamente “democráticos”. Es por ello, que la política penal del Estado, debe tener límites estrictamente marcados y, éstos son los principios rectores del Derecho penal en un orden democrático de derecho, como son: de exclusiva protección de bienes jurídicos, de ultima ratio, de subsidiariedad, de culpabilidad y de proporcionalidad, principalmente, cuyas raíces liberales se relacionan directamente con el individuo; el bien jurídico, por tanto, en cuanto a su contenido material debe construirse con referencia a la persona humana¹⁰⁶, desde una perspectiva personal y social.

En cuanto a la crítica de las posiciones “funcionalistas”, CARBONELL MATEU, señala que las teorías sistémicas aplicadas al Derecho penal, o bien tan sólo suponen una trasmutación terminológica —lo que sucede cuando se parte de un sistema democrático y se dan por supuestos los principios que de él emanan—, o son explicaciones profundamente reaccionarias, en la medida en que no se permiten el cuestionamiento de los valores ni, por supuesto, del sistema mismo¹⁰⁷.

No negamos de *prima facie*, un concepto “funcional” del bien jurídico, pero su contenido debe estar ligado a las necesidades del individuo, conforme a su propia autorrealización personal y a posibilitar que éste pueda participar en las actividades que el Estado

105 Así, OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de Cohecho*, cit., p. 50.

106 Así, SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 270; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 52.

107 CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 35.



esta obligados a cautelar¹⁰⁸; (...) determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad¹⁰⁹. Mediante esta fórmula legitimamos la intervención del Derecho penal no sólo en la circularidad atomista del individuo (bienes jurídicos personales), sino también aquellos que se refieren a su vida social, nos referimos a los bienes jurídicos supraindividuales. Una concepción político-criminal, dotada de intención limitadora, del bien jurídico tiene que arrancar del principio que sólo puede considerarse “bien jurídico”, como objeto merecedor de protección jurídico-penal, aquello que sea necesario para la subsistencia, en ciertas condiciones, de la sociedad¹¹⁰.

- ***La teoría Constitucionalista del bien jurídico***

La Ley Fundamental en un Estado Republicano, simboliza todo un rosario de intereses de la sociedad, en cuanto al reconocimiento de las libertades fundamentales y de los derechos subjetivos que requieren de amparo constitucional, por otro lado define el modelo jurídico-estatal, conforme al principio de separación de poderes, configurando la Institucionalidad democrática del Perú. En efecto, el legislador en la Carta Política, ha consagrado los valores más importantes de la persona humana, adquiriendo la categoría de “derechos fundamentales”, donde la persona humana y el respeto por su dignidad, constituyen los valores supremos del Estado y de la sociedad, tal como desprende del artículo 1° de la CPE; mientras que en el artículo 2° se han glosado los derechos fundamentales, desde una consideración eminentemente “personalista”.

108 Ver en referencia, OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de Cohecho*, cit., p. 51.

109 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 271.

110 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 116; Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Reflexiones sobre al problemática del bien jurídico*, cit., p. 51.



La relación de la Ley Fundamental con el Derecho penal es en realidad muy estrecha, pues la CPE, contiene en su texto normativo, los principios fundamentales que ha de guiar el diseño de la política criminal del Estado, sólo en cuanto parámetro de guía. El desarrollo real de la política criminal, ha de plasmarse en la sanción de codificaciones sobre la materia, que deben ser congruentes y compatibles con los valores que tutela la Constitución, sancionados de conformidad con el principio de reserva de Ley. ¿Debe el legislador ceñirse estrictamente a los valores fundamentales de la persona humana, en la construcción de los bienes jurídicos de relevancia penal?

Partidarios de esta posición, son BERDUGO en España y BRICOLA en Italia; para el primero de los mencionados a la hora de determinar cuáles son los intereses importantes para el mantenimiento de un sistema social deben tomarse como referencia el texto de la Constitución en la línea apuntada por BRICOLA¹¹¹. Según BRICOLA, el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión significativa de valor constitucionalmente relevante, entendiendo por relevancia constitucional de un bien “la asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Carta Constitucional”¹¹². La coherencia constitucional exigiría, desde tal punto de vista, que la limitación de la libertad mediante el derecho penal sólo se justificara por la protección de otros valores de relevancia constitucional¹¹³.

En definitiva, la Constitución se erige como la fuente fundamental de todo el ordenamiento jurídico, en cuanto a la concreción de la política jurídica que debe ser congruente con los valores que se recogen en el texto ius-fundamental y, en el caso del Derecho

111 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 54.

112 Citado por GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 371.

113 GARCÍA ARÁN, M. *Constitución y Derecho Penal, veinte años después*, cit., p. 288.



penal, debe existir una estrecha relación, a fin de fijar la materia de incriminación. La vida, el cuerpo, la salud, la libertad, el honor, la libertad de expresión, resultan de una expresión de primer orden, referidos a los derechos subjetivos que le son inherentes a la persona humana, adquiriendo tutela Penal, desde una perspectiva garantizadora del individuo. Son bienes jurídicos que provienen del reconocimiento de los derechos civiles y políticos, cuyo reconocimiento normativo de orden constitucional es producto de la filosofía liberal del Estado de Derecho¹¹⁴. Como pone de relieve CARBONELL MATEU, su entender, sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de tutela penal¹¹⁵. La exigencia de una consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes penalmente protegibles (...) parece, pues, plenamente justificada, en la medida que pone en relieve que una intervención tan intensa sobre el individuo como la pena sólo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución¹¹⁶.

Bienes jurídicos que no sólo han de mirarse desde una consideración estrictamente personalista, en lo que respecta al ser humano como portador de derechos, sino también incidiendo en una perspectiva social, de aquellos intereses jurídicos que hacen posible que el individuo pueda integrarse con sus congéneres, aquellos que pertenecen a todos los ciudadanos, pues permiten una adecuada

114 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 52.

115 CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., ps. 215-216; ZUGALDIA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 48.

116 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 274. En la concepción que propone Vives Antón, el bien jurídico concreto se conforma, no sólo a partir de los tipos penales, sino también de la Constitución y, específicamente, del contenido de los derechos fundamentales, desde los que se decide hasta que punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima; *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico:...*, cit., p. 46.



convivencia social, nos referimos a los bienes jurídicos supraindividuales (el medio ambiente¹¹⁷).

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto debe precisarse lo siguiente: si lo que tutela el Derecho penal, son bienes jurídicos esenciales para el individuo y la comunidad, dicha protección debe ser realmente necesaria, cuando se revelan una conducta especialmente desvalorada (injusto penal), pues no olvidemos, que la actuación punitiva supone la afectación de un bien jurídico fundamental del individuo, esto es, la libertad personal. Posición que se corresponde con los principios de subsidiariedad y de ultima ratio, por tanto, como hemos subrayado –hasta el cansancio–, el contenido material bien jurídico debe constituirse en límite, en freno del poder punitivo, precisamente para tutelar esa libertad. Por tanto, si bien la Ley Fundamental consagra los valores fundamentales, no por ello, todos los que se encuentran glosados en sus preceptos normativos, por si, merecen tutela penal. Un ejemplo claro, el principio de igualdad constitucional es un criterio rector en un orden democrático de derecho, que permite el trato igualitario hacia todos los ciudadanos por parte de la Ley y, las instituciones públicas. Empero, a partir de dicho concepto no se puede convalidar la incriminación de conductas, que si bien pueden atentar contra dicho principio, no manifiestan el contenido de injusto penal cualificado, que se exige para la penalización de un comportamiento socialmente negativo, como ha sucedido en el caso del derecho positivo vigente, con la inclusión del tipo penal de discriminación, que se encuentra contemplado en

117 La legitimidad de la intervención punitiva del medio ambientes es indiscutible, cuando se parte de una posición personalista, la ubicación del individuo con respecto al sistema ecológico, de poder desarrollarse en un ambiente adecuadamente equilibrado, mediando la preservación de la áreas verdes y forestales; (...) no se trata ya únicamente del aseguramiento de la calidad de vida, sino que más bien esta en juego entretanto la existencia biológica del ser humano y su medio ambiente, proclama ESER. *La Evolución del derecho penal alemán en las últimas décadas del siglo XX*. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos - In memoriam, Vol. I, cit., p. 268.



el artículo 323° del CP, incorporado por la Ley N° 27270 del 29 de mayo del 2000¹¹⁸, de este modo pondríamos en grave riesgo la tutela de las libertades fundamentales; (...) la tensión implícita en la intervención punitiva puede resumirse en la necesidad de limitar la libertad –para proteger junto a los valores restantes–, esa misma libertad¹¹⁹.

No negamos de ningún modo con ello, la estrecha relación que debe existir entre el Derecho penal y la Constitución Política, en el marco de la teoría del bien jurídico protegido, mas no es suficiente para determinar la legitimidad de la intervención punitiva; como apunta ZUGALDIA ESPINAR, no ofrece las garantías de seguridad necesarias como para erigirse en un instrumento exclusivo para la selección y jerarquización de los valores que el Derecho Penal esta llamado a proteger, su valor orientativo respecto de ambas cuestiones para estar fuera de discusión¹²⁰. Parte de una premisa correcta, pero necesita de una mayor concreción limitadora, para construir un criterio material que sirva de guía al legislador en la política criminal, en sujeción a los principios de un Derecho penal democrático¹²¹. Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, al sostener que no es correcto confundir los derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, con los bienes jurídicos: porque, mientras aquellos encuentran su tutela en la Constitución, sólo algunos de ellos –y exclusivamente respecto a cierta clase de ataques– se convierten en bienes jurídicos y alcanzan protección penal¹²².

118 Luego modificado por la Ley N° 28867 del 09 de agosto del 2006. Ver más al respecto, mi obra: *Derecho Penal. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual*. Ideas Soluciones SAC, 2014, Lima.

119 GARCÍA ARÁN, M. *Constitución y Derecho Penal, veinte años después*. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos - In memoriam, Vol. I, cit., p. 287.

120 ZUGALDIA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 48.

121 Así, OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de Cohecho*, cit., p. 55.

122 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho Penal - Introducción*, cit., p. 371.

En palabras de GÓMEZ LÓPEZ, la tarea estatal y legislativa en procura de determinar un sistema de derecho punitivo, implica necesariamente un desarrollo ajustado de la preceptiva constitucional la cual necesariamente tiene un poder configurador, que implica el reconocimiento y aplicación de unos principios de democracia, pluralismo, humanismo, rehabilitación y sentido social, justifica material y preservación de los derechos humanos¹²³

Sentada la consagración constitucional, señala SILVA SÁNCHEZ, es preciso, pues, proseguir en la labor de concreción de las características de los objetos penalmente protegibles, para lo cual será preciso tener presentes los principios político-criminales que han de inspirar de modo general el ejercicio del *ius puniendi* del Estado¹²⁴.

Al margen de lo que se vaya decir, más adelante, considero que el bien jurídico debe gozar de todos modos un respaldo constitucional¹²⁵, sea directo y/o indirecto, lo cual resulta correcto como premisa fundamentadora, pero la ulterior concreción debe determinarse conforme a criterios de necesidad y de merecimiento de pena, pues no basta que el interés jurídico tenga reconocimiento "constitucional"¹²⁶, sino que debe agregarse algo más: debe tratar de un injusto penal cualificado, una lesividad social lo suficientemente significativa (desvalor de la acción y desvalor del resultado), para que se requiera la intervención del derecho punitivo, de este modo limitados su ejercicio y, no ponemos en riesgo las libertades fundamentales.

Por otro lado, al momento de sistematizar el contenido del bien jurídico, no podemos construir un sola definición de cada uno

123 GÓMEZ LÓPEZ, J. O. *Fundamento antropológico y político de la teoría del delito*, cit., p. 127.

124 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 275.

125 Así, QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 66; GARCÍA ARÁN, M. *Constitución y Derecho Penal, veinte años después*, cit., ps. 288-289.

126 Así, CARBONELL MATEU, J.C. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 217.



de ellos, pues aquello no resulta posible, en tanto cada interés puede revelar una cierta determinación y contenido material, que no sea de similar identidad. Hoy en día, la política criminal del tercer milenio, trae a colación bienes jurídicos “difusos”, que por su acusada abstracción, hace difícil la identificación de la materia de protección, pero que por su vinculación con bienes jurídicos personales, conlleva su legitimación. Los bienes jurídicos son tan diversos que no pueden constituir un género integrado por realidades que tienen un género en común: a lo sumo, cabrá hablar de “una familia” cuyos diferentes integrantes están enlazados, no por algo que tengan en común, sino por una suerte de parentesco¹²⁷. Como este mismo autor, plantea lo único común de los bienes jurídicos, es su contrariedad al Derecho¹²⁸, es decir, su “antinormatividad”.

Con todo lo dicho, cabe afirmar lo siguiente: la Ley Fundamental constituye un fuente esencial, de imprescindible remisión para el legislador al momento de concretizar su labor penalizadora y despenalizadora, de acuerdo a los cometidos político criminales, pues ésta comprende en su seno, los valores primordiales de toda sociedad democrática de derecho; sin embargo, la remisión constitucional no puede ser suficiente, pues es de verse que la intervención del Derecho penal tiene ciertos límites y, entre éstos de vital importancia una dañosidad social “significativa”, que da cabida al principio de ofensividad. Dicho en otras palabras: *la necesidad y el merecimiento de pena ha de colegirse con un comportamiento que en realidad revele una aptitud de lesión y/o aptitud de afectación de un bien jurídico de trascendencia social, de que se constituya en un injusto penal cualificado; de todos modos debe subrayarse que no es necesario que el bien jurídico se encuentre contemplado en un*

127 VIVES ANTÓN, T. S. *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico:..., cit.*, p. 44.

128 VIVES ANTÓN, T. S. *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico:..., cit.*, p. 47.



precepto constitucional, bastando para ello su vinculación directa con un interés jurídico que si goza de tutela constitucional. Los delitos informáticos¹²⁹ así como el tráfico ilícito de personas¹³⁰ son un claro ejemplo de lo dicho, el primero relacionado con el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, mientras que el segundo, con la integridad y dignidad humana. Se trata, entonces, de una naturaleza funcional del bien jurídico, donde la necesidad de tutela tiene que ver con la procura de la autorrealización personal así como con la visión social del bien jurídico, de posibilitar que el individuo pueda interrelacionarse con sus pares, de participar en las actividades socio-económico-culturales que debe promocionar un Estado Social y Democrático de Derecho, de ahí la legitimidad de la construcción de los bienes jurídicos «supraindividuales», mediando la técnica de los delitos de peligro abstracto.

Bienes jurídicos, anota MIR PUIG, son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales¹³¹; empero, para que la definición de la conducta típica no desborde el umbral de legitimidad, dicho funcionamiento no se puede fijar desde una preponderancia sistémica-funcional, reduciendo el ejercicio individual de los derechos fundamentales a un hacer organicista¹³², sino todo lo contrario, desde una visión personalista¹³³, de esta forma cautelamos que el derecho

129 Tipificado en el Capítulo X del Título V del CP, artículos 207-A, 207-B y 207-C, incorporado por la Ley N° 27309 del 17 de julio del 2000; derogados por la Ley N° 30096.

130 Contenido en el artículo 303-A del CP, incorporado por la Ley N° 27202 del 15 de noviembre de 1999.

131 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 123.

132 HÄBERLE, P. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 39.

133 Así, HÄBERLE, cuando sostiene que una concepción “funcional” de los derechos fundamentales no puede desarrollarse en menoscabo de su significado de tutela del individuo. Los derechos fundamentales no están garantizados sólo para alcanzar un “resultado global” (Gesamterfolg), sino que también están garantizados en determinados sectores de la vida para permitir el pleno desarrollo de la personalidad individual; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 39.



punitivo no se convierte en un arma de opresión de las libertades fundamentales, propiciando descargas penales desproporcionadas, superponiendo los fines políticos del Estado, sobre los estrictamente personales. Mediando dicho trazado de concreción material, permitimos y aseguramos a la vez, que el bien jurídico no pierda su función “limitadora” y, a su vez la tutela por parte del *ius puniendi* de las libertades fundamentales del individuo. Si se reconoce, parafraseando a Häberle, que el Derecho penal realiza y tutela el ejercicio de los derechos fundamentales en sus propias finalidades intrínsecas, entonces ello va en beneficio de su legitimidad¹³⁴.

- ***Desde la perspectiva de los derechos fundamentales***

La historia nos revela que la transformación político-cultural-ideológica-filosófica de las bases programáticas y fundacionales de un Estado Liberal de Derecho a un Estado Social y Democrático de Derecho, ha significado dotar de raigambre constitucional a los valores esenciales del ser humano, normas de *ius cogens* que requieren ser positivizadas, que ameritan una tutela intensa por parte de la política jurídica, pues constituyen la plataforma de desarrollo del ser humano, cuya negación importa un ataque de alto desvalor social y jurídico, propiciando una reprobación socio-jurídica que se plasma en la política criminal del Estado. No sólo hablamos de una tutela por parte de los Estados nacionales, sino que el compromiso de hoy en día, es una integración jurídica de las Comunidades democráticas, a fin de proteger eficaz y debidamente a los derechos fundamentales, aspiración universal que toma lugar a través de la sanción de Convenios y Tratados Internacionales, de reconocimiento, vigencia de dichos derechos y, como instrumentos de Derecho penal internacional y de Derecho internacional pública, que refuerzan de forma significativa la persecución y sanción de los crímenes

134 HÄBERLE, P. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 45.



que atenten contra los derechos fundamentales, abriendo las fronteras para una persecución internacional así, como el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

La cultura de los derechos humanos nace como consecuencia de la evolución epistemológica del «ius-naturalismo», cuando se reconoce que los derechos subjetivos del hombre, en cuanto a su dignidad y personalidad, merecen una protección especial para el Estado y, que precisamente dicha tutela, no puede suponer la negación del contenido esencial de dichos derechos, siendo dichos derechos inalienables, imprescriptibles e irrenunciables. Podemos decir que los hombres desde un estado de naturaleza, previo a la noción del contrato social, llevan consigo ciertos derechos naturales, que luego son recogidos positivamente, cuando se transforman en derechos regulados por las convenciones. Llevados los hombres a la creación de un estado civil sobre la base de un contrato, estos derechos naturales de carácter subjetivo (frente a las visiones medievales objetivistas del Derecho natural) pasan, en mayor o menor grado, a conformarse como derechos positivamente reconocidos y regulados¹³⁵.

En sus antecedentes, el ius naturalismo, se basa esencialmente en aquella visión ideológica, de que los derechos del hombre deben partir de una ley divina y suprema, pues éste es un derecho que es anterior a las leyes del hombre, por tanto, éstas últimas no pueden resultar incompatibles con la primera de ellas. El iusnaturalismo es dualista, es decir, está pensando en la existencia de dos sistemas jurídicos, pero que no se encuentran en un rango similar, puesto que el Derecho natural es superior al Derecho positivo¹³⁶. Pero, por otro lado, debemos reconocer que el resurgimiento del ius-naturalismo en oposición al positivismo jurídico, ha permitido el desarrollo doctrinal de una Teoría de la Justicia, que ha de incidir en

135 SAUCA, J. M. y otros. *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 276.

136 FERNÁNDEZ, E. y otros. *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 297.



el plano axiológico y teleológico de las normas jurídicas, de que éstas no contradigan el contenido esencial de los derechos subjetivos. Dicho en otros términos: que el Derecho en su conjunto ha de servir al ser humano y, no a la inversa, como puede deducirse desde las teorías normativistas, que en el campo del Derecho penal provocan consecuencias nocivas para la ontología humana.

Ahora bien, debemos proyectar una definición de derechos humanos, que pueda servirnos para el enfoque que pretendemos trazar en el presente análisis. PÉREZ TREMPs, anota que la expresión “derechos fundamentales” sirve para poner de manifiesto la naturaleza especial que dichos derechos poseen: su consideración como elemento básico y preeminente del ordenamiento, frente a la naturaleza “ordinaria” que los demás derechos subjetivos poseen¹³⁷. En efecto, no todos los derechos subjetivos, tienen *per se* el rango de derechos fundamentales, sino únicamente aquellos relacionados con el individuo, en cuanto a su naturaleza inherente a dicha condición ontológica.

Parece que el concepto de Derechos humanos (Derechos fundamentales), tiene que ver necesariamente con la protección universal que dichos bienes jurídicos han adquirido en los Tratados y Convenios Internacionales, que por constituir su vulneración, una ofensa grave a los sentimientos de la Comunidad Internacional, poseen el rango de normas de *ius cogens*. En el marco de la codificación penal, han merecido una tipificación especial, glosados bajo la nomenclatura de delitos de “lesa humanidad”, tal como se desprende del Título XIV-A del CP¹³⁸, que comprende los delitos de genocidio, desaparición forzada de personas y tortura.

Los derechos fundamentales, escribe HÄBERLE son la expresión de un ordenamiento libre y realizado, y al mismo tiempo son el presupuesto para que este ordenamiento se reconstituya continua-

137 PÉREZ TREMPs, P. y otros. *Derecho Constitucional*. Vol. I, cit., p. 128.

138 Incorporado por el artículo 1° de la Ley N° 26926 del 21 de febrero de 1998.



mente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos¹³⁹. Dicho así, el contenido esencial de los derechos fundamentales han de inspirar toda la actuación pública, determinando de forma decidida las relaciones Estado-ciudadano, imponiendo una esfera negativa, de que el contenido material de los mismos no pueda ser lesionado, a fin de lograr otros objetivos, de esta manera colocamos una barrera de interdicción a la arbitrariedad estatal y, por otro, reconocemos positivamente a los individuos, mecanismos de reivindicación y de tutela de dichos derechos, mediante las acciones constitucionales de garantía que han de erigirse desde una faz positiva. La realización y la garantía de esos principios y derechos fundamentales se convierte entonces en fin esencial y razón de ser del Estado, es decir que ellos se erigen como los supremos valores de la sociedad: el Estado, los organismos del poder público, la ley, el derecho punitivo, todo se concibe desde el marco superior, como medios o instrumentos para la salvaguarda y realización de los fines esenciales del Estado (el respeto y garantía de los principios y derechos fundamentales del ser humano)¹⁴⁰.

c. 2. Principio de Culpabilidad

Conforme el llamado principio de «Culpabilidad», se exige que la conducta antijurídico del autor y/o partícipe, concurren como elementos del tipo subjetivo: «dolo» o «culpa», y que el hecho pueda ser objetivamente imputable al mismo.

Comporta una garantía fundamental que impide que se sancione al autor por resultados imprevisibles o por obra del destino (*causalidad o el azar*), importa en realidad la vinculación personal del autor con el injusto penal; lo preceptuado se colige con la pro-

139 HÄBERLE, P. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., ps. 29-30.

140 GÓMEZ LÓPEZ, J. O. *Fundamento antropológico y político de la teoría del delito*, cit., p. 155.



hibición consagrada en el art. VII del Título. Preliminar del CP, que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva; por lo tanto, el resultado lesivo producido o el *riesgo no permitido generado*, debe haber sido abarcado por la esfera subjetiva del agente.

Lamentablemente, el legislador ha seguido apelando a la errónea técnica legislativa (delito de lesiones, violación, robo agravado, etc.), en cuanto a la denominada figura «preterintencional», emparentados, con los delitos de responsabilidad objetiva por el resultado. Construcción teórica-conceptual, que data del derecho canónico como vestigio del *versari in re illicita*.

La doctrina dominante soluciona estos casos bajo la modalidad del Concurso Ideal de Delitos, un delito inicial doloso y un delito culposo que se concretiza en el resultado lesivo; la mixtura de los dos componentes de la *esfera subjetiva del injusto*, supone una *realidad ontológica equivocada*; por ende, de la moderna teoría jurídica del delito, se extrae que solo puede concurrir en la tipicidad subjetiva: dolo y culpa, no se acepta pues, una tercera opción, sea la responsabilidad objetiva o el resultado fortuito.

El principio de culpabilidad, importa un principio político-criminal de primera línea, en cuanto determina normativamente las exigencias y/o presupuestos que deben concurrir para que se le pueda imponer legítimamente una pena a la persona del autor o partícipe; comprende una serie de elementos que se adscriben en un Derecho penal democrático, que sólo puede punir aquellos comportamientos lesivos que provengan de una libertad de actuar (*autodeterminación personal*), de una conducta configurada a sentido o una conducta que importe la infracción de una norma de cuidado.

Desde la perspectiva político-constitucional el principio de culpabilidad tiene la significación indicada de los principios conexos de necesidad, eficacia y proporcionalidad, y muy especialmente en



una plasmación del principio de *igualdad*, que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inculpables o semiculpables¹⁴¹.

Estas exigencias, como apunta HORMAZABAL MALARÉE, se concretan en la necesidad de una vinculación personal (dolo o culpa), del sujeto con el hecho), de una responsabilidad determinada sólo por el injusto cometido con prescindencia de consideraciones sobre la personalidad, los hábitos o forma de vida del autor y también en la idea de proporcionalidad en tanto que es fundamento de pena y requisito para su medición¹⁴².

El principio de culpabilidad es entendido como la vinculación subjetiva que liga al autor con la acción u omisión, que se exterioriza en un estado de lesión o en la manifestación de un *riesgo jurídicamente desaprobado*; imputación subjetiva que contiene una específica connotación anímica del autor, referida a su estado cognitivo en relación con la conducta cometida; y, por otro lado, la necesidad de que la sanción se fundamente sólo en el hecho desvalorado, cuyos efectos perjudiciales producen una transformación social. Situación que para ser penada, debe adecuarse a la esfera normativa y atribuible a un hombre con libertad de actuar y susceptible de responder racionalmente al mandato legislativo.

Nuestro CP consagra normativamente un Derecho penal del acto y una Culpabilidad del acto, materializada en la prescripción contenida en el artículo 11° del CP, al establecer que solo son delitos y faltas aquellas acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, de conformidad con el mandato estricto del principio de legalidad; con arreglo al artículo VII del Título Preliminar antes glossado.

141 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 86.

142 HORMAZABAL MALARÉE, H. *El Código Penal Peruano y el Principio de Culpabilidad*. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, Número 11-12. Director: José Urquiza Olaechea, Idemsa, Lima, 2002, p. 19.



De esta forma, con la interpretación conjunta y armónica de ambos preceptos podría señalarse que en el Derecho penal peruano no hay responsabilidad penal sin que exista una vinculación personal del sujeto con el hecho y que las únicas formas de vinculación personal que admite el Código para exigir responsabilidad penal son dolo o culpa¹⁴³.

El dolo y la culpa como elementos subjetivos del injusto son las dos únicas variantes que puede asumir esta caracterización espiritual de la persona, como ligamen que sostiene la imputación subjetiva, proscribiendo la posibilidad de que se puedan penalizar, aquellos resultados no conocidos por el autor, aquellos que se remontan a estadios previos a la lesión concreta del bien jurídico, aquellos producto del azar, de la casualidad, o de acto fortuito o imprevisible¹⁴⁴.

En todo caso, es necesario que se produzca o la vulneración voluntaria de la norma con infracción del deber de abstención (conducta dolosa), o la infracción del deber de cuidado necesario para evitar la producción del resultado como consecuencia de la realización de una conducta peligrosa (imprudencias)¹⁴⁵.

El principio de responsabilidad subjetiva, como la denomina ZUGALDÍA ESPINAR, no sólo rige cuando se produce un resultado fortuito como consecuencia del ejercicio de una actividad lícita (v. gr. conducir un automóvil): antes por el contrario, rige también en los supuestos en los que el resultado fortuito lesivo para el bien jurídico se produce en el transcurso del ejercicio de otra actividad ilícita —por la que sí debe responder el autor—¹⁴⁶.

143 HORMAZABAL MALARÉE, H. *El Código Penal Peruano y el Principio de Culpabilidad*, p. 20.

144 Así, LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 87.

145 CARBONELL MATEU, J. C., p. 218.

146 ZUGALDIA ESPINAR, J. M., p. 251.

El principio de Culpabilidad comporta una garantía de relevante dimensión, incompatible con una responsabilidad objetiva o cualificada por el resultado, de cualquier imputación *jurídico-penal sostenida sobre eventos ajenos a la dominabilidad y contrabilidad humana*.

Es de verse así, que cada una de las eximentes de la responsabilidad penal regulada en el artículo 20° del Código penal, obedece a una estructura y naturaleza jurídica distinta; ello llevado al plano del análisis de la “culpabilidad” (en sentido estricto) de la imputabilidad como presupuesto esencial y fundante del reproche personal que recae sobre el agente delictivo. Así, analizar si la imposibilidad de conducirse consecutivamente conforme a la comprensión del sentido de la norma, obedece a factores exógenos o internos (estructurales) del autor. Así, como bien lo señala la Corte Suprema en la Casación N° 460-2019-Huánuco, una cosa es la “grave alteración de la percepción” que tiene una base psicosomática (requiere de un diagnóstico médico) y que es de naturaleza permanente en el plano del psiquismo del agente; otra muy distinta, es la “grave alteración de la consciencia”, que es producto de factores exógenos (consumo de alcohol y/o sustancias psicotrópicas) que alteran de manera temporal las facultades físicas del agente (ebriedad media y absoluta), cuya incidencia en la persona del agente, en cuanto a la imposibilidad de comportarse conforme a Derecho, como bien se dice en la ejecutoria –en cuestión– dependerá de una serie de factores fisiológicos y del grado de alcohol consumido –al momento de la comisión del delito–, así corroborado con otros medios de prueba es que determinará su eficacia eximente de responsabilidad penal. Así, añadimos a dicha línea argumental, si es que este se colocó consciente o inconscientemente en dicha situación de inimputabilidad (“*actio libera in causa*”), lo que a nuestro entender implica la improcedencia de dicha situación psicofísica para determinar la no atribución de responsabilidad penal del agente así como para disminuir el nivel de reproche “culpable”.

Ahora bien, escribe HORMAZÁBAL, la exigencia de dolo o culpa que vincula a un hecho no sólo se requiere para la imposición de una pena, sino también para la de la medida de seguridad, como se desprende del artículo 72° del Código penal peruano¹⁴⁷.

Conforme lo anotado, tal como fluye de dicho precepto, la medida de seguridad presupone la comisión de un hecho penalmente antijurídico, que sea atribuido al autor, tanto subjetiva como objetivamente, así como un pronóstico a futuro, de «peligrosidad delictiva». A partir de este último elemento, se quiebra la armonía que debe irradiar todo el sistema de punición, al agregarse un elemento extraño a la culpabilidad del autor, propio de un «Derecho penal de autor».

De la exigencia político-criminal, también se deriva la exigencia de que el autor conozca en su integridad –al momento de su acción u omisión–, todos los elementos (descriptivos y normativos) compaginados normativamente en el tipo penal en cuestión, pues, cuando yerra sobre uno de ellos, se configura un Error de tipo (art. 14° del CP), el cual puede ser invencible o vencible, el primero excluye la responsabilidad penal por dolo y por culpa, mientras que el segundo, reprime al autor a título de un injusto imprudente.

c. 3. Principio de Responsabilidad Penal

Consideramos apropiada esta terminología a fin de no confundir este principio con el Principio de «Culpabilidad», en la medida, que evoca un examen más acorde con una imputación individual –sin desmedro de hacer referencia al término culpabilidad–, juicio de reproche que recae sobre el *sujeto infractor de la norma, quien con su obrar antijurídico, ha causado un estado de lesión en la integridad de un bien jurídico o la generación de un riesgo no permitido*,

147 *Ibidem*.

sabedores, que el Injusto ha de ser analizado, primero, en cuanto al juicio de tipicidad y de antijuridicidad, para luego pasar al examen del juicio de Imputación Individual, que tiene como núcleo de atención al sujeto –autor del hecho punible–.

La responsabilidad es el límite que debe tomar en cuenta el juzgador al momento de la determinación judicial de la pena; a decir de ROXIN, la responsabilidad penal no sólo es un elemento categorial del delito, sino también, un principio político-criminal destinado a limitar el merecimiento de pena.

Como bien apunta JAÉN VALLEJO, el Derecho penal moderno es un derecho de culpabilidad y de acto, no de autor, en que se determina la pena según la culpabilidad de éste en la comisión de un hecho, no en atención a la personalidad del reo o al carácter del autor o a la conducta de su vida¹⁴⁸.

El enfoque de reproche personal («Responsabilidad»), solo puede reflejar la vinculación del autor con el injusto cometido, es decir, el examen solo puede circunscribirse al hecho en sí desvalorado, no a determinadas tendencias conductuales del autor: «No hay pena sin culpabilidad». Este juicio valorativo (imputación individual) ha permitido a la remozada dogmática jurídico-penal, delimitar exitosamente la diferenciación entre el «Injusto» y «Culpabilidad».

Lesividad social externa por un lado y el lado interno por otro lado; la primera, en cuanto a la dañosidad que genera el acto antijurídico y, la segunda, la contradicción con el orden jurídico.

Si bien nuestra Constitución Política del Estado, no reconoce este principio garantizador –de forma taxativa–, así como el de proporcionalidad de las penas; este principio puede surgir en base a

148 JAÉN VALLEJO, Manuel. *Justicia Penal Contemporánea*. Editorial Librería Portocarrero, Lima, agosto del 2002, ps. 38 y ss.

una interpretación teleológica del artículo 139° inc. 22 que consagra que el Régimen Penitenciario tiene por finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, en concordancia con el artículo 3° *in fine*, que dispone que los derechos que la Carta Política reconoce se fundan en la dignidad del hombre.

Ante ello, se afirma la «constitucionalización» del principio de responsabilidad penal y el de proporcionalidad de las penas; todos los criterios rectores del *ius puniendi estatal*, tienen un basamento en el texto *ius fundamental*.

La culpabilidad es un elemento normativo no del autor, sino del delito, la que designa, más que una connotación psicológica, una modalidad valorativa; el deber de abstenerse de realizarlo en base a la posibilidad material de su omisión o comisión; dicho examen de imputación, habrá que tomar como referencia las capacidades individuales, conocimientos especiales del autor, así como remitirse a las circunstancias concomitantes, que pueden suponer una reacción de «motivabilidad anormal» (inexigibilidad). Es en tanto, una posibilidad *ex ante* que tiene el sujeto de abstenerse de realizar el hecho antijurídico, ante múltiples opciones y una de ellas es comportarse conforme a derecho.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, al referirse a la imputabilidad del autor del hecho, apunta que la capacidad de culpabilidad o atribuibilidad de culpabilidad es uno de los temas más polémicos de la teoría del delito, porque responde a los presupuestos fundamentales de por qué hacemos responder penalmente a una persona por su actuación delictiva¹⁴⁹.

La imputación individual, responsabilidad o reproche personal, es sin duda un tema de larga discusión por la dogmática actual,

149 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*, p. 186.

que no sólo debe responder de forma conceptual o dígase dogmática; sino sobre todo, por definir cuáles son los fundamentos que legitiman al Estado imponer una sanción tan severa como la pena a un ciudadano, y por ende coartando su libertad; abanico de interrogantes que responderemos en el capítulo en cuestión.

c. 4. Principio de Mínima Intervención

Importa que en un Estado de Derecho, el programa punitivo debe intervenir lo menos posible en la esfera de libertad de los ciudadanos, mejor dicho de forma «racional» y «ponderada»; una excesiva intervención del Derecho penal, anuncia la negación de su propia legitimidad y abre peligrosos espacios para la arbitrariedad y la persecución penal, a veces política.

Dicho criterio rector del *ius puniendi* estatal ha de ser entendido en su cabal acepción, en el sentido de que una intervención mínima del Derecho penal, no puede ser a su vez significar un relajamiento de las funciones tuitivas y preventivas del instrumento punitivo, amoldado a las necesidades de la sociedad actual, de un ámbito de modernidad sociológica que trasluce la aparición de nuevos riesgos, que requieren ser contenidos y sancionados por el Derecho penal, según los dictados de un «Estado Social y Democrático de Derecho»; lo que queremos decir, en todo caso, es que a una sociedad moderna le corresponde un «Derecho penal moderno», orientado sobre fines estrictamente *preventivos*.

Una de las principales conquistas del Derecho penal liberal, fue precisamente sujetar la actuación del *ius puniendi* a un estricto ámbito de actuación, a fin de que la violencia punitiva se aleje de la irracionalidad y de la arbitrariedad.

La ilegitimidad de la coerción punitiva innecesaria es tanto mayor en un sistema penal que expropia el conflicto, porque en tal

caso la tensión del individuo criminalizado es directamente contra el poder público, contra la mayoría, y es justamente frente a ese tipo de relación desigual que las garantías constitucionales están llamadas a actuar, como herramientas acotantes del poder¹⁵⁰.

En el Antiguo Régimen la violencia punitiva estatal se convirtió en la prima *ratio*, producto de la incesante necesidad por restringir las libertades públicas; *contrario sensu*, un orden democrático de derecho, tiene por característica esencial, la reducción máxima de la violencia estatal a fin de permitir la coexistencia de los ciudadanos bajo un régimen de igualdad y de libertad, donde el recurso al Derecho penal debe partir desde una justificación axiológica, esto es, la necesidad de tutela de los intereses jurídicos que la mayoría considera como necesarios para la funcionalidad del sistema mismo; por tales motivos, surge el principio político-criminal de Mínima Intervención, de *ultima ratio* conectado también con el principio de subsidiariedad que hace posible la confirmación de la libertad como la cúspide valorativa del ordenamiento jurídico. Máxime cuando la política social cuenta con otros medios de control social menos coactivos, debe preferirse aquellos, solo deberá acudir al Derecho penal cuando estos mismos mecanismos no hayan producido los efectos deseados, y los bienes jurídicos se encuentran en franco peligro de lesión o de aptitud seria de afectación.

Según el principio de subsidiariedad también denominado (...) a partir de MUÑOZ CONDE "*principio de intervención mínima*, derivado directamente de la necesidad, el Derecho penal ha de ser la "*ultima ratio*", el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar estos¹⁵¹.

150 SILVESTRONI, M. H. *Teoría constitucional del delito*, p. 176.

151 LUZÓN PEÑA, D. M., ob. p. 82; Así, SILVA SÁNCHEZ, J. M., p. 246.

El denominado Derecho penal mínimo no significa que no deba haber Derecho Penal como apunta CARBONELL MATEU; no significa que debamos prescindir del poder punitivo del Estado. Es esta, ciertamente, una idea ya antigua, y fue RADBRUCH el que expresaba que lo ideal no era un Derecho penal mejor sino algo mejor que el Derecho penal, esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir alguna¹⁵²; esta frase cubre en realidad una hermosa filantropía, propia de concepciones filosóficas, pero incompatible con la realidad social, que avizora una violencia que no cesa por más buenas intenciones que pueda revelar la política social, es la propia naturaleza humana que niega esa posibilidad, por lo tanto, contradice cualquier pretensión abolicionista.

El Derecho penal es una amarga necesidad, pero insustituible e irremplazable por cualquier otro medio de control social, pues suprimir esta herramienta de control social, significaría, a la postre, renunciar a nuestra propia libertad y a nuestra propia seguridad como individuos, y como portadores de una vastedad de derechos *subjetivos*. Solo a partir del Derecho penal es que se pueden asegurar las libertades públicas e individuales.

Como bien dice SILVA SÁNCHEZ, la ausencia del mismo conduciría, sin que apenas quepan dudas al respecto, a la aparición de instancias que producirían mayores sufrimientos al conjunto de la sociedad, sin que, por otro lado, probablemente se viesan acompañados de efectos preventivos comparables a los del propio Derecho penal¹⁵³; entonces, el remedio resultaría siendo peor que la enfermedad.

Cuando se afirma que el Derecho penal tiene un carácter fragmentario se quiere indicar que este solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atentan a las reglas mínimas de la

152 CARBONELL MATEU, J. C., ob. p. 202.

153 SILVA SÁNCHEZ, J. M., p. 247.



convivencia social (a los bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y de la sociedad), siempre y cuando, además, dichos comportamientos se lleven a cabo de una forma grave¹⁵⁴.

Cuando el Derecho penal, es instrumentalizado por el poder político, para el mantenimiento del *régimen gubernamental*, nos ubicamos en un oscurantismo punitivo; donde la «inflación punitiva», expresada en la proliferación de tipos penales —que no guardan relación con el criterio material del bien jurídico—, propicia irremediablemente un Derecho penal, incapaz de contener la pretensión punitiva de un Estado Maximalista, únicamente orientado a sus fines políticos y político-criminales.

El programa de minimización punitiva debe cohesionarse con los fines del Derecho penal, es decir, con la prevención general de delitos y con la exclusiva protección de bienes jurídicos.

La intervención punitiva sólo puede justificarse social y políticamente, cuando es la misma sociedad que reclama su intervención ante los ataques más intolerables que significan una lesividad social intensa; sin que ello queda entender, que ante todo demanda de la sociedad, debe el legislador acogerla y proceder a la penalización, de ser así, se retornaría a las penas corporales y a la vindicta privada. Este es el límite que debe respetar el legislador al momento de formular las convenciones penales, el Derecho penal aparecerá así, entre los elementos de que dispone el Estado para garantizar la continuidad y desarrollo del sistema social, como *ultima ratio*¹⁵⁵.

154 Cfr., ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., ps. 236-237.

155 SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ; J. R. *“Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal”*; p. 105. Para MAURACH: *“... el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves”*. Tratado de derecho penal, p. 31. Por ello deberán preferirse otros medios que constituyan una menor dosis aflictiva en los bienes del autor.

Este medio de control social únicamente puede ser utilizado subsidiariamente, ante la inoperancia de las demás instancias de control extrapenal, siendo que esta esfera cuenta con los medios más aflictivos con los que se puede gravar al ciudadano.

El principio de «mínima intervención», como fuente reductora permanente del derecho punitivo, tiende también a ejercer una función esencial en la tarea despenalizadora del legislador, sometiendo a continua revisión los tipos penales de conformidad con estudios empíricos sobre la prevención de la criminalidad, incidiendo sobre la inutilidad de mantener ciertas figuras delictivas, de suprimir ciertas agravantes o en su defecto de disminuir de forma significativa los marcos penales; por tales motivos, el principio de mínima *intervención* es un principio político-criminal, necesario e indispensable para sujetar la intervención del Derecho penal a los cánones democráticos y ius-humanistas.

En este orden de ideas, el principio de «mínima intervención», se dirige a que el Derecho penal sirva de elemento de contención ante una desmedida pretensión punitiva del Estado, de servir de tutela al ciudadano y de una racionalización de respuesta al delito, esta es la única vía por la cual podremos garantizar un Derecho penal democrático y humanista.

Preservando el principio de “mínima intervención”, que debe guiar la actuación del Derecho penal en un orden democrático de derecho, de solo reprimir aquellas conductas de mayor grado de lesividad social (*mínima contenido del injusto típico*), que por su carácter intolerable y reprochable por parte de la sociedad, define la necesidad y merecimiento de pena, de manera que aquellos comportamientos que devalen una menor dosis de sustantividad material, en cuanto a la afectación o la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por la ley penal, deben ser alcanzados únicamente por el Derecho administrativo sancionador. Así, en el Fundamento 5.4 de la Apelación N° 20-2015-Puno (Primera Sala Penal Transito-

ria), cuando se señala que: *“En un Estado social y democrático de Derecho, la prevención que corresponde al Derecho Penal debe encontrar ciertos límites. No toda conducta irregular o ilícita puede ser objeto de una pena, sino solo aquella que por su peligrosidad lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos tutelados por la ley (artículo IV, del Título Preliminar, del Código Penal)”*.

De este criterio, el Tribunal constitucional peruano, al sostener en la sentencia recaída en el Exp. N° 4235-2010-HC¹⁵⁶ que: *“(…) la sanción penal es la ultima ratio, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas*. Habiendo la Corte Suprema en el AP N° 1-2016/CIJ-116 (Fundamento 15), dejado en claro que: *“El principio de lesividad es el que dota de contenido material al tipo penal. En virtud de este principio, la pena precisa de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Sin embargo, no se trata de cualquier acción peligrosa, o lesiva, sino se trata de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal”*.

No obstante lo esbozado, la realidad nos muestra un panorama contrario, la tendencia se dirige a una inflación del Derecho penal, a través de la criminalización de nuevas conductas alejadas a la visión material del bien jurídico, subsidiadas por una profusa neocriminalización. Ante tal programa criminal describe GIMBERNAT: *“La Reforma del Derecho Penal significa introducir nuevos tipos, elevar penas, apretar todavía más la red de la represión política”*¹⁵⁷; en otras palabras dicho, la pretendida reforma del Derecho penal significa un alejamiento a las bases basales, que

156 Fundamento 33.

157 GIMBERNAT ORDEIG, E. *Reformversuchen in Spanien?* En: *Strafrechtsreform*, p. 66. Citado por MIR PUIG, ob. cit., *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, p. 111.



sustentan el Estado Social de Derecho. Empero, no todas, pues es sabido que la penalización de conductas como las Lesiones al Feto y el tráfico de órganos humanos, cuentan con plena legitimidad; así, como aquellas encaminadas a la protección del Medio Ambiente y sus componentes ambientales, como es de verse de la dación de la Ley N° 29263 del 02 de octubre del 2008¹⁵⁸.

En resumidas cuentas, toda ciencia jurídica, incluida la *punitiva*, ha de conciliar armoniosamente, el respeto en rigor de sus principios legitimantes con las nuevas funciones que debe asumir según las nuevas manifestaciones conductivas, en correspondencia con la idea del *bien jurídico tutelado*.

c. 5. Principio de Proporcionalidad de la Pena

El «principio de proporcionalidad de las penas» al igual que el resto de principios rectores comprendidos en el Título Preliminar del CP, se constituye en un principio político criminal de primer orden en un orden democrático de derecho, a fin de sujetar la reacción jurídico-penal a un mínimo de racionalidad.

Este principio legitimador del derecho punitivo, actúa como un límite de contención, ante el ejercicio de la violencia punitiva, destinado a tutelar la libertad y la dignidad humana.

Presupuesto de pena importa la comisión de un injusto penal reprochable a un sujeto con capacidad de responsabilidad penal: Injusto y Culpabilidad se constituyen en la fuente material y espiritual de todo el sistema de punición, que no puede ser vulnerado en aras de afianzar fines político-criminales que no se encuadran en el orden de valores antes anotado.

158 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, ps. 185-205.

El principio de proporcionalidad, como principio independiente dentro de los principios de la sanción, recoge la creencia de que la entidad de pena, esto es, la aflicción que ella origina por su naturaleza e intensidad o por los efectos socio personales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afección al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente¹⁵⁹.

Por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del derecho penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos¹⁶⁰.

En el primer ámbito de valoración, se toma en consideración el grado de «jerarquización» del bien jurídico protegido; en definitiva, la vida es el interés jurídico de mayor valor, seguido por otros bienes personalísimos, por lo que un delito de asesinato, debe ser punido con más pena que un delito de robo; lo que sucede en la *lege lata*, en tanto, el Robo agravado seguido de muerte, recibe una penalidad más drástica, en relación al tipo penal de Asesinato, pese a que el fallecimiento de la víctima en el primer supuesto, es atribuible a título de imprudencia. Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia para justificar una amenaza de privación de libertad, en general, y una efectiva limitación de la misma, en concreto¹⁶¹.

159 DIEZ RIPOLLES, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta, Madrid. 2003. cit., p. 162.

160 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 260; Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho Penal*, p. 263.

161 CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 211.

En cuanto al segundo elemento, es necesario remitirse a la esfera subjetiva del agente, o mejor dicho a su fuero interno, donde la energía criminal desplegada por el agente va a suponer una mayor intensidad antinormativa; el dolo supone una reprobación de mayor intensidad que el delito imprudente, lo que debe ser expresado en términos de penalidad.

La proporcionalidad dice relación con el daño inferido al bien jurídico mismo y con la trascendencia social del hecho (daño social); el derecho penal tiene un perfil motivador, formador de conciencia social, que sufre notorio desmedro con la ejecución del delito¹⁶².

El principio de proporcionalidad en sentido general, significa modular la sanción punitiva, tomando en referencia el grado de afectación producido en el bien jurídico, no sólo desde un aspecto material (antijuridicidad), sino también desde la esfera interna del agente (dolo o culpa). Importa la correspondencia que debe subyacer entre la intromisión en la esfera de libertad individual con la gravedad del delito y el juicio de reproche culpable. De esta forma se limita la intervención del *ius puniendi* al ámbito de libertad lo estrictamente necesario para garantizar los fines preventivos de la sanción punitiva. En otros términos, la pena (tipo de sanción y su extensión) será proporcional a las condiciones que la hacen “necesaria”; en ningún caso pueden exceder esa necesidad¹⁶³.

Al principio de proporcionalidad también se le vincula con los fines preventivos de pena.

Es de verse, que el pensamiento sistemático-racional de tendencia funcionalista impregna las categorías dogmáticas con una fuerte acentuación de las tareas preventivas (general, especial e in-

162 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*. T. I, Editorial Jurídica de Chile, Chile. 2005, p. 46.

163 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. I, p. 49.

tegración). La teoría moderna de la imputación del delito ha abandonado las posiciones retributivas de la pena (HEGEL Y KANT), para asumir una posición preventiva en un marco metodológico de alcance teleológico.

En este sentido, como afirma BUSTOS RAMÍREZ, si bien el planteamiento de proporcionalidad es puesto de relieve por las teorías preventivas, y por tanto la proporcionalidad está en relación a la utilidad (intimidación, de reafianzamiento de la conciencia jurídica o de resocialización o reeducación), en la medida que estas recogen modernamente las categorías dogmáticas tradicionales, se produce una limitación a esta relación con el fin preventivo propiamente tal y entra a jugar también proporcionalidad con la protección de los bienes jurídicos y a la responsabilidad del sujeto¹⁶⁴.

En el marco de la determinación judicial de la sanción punitiva, los fines preventivos juegan un rol preponderante a fin de graduar la penalidad de acuerdo a un baremo de justicia y de utilidad. Y ello, no solo, aunque sí fundamentalmente, por razones de justicia sino, incluso, aunque pueda resultar paradójico, por razones de eficacia¹⁶⁵; donde el fin preventivo general de la pena asume una función agravante de pena, tomando en razón el interés protegido objeto de afectación, la jerarquía del bien jurídico, el grado de amenaza de la conducta, la energía criminal del autor, etc., factores estos que deben anudar en la intimidación que debe generar la sanción hacia el colectivo, pero, que no puede sobrepasar los márgenes legales previstos en el tipo penal en cuestión.

Mientras, que el fin preventivo especial juega un rol específicamente limitador, que no puede ser concebido en una autárquica posición de que a mayor pena más posibilidades de rehabilitación

164 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ariel S.A., Barcelona. 1989, p. 44.

165 CARBONELL MATEU, J. C., p. 211.



social, a menor pena mejor, y si el agente no necesita ser sometido a un mayor tratamiento, la pena se cumplirá en libertad o incluso se le dispensará de ella; entonces, la prevención especial tiene un rol limitador que juega únicamente a favor del condenado.

En el caso de la prevención general positiva, ésta supone la necesidad de pena, en cuanto se reafirma la vigencia misma de la norma en cuanto necesaria para mantener la cohesión del sistema jurídico con la ciudadanía, donde la justicia es un imperativo para mantener la fidelidad hacia el Derecho. La desobediencia de los mandatos o prohibiciones atenta al sentimiento de seguridad y a la conciencia jurídica de la sociedad; esa lesión debe ser tomada en cuenta al determinarse la pena¹⁶⁶, o como dice SCHÜNEMANN, la necesidad penal preventivo-general depende de la medida de la amenaza al orden de paz social manifestada por el hecho punible¹⁶⁷. Con cual dentro de una prevención general integradora o positiva, como es lógico, se produce una superposición entre el principio de proporcionalidad y el de justicia propio a la retribución (la sanción como el merecimiento justo –proporcionado– al injusto cometido y a la responsabilidad del sujeto)¹⁶⁸.

En nuestra legislación positiva, la profesa postura neocriminalizadora del legislador, significó la exasperación de los marcos penales en el ámbito del Derecho penal patrimonial, concretamente el delito de Robo agravado (art. 189°-A)¹⁶⁹, al haberse incorporado la pena de cadena perpetua en el marco penal imponible, así también,

166 GARRIDO MONTT, M., ob. cit., p. 50.

167 Citado por STRATENWERTH, G. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* En: "Cuadernos de Conferencias y Artículos". Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, primera edición 1996, Colombia, p. 28.

168 BUSTOS RAMÍREZ, J., p. 44.

169 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, ps. 253-256.



como en otros injustos, comprendidos en el núcleo duro del *derecho punitivo*.

También se vincula el principio de proporcionalidad, con la interpretación de la normativa penal; así GAEDE, al sostener que desde una perspectiva constitucional no basta el respeto de los límites impuestos por el tenor literal: en el caso de una ley penal que autoriza intromisiones en los derechos fundamentales, una interpretación respetuosa del tenor literal pero que excede los límites del fin legítimo de la ley debe calificarse de contraria al principio de proporcionalidad¹⁷⁰.

Ahora bien, habiendo esbozado la línea argumental, del principio de proporcionalidad de la sanción, pasaremos a describir la modificación efectuada al artículo VIII del Título Preliminar del CP, efectuada por la Ley N° 28730: *“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia M. de habitualidad del agente del delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”*.

Con la modificación producida, el legislador lo que ha hecho de *lege lata* es relativizar la vigencia del principio de proporcionalidad de la sanción, cuando aparecen intereses político-criminales que nada tienen que ver con los fines que la Ley Fundamental le asigna al Derecho penal en un orden democrático de derecho; concretamente, la «Reincidencia» y la «Habitualidad» suponen la desvinculación del derecho punitivo con el principio de proporcionalidad, a fin de ejercer una violencia punitiva draconiana esencialmente sostenida en un Derecho penal de autor inclinado a una función exclusivamente represora.

170 KARSTEN, G. *Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo de fraude de subvenciones*. En: *La teoría del bien jurídico*, p. 269.



En el caso de la Reincidencia, es importante hacer recalcar, que, esta institución tiene legitimación en cuanto se le liga con un concepto de culpabilidad empírico-normativa, pero con otros matices e ingredientes. Empero, parece que para el legislador, la *ratio* de esta institución radica en un Derecho penal de autor, pues, si no fuese así, no hubiera tenido la necesidad de incluir a la Reincidencia en esta modificación normativa. Situación distinta acontece en el caso de la Habitualidad, donde su fundamento es inobjetablemente la peligrosidad criminológica que se compagina en un Derecho penal de autor.

Lo que ha hecho el legislador es provocar la ruptura del Derecho penal con el principio de proporcionalidad de la sanción y con el principio de culpabilidad, despojando a la violencia punitiva de los límites que contienen una descarga irracional y excesiva, donde la ansiedad de la eficacia del modelo penal provoca la configuración de tendencias subjetivas de autor.

Dicho en otras palabras: *la utilización política de la violencia criminal cotidiana por parte del legislador, ha significado la desvinculación del Derecho penal de sus funciones ordenadoras, sometidas a la idea del Estado Social y Democrático de Derecho, como los principios de subsidiariedad, ultima ratio y proporcionalidad, para asumir tareas meramente de percepción cognitiva, el afianzamiento de una sensación de seguridad cuyos alcances puramente simbólicos –por su inevitable ineficacia–, a lo único que van a conducir es a su desgaste nominal y a su deslegitimación como medio de control social formalizado.*

La maximización de la respuesta jurídico-penal se comprende en un mensaje apocalíptico de la violencia cotidiana, donde la fuerza de la razón que evocan los principios rectores, es avasallada por una política criminal que se dirige fatalmente a hacer del instrumento punitivo un medio receptor de intereses políticos, ideológicos y moralistas. Por lo que se recurre a elementos superficiales, vagos

e imprecisos que remueven los cimientos de un Derecho Penal liberal caracterizado por el principio de estricta legalidad. Las figuras de comportamientos prohibidos han de ser objetivos y empíricamente verificables. No basta, pues, con la simple enunciación legal de la prohibición –mera legalidad–; en un modelo garantista, el principio de estricta legalidad exige la reserva absoluta de la ley, que prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales –esto es, la posibilidad de su comprobación y refutación–¹⁷¹.

Con la vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción, la libertad humana pierde su valor en un orden jurídico-estatal que supuestamente debería tutelarla de forma intensa. El Derecho penal se convierte en una fuente de expectativas sociales que desborda sus propias capacidades para hacer frente a la delincuencia. Como dice HASSEMER, un derecho penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento de solución estatal más o menos idóneo de los problemas en el marco del conjunto de los sistemas de control social¹⁷².

No solo se vulnera el principio de proporcionalidad de la sanción, sino también el principio de legalidad material, pues, a partir de su concreción normativa por parte de los Tribunales, se impondrán penas que rebasen los marcos penales fijados en los tipos penales, con la consiguiente afectación del fin preventivo especial de la pena.

171 RODRÍGUEZ SARILLAS, A. *Terrorismo de Estado y Estado de Derecho*. En: *Conflicto Social y Sistema Penal*. Coordinadores: Masía del Rosario Diego Díaz-Santos, Laura Zúñiga Rodríguez y Eduardo A. Fabián Caparros. Editorial Colex, 1996, Madrid, p. 125.

172 HASSEMER, W. *El Destino de los Derechos del Ciudadano...*, p. 96.

LA TEORÍA DEL TIPO PENAL

1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL TIPO PENAL

Una de las grandes conquistas del Derecho penal liberal fue la consagración del principio *nullum crimen sine lege praevia*, es decir, el principio de legalidad como fundamento político-criminal dirigido a la tutela de la libertad individual frente a la pretensión punitiva del Estado; de tal forma, que un individuo sólo puede ser declarado responsable criminalmente, si es que su conducta se adecuaba a las descripciones legales que el legislador previamente las había definido como prohibidas o mandadas a realizar por ley estaba obligado. Principio político-criminal que habría de desencadenar una serie de consecuencias positivas, en términos normativos.

El principio de «legalidad», entonces, adquiere la ciudadanía de Carta Magna, cuando impone ciertas exigencias legislativas, a fin de que un individuo pueda ser alcanzado por una pena.

Si se sostiene con corrección, que el principio de legalidad despliega en la determinación de la conducta típica una doble función: «motivadora» y «garantista», importa en realidad los presupuestos mínimos que deben concurrir para que legítimamente el Estado pueda imponer una pena, a quien vulneró o lesionó bienes jurídicos penalmente tutelados.

No solo basta con que la conducta materialmente transforme de forma significativa el interés jurídico, sino que dicho comporta-



miento se encuentre descrito fácticamente y, que se caracterice la finalidad existente. En tal entendido, en un democrático de derecho, la relación Estado-ciudadano implica que estos últimos deban ser informados con anterioridad de qué conductas son jurídicamente disvaliosas y de cuál es la sanción a imponer, así la interiorización normativa puede concertar una comprensión, y finalmente esta comprensión normativa una motivación positiva de no obrar antinormativamente (contrario a Derecho = *Unrecht*).

Estos modelos de conducta, negativos por su incidencia o repercusión antijurídica, tenían que ser acogidos en normas, a fin de cumplir con el mandato de estricta legalidad, de común idea con el principio de taxatividad (*lex scripta*), solo por ley puede definir la conducta penalmente prohibida.

Según dicho estado descriptivo, no se pueden crear convenciones penales por costumbre ni vía jurisdiccional, la única vía arbitrada es el proceso formativo de las leyes que se expiden por la majestad del Parlamento, de acuerdo a su investidura legislativa. Así, en palabras de BELING, logró expresión un valioso pensamiento: el de que solo ciertos modos de conducta antijurídica (los “típicos”) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores¹⁷³.

Las conductas que se describen en los tipos legales tienen una correlación estricta con el concreto ámbito de protección, no es que el legislador tipifique cualquier clase de comportamiento humano, sino que éste tiene que significar un concreto estado de lesión o de peligro que es definido de forma abstracta por el legislador.

173 VON BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito Tipo*. Traducción por el Dr. Sebastián Soler. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 37.

Los modelos de conducta abarcados por las definiciones legales («tipos»), son en realidad comportamientos disvaliosos, que pretenden a su vez la concreción de modelos valiosos, esto es, si en el tipo penal de Homicidio se describe la conducta de “matar”, precisamente lo que intenta el mensaje normativo es desplegar una función ético-social, de respetar los bienes jurídicos ajenos, claro está sin incidir en el plano de la antijuridicidad, pero, en un orden social imperfecto, en cuanto al propio ser humano, resulta indispensable emplear la coacción para poder asegurar la vigencia fáctica de las normas. De ahí, que el tipo penal también ejerza una función «disuasiva».

Vemos, así que la teoría del tipo penal desde una visión “garantista” debe sujetar la interpretación de la norma penal a partir de un sentido restrictivo, evitando interpretaciones *contra legem*, que supongan una extensión arbitraria y antojadiza de la norma jurídico-penal, que puedan incluso llegar a una aplicación normativa por analogía (*in malam partem*).

Dicho lo anterior, la pena no solo presupone culpabilidad del autor y la lesión de un interés jurídico-penalmente tutelado, sino también la comisión u omisión de un comportamiento socialmente negativo que al momento de su configuración aparecía en una descripción legal como un comportamiento prohibido u ordenado.

El legislador siguiendo la sistematización del bien jurídico, ha descrito de forma enunciativa una serie de comportamientos disvaliosos, cada uno de ellos independientes entre sí, por poseer sus propias peculiaridades y distinciones normativas, v. gr., ora por el grado de afectación al bien jurídico, ora por el grado de imperfección delictiva, ora por la energía criminal desplegada por el autor, ora por la particular posición funcional del autor del tipo penal, etc.

Todo delito-tipo traza fundamentalmente el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase, y cuenta con que

el examen de los hechos humanos establezca si éstos corresponden a ese cuadro¹⁷⁴. Conforme a ello, el tipo consiste en la descripción (legal) de los factores de la situación de hecho que interesan para el Derecho penal¹⁷⁵. Esta palabra (*tipicidad*) designa la adecuación, subordinación o encuadramiento objetivo de la acción ejecutada a la descripción del delito contenida en el texto legal, y representa la primera limitación que experimenta aquella para llegar a constituir delitos¹⁷⁶; esto quiere decir, que la tipicidad es el primer filtro de valoración dogmática que debe someter a la conducta enjuiciada, a fin de determinar si ésta constituye o no en realidad un verdadero injusto penal, pues, esta atribución no se agota de ningún modo en este primer escalafón categorial.

La tipicidad es la coincidencia plena entre el hecho cometido con la descripción abstracta descrita en el tipo penal, que es presupuesto de pena.

El tipo penal viene a comprender todos los elementos de configuración legal de una determinada figura delictiva, en cuanto a sus componentes: objetivo, subjetivos, descriptivos y normativos (debe haber una plena confluencia entre los dos primeros para confirmar la tipicidad penal de la conducta incriminada). El tipo penal da cuenta de la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico –tutelado por la ley penal– y es indicio y no fundamento de la antijuridicidad. Si una conducta es penalmente antijurídica es porque a su vez es “típica”, sin embargo la afirmación de la tipicidad penal de un comportamiento humano, no significa necesariamente que sea antijurídica, en tanto el agente puede haber cometido el acto lesivo amparado por una causa de justificación (precepto permisivo).

174 VON BELING, E. *Esquema de Derecho Penal...*, p. 44.

175 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal*, p. 126.

176 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal*, p. 87.



Dicho en otras palabras: *la «tipicidad» de una conducta importa la confrontación del comportamiento humano objeto de imputación, con el modelo de conducta descrita en la ley de forma ideal, a partir de los elementos que constituyen su construcción normativa.*

Constituyendo la misión esencial del Derecho penal la protección de bienes jurídicos, los tipos penales deben ir contenidos solo por aquellas conductas que por su evidente ofensividad social que entrañan, son consideradas intolerables por los miembros de una determinada sociedad, apareciendo como una instancia de control y garantía para los ciudadanos.

El legislador, a través de las normas penales, enuncia diversos modelos de conducta, que se expresan en prohibiciones y mandatos, conminándolos con una pena, estableciendo en concreto el objeto de protección y cuáles son las conductas consideradas desvaloradas por el ordenamiento jurídico. Este proceso de selección es de indispensable conocimiento para los ciudadanos, para que puedan amoldar su comportamiento al sentido orientador expuesto en la norma penal, como corolario de una verdadera relación normativa.

Como bien escribe PEÑA CABRERA: “La información contenida en la norma, acerca del modelo de conducta prohibido o mandado realizar al individuo, cobra concreción sólo cuando en el proceso de adecuación de esta conducta, la descripción normativa, se circunscribe objetivamente a la conducta que se prohíbe”¹⁷⁷.

En adelante, lo esencial a determinar será la forma de vinculación de la acción desplegada por el sujeto que vulnera el orden social vigente; de ello surge, el proceso de adecuación de la conducta desplegada por su autor, en todos los elementos descritos en el tipo legal en estricta consonancia con el principio de legalidad, el mismo

177 PEÑA CABRERA R. *Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General.*



que debe ser muy riguroso y racional en su aplicación, verificándose si el hecho no colisiona con otros intereses de orden superior, es decir, si se encuentra o no justificado y finalmente, se verifica si el autor tiene capacidad de responsabilidad penal.

El «injusto penal» parte de una valoración global: la realización del tipo penal y la ausencia de causas de justificación (preceptos permisivos); por consiguiente, que para que una conducta sea antijurídica, debe ser necesariamente típica, *contrario sensu*, una conducta puede ser típica mas no antijurídica. Ello, no significa sin embargo, que una acción típicamente adecuada sea neutral desde el punto de vista valorativo, pues la adecuación de una acción a un tipo, expresa ya que “cae fuera del orden social” (WELZEL)¹⁷⁸. Posición eminentemente contraria a la esgrimida por los partidarios a la teoría de los elementos negativos del tipo (*Tatbestandnegativmerkmalen*). Con arreglo a esta teoría, en su versión moderna, pertenecen al tipo no sólo de las circunstancias que fundamentan lo injusto de una figura delictiva, sino también, como elementos negativos, la ausencia de circunstancias que sirve de base a las causas de justificación¹⁷⁹. Según esta concepción el tipo implica siempre antijuridicidad porque solo hay auténtico tipo penal completo cuando no concurren causas de justificación, y por eso es un “tipo total o global de injusto”¹⁸⁰.

A partir de la valoración mencionada, se confunden elementos en sí extraños, al margen de las consecuencias que pueden derivarse en el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, en el sentido de que la tipicidad supone la dañosidad de la conducta conforme al bien jurídico tutelado y, la antijuridicidad es el juicio de valor que determina la utilidad social de esa con-

178 BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 32.

179 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, ps. 83-84.

180 LUZÓN PEÑA, D. M., ob. p. 299.



ducta, más aún la tipicidad o atipicidad de la conducta solo puede desentrañarse conforme a elementos de juicio puramente penales, en cambio, la antijuridicidad de la conducta importa una valoración global más amplia, que se deduce de toda la política jurídica del Estado y, no solo desde el punto de vista político criminal.

El tipo penal de homicidio sólo describe las formas de cómo se puede matar a un congénere, pero no dice nada acerca de qué circunstancias o presupuestos deben concurrir para que dicha acción típica sea lícita, es decir, conforme a derecho; (...) y afirmar que la lesión de una norma pueda estar justificada en algunos casos, no supone, como pretenden los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo, ninguna contradicción lógico jurídica¹⁸¹. Simplemente, lo que ocurre es que las normas son reglas con excepciones y estas constituyen precisamente las autorizaciones, que están a la base de las distintas causas de justificación¹⁸². En tal virtud, el hecho de que la conducta sea en principio «típica», resulta un indicio de antijuridicidad, aunque en algunas circunstancias excepcionales no lo sea, de conformidad con un tipo de función «delimitadora».

El tipo es, entonces, para algunos la *ratio essendi* de la antijuridicidad¹⁸³, para nosotros la tipicidad es indicio de la «antijuridicidad», es un primer escalón en orden a la acreditación de su contenido del injusto, mas no el fundamento principal de aquélla, es solo la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad¹⁸⁴. Para MAYER, la tipicidad es el primero y más importante indicio de la antijuridicidad de una conducta.

181 JAÉN VALLEJO, Manuel. *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*. Editorial Colex, 1992, Madrid, p. 213.

182 BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 49.

183 ASÍ, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, T. II, p. 83; Así, también MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, ps. 367 y ss.

184 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 159.



En síntesis, la acción típica o adecuada a un tipo penal quiere decir que esa acción es prohibida por la norma. La teoría del Tipo Penal es un instrumento conceptual para identificar el comportamiento prohibido. En base a estas afirmaciones categóricas, el tipo penal es el conjunto de elementos que caracterizan a un comportamiento contrario a la norma.

2. FUNCIONES DEL TIPO LEGAL

2.1. Función de Garantía

Contiene todos los presupuestos que, en principio¹⁸⁵, condicionan la aplicación de una pena, describe de forma objetiva y subjetiva la conducta que da lugar a la infracción normativa, conforme a un supuesto de hecho recogido de forma ideal por la norma, que confrontado con la conducta da lugar a un juicio positivo de tipicidad.

La garantía del tipo penal, responde al Principio de Legalidad y al Principio de Reserva de la ley. La existencia del delito se encuentra subordinada a la existencia de la norma penal (*nullum crimen sine lege*), en cuanto a la descripción del suceso que da contenido a la norma jurídico-penal, que debe haber estado expresada con anterioridad a la conducta penalmente desvalorada, esto es, asegurar que solo sean delito las conductas antijurídicas seleccionadas y descritas por la ley penal¹⁸⁶.

El tipo legal obedece, pues, al pensamiento de determinación o por lo menos de determinabilidad precisa de la descripción del ámbito situacional a que se refiere la norma, de modo que quede

185 Sólo de aquellos que se desprenden de su tenor literal.

186 LUZÓN PEÑA, D. M., p. 302; Así también LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal*, p. 89.



totalmente claro al ciudadano qué es lo que se está prohibiendo o mandado¹⁸⁷.

Dicho de otro modo: *el tipo cumple una función informadora que se dirige a los ciudadanos, mejor dicho comunicativa, en cuanto tiene un puente de comprensión bajo el directivo de conducta que pretende instituir a partir de las funciones que la norma despliega materialmente, señalándoles con exactitud qué conductas se encuentran “prohibidas” o “ordenadas” por el derecho punitivo*. De tal modo, la función didáctica o pedagógica del tipo penal y el principal medio de coacción jurídica —la pena— sirven para motivar a todos los individuos que integran la comunidad a abstenerse de realizar el comportamiento prohibido (*prevención general*)¹⁸⁸.

En definitiva, se podría decir que se trata de una prevención general cognoscitiva, que por ello implica los principios garantistas propios a la tipicidad (solo se responde por hechos, por hechos determinados, y en relación a los cuales hay una norma previa)¹⁸⁹.

2.2. Función Indiciaria

La función dogmática nos indica que la adecuación perfecta de una conducta humana en un tipo penal (juicio de tipicidad), no conlleva necesariamente a afirmar la antijuridicidad penal del mismo; estamos frente al primer escalafón de la teoría del delito, al primer presupuesto de punición, cuya afirmación no necesariamente nos indicará su calidad de *injusto penal*.

El análisis de la antijuridicidad se remite a otro análisis, tanto objetivo —como infracción de la norma— material —lesividad que en-

187 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 159.

188 LASCANO (h), C. J. *El Tipo Doloso de Comisión*, p. 265.

189 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 160.

traña hacia un bien jurídico protegido—, así como el supuesto conflicto con otro bien jurídico (causa de justificación).

Quienes afirman que el valor indiciario del tipo penal —como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad— sostienen que podemos encontrar conductas típicas que no son antijurídicas porque en el caso concreto concurre alguna causa de justificación, que determina que el comportamiento típico es permitido por el ordenamiento jurídico¹⁹⁰: contrariamente a los postulados dogmáticos de los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, para quienes no existe diferencia valorativa alguna entre la tipicidad y la antijuridicidad, por lo que la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad (MEZGER). Así, SAUER señala que la tipicidad es la antijuridicidad tipificada, por lo que concibe un tipo en sentido amplio¹⁹¹.

En consecuencia, la tipicidad puede considerarse como presupuesto indiciado de la antijuridicidad, no pudiéndose agotar el análisis en este nivel dogmático, al concebirse que el injusto penal, deba pasar por todos los filtros componentes de la Teoría del Delito, función que se deriva de su naturaleza racional y garantista.

Ahora bien, puede en algunos casos, que la valoración jurídico-penal a este nivel determine la sustracción de punición de la conducta, pese a ser típica y no estar autorizada jurídicamente, pues muchas conductas a pesar de sobrepasar el riesgo permitido y de causar un estado de lesión, son dejados de lado por su insignificancia antijurídica. Como bien escribe STRATENWERTH, las acciones típicas, sin duda, no son valorativamente neutras¹⁹².

190 LASCANO (h). C. J. *El Tipo Doloso de Comisión*, p. 264.

191 SAUER, Guillermo. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 111 y ss.

192 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 130.

La tipicidad nos dice si la conducta (acción u omisión), ha significado una lesión o una puesta en peligro, de un interés jurídico –penalmente tutelado–, no nos dice aún, si aquella es un injusto penal, que requiera ser alcanzado por una pena.

2.3. Función Sistemática

Es el tipo, en sentido estricto, que describe la acción prohibida por la norma.

El tipo constituye una unidad compuesta por varios elementos, tanto objetivos como subjetivos, que coinciden con el Error de Tipo.

El autor, mejor dicho su esfera cognitiva, debe abarcar todos los elementos descritos en el tipo objetivo para poder afirmar que ha obrado con dolo y consecuentemente la tipicidad del delito doloso, sin necesidad –volvemos a reiterar– que esta esfera cognoscitiva cubra también aquellos elementos comprendidos en las circunstancias supresoras legales de punibilidad y fundamentadoras de punibilidad, al adoptar nuestra posición un tipo de corte «restrictivo».

Por otro lado, la función sistemática se manifiesta en la coherencia que debe existir entre el tipo y la antijuridicidad y, los demás niveles categoriales; coherencia que no debe entenderse, en el sentido de que a partir del análisis de dichos niveles se obtengan las mismas inferencias, sino todo lo contrario, que cada uno de ellos importa una valoración particularmente distinta.

El tipo sistemático (...), se obtiene mediante una delimitación de sus elementos respecto de los de la antijuridicidad, como anota BACIGALUPO. Si una acción es contraria al orden jurídico bajo dos condiciones –infracción de una norma (tipicidad) y no-autorización de la misma por el orden jurídico (antijuridicidad)–, la delimitación de los elementos del tipo requiere excluir del concepto de éste a los



elementos de la antijuridicidad: la falta de antijuridicidad no excluye la tipicidad¹⁹³.

2.4. Función Motivadora

El ordenamiento jurídico-penal, a través de los diversos tipos penales que lo comprenden, tiene por finalidad orientar el comportamiento de los ciudadanos a abstenerse de cometer infracciones normativas, a fin de evitar la vulneración de preceptos prohibitivos o preceptos de mandato; interiorizando en la conciencia de los ciudadanos la afirmación del ordenamiento jurídico, como modelo a seguir en el curso de sus diversas interrelaciones sociales, destinado en último fin a la tutela de bienes jurídicos importantes.

Interiorización normativa, que parte de una comprensión inductiva de los contenidos descritos en el tipo legal, en la medida, que la determinación conductiva antinormativa debe partir de un grado de racionalidad normativa, que debe desprenderse de la claridad conceptual de los tipos penales y de la posibilidad de cumplimiento del mandato en cuestión.

A partir de la información que se despliega comunicativamente en la norma, se pretende motivar, determinar a todos para que se abstengan de cometerla¹⁹⁴, de adoptar un modelo valioso de conducta conforme a la protección de los intereses objeto de reconocimiento por la Ley Fundamental, recogidos en la codificación punitiva.

La legitimación del Derecho penal, descansa en la validez de las normas, en la autoridad legítima para producirlas y en la recepción de los mandatos por los ciudadanos.

193 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 80.

194 LUZÓN PEÑA, D. M., p. 302.



3. ESTRUCTURA DEL TIPO

Antes de pasar a describir los elementos componedores de la tipicidad penal, es preciso señalar que el análisis debe partir de una consideración estrictamente normativa, dejando de lado una valoración naturalista o causalista de los elementos, sino a partir de una perspectiva normativa, de común idea con la función teleológica de los tipos penales, rechazando el nexo de causalidad o la relación de condicionalidad, para adoptar un criterio de atribución de responsabilidad penal estrictamente «normativo», denominado teoría de la Imputación Objetiva.

Ahora bien, todos los tipos penales se encuentran comprendidos por una parte objetiva, y por otra parte, que vendría a ser la subjetiva. En la parte objetiva se describe el suceso fáctico, en cuanto a la descripción de una serie de hechos que dan lugar a la realización típica.

En el tipo penal de parricidio (art. 107° del CP) por ejemplo, se describe la modalidad típica de “matar” a cualesquiera de los parientes comprendidos en el mismo, para lo cual se necesita de una persona (sujeto activo) que cumpla con las condiciones normativas contempladas en dicho articulado, y que dé lugar al suceso fáctico (por sí o por medio de otro) que dé lugar a la muerte del sujeto pasivo del delito y con ello la lesión del bien jurídico tutelado; para ello, se necesitará acreditar que la concreción del resultado típico es consecuencia de la realización del riesgo no permitido creado por el autor (imputación objetiva del resultado) y, no como consecuencia de otro riesgo “natural” (paro cardíaco), sin embargo, en otras caracterizaciones típicas, basta con la creación de un riesgo no permitido, en cuanto a la posibilidad concreta de producirse una lesión es suficiente para poder afirmar la realización típica, así los delitos de peligro concreto que no necesitan la concreción material de un resultado en la esfera del bien jurídico (exposición o abandono de personas en peligro), por lo que basta la «Relación de Riesgo».



Finalmente, la descripción objetiva del tipo penal, en algunos ámbitos particulares de la criminalidad, ha cerrado el círculo de autoría, sólo a aquellos que se encuentran revestidos de una determinada función pública, por lo que se denominan delitos especiales propios, pues sólo puede ser autor quien se encuentra positivamente calificado para el ejercicio de una determinada función pública (abuso de autoridad, peculado, enriquecimiento ilícito, prevaricato, etc.); importan los llamados injustos típicamente *funcionariales*.

Mientras que los delitos especiales impropios, son aquellos que agravan el grado de responsabilidad penal, cuando son cometidos por determinados individuos que revelan ciertas relaciones con el sujeto pasivo del delito (padres, tutores, curadores, maestros, etc.) o que se encuentran revestidos de cierta autoridad pública (policías, fuerzas armadas, etc.).

Así, también, en determinadas circunstancias la adecuación típica de una acción depende de que el autor haya utilizado ciertos medios (instrumentos) para la comisión del delito: es el caso del delito de usurpación; no es suficiente el despojo de la posesión: sin la utilización de ciertos medios, la conducta no es todavía típica¹⁹⁵. En el caso, del tipo de Asesinato (art. 108°), el legislador ha previsto que la mayor agravación de la conducta, supone la utilización de fuego, explosión, veneno u otros, pues si no se acredita la concurrencia de estos medios, la tipificación incide en el tipo de Homicidio.

Asimismo, la caracterización subjetiva del tipo penal, importa una particular energía criminal, el legislador de acuerdo a lo normado en los artículos 11° y 12° del CP, ha establecido que el tipo puede cometerse a título de dolo o de culpa, no obstante el reconocimiento del principio de culpabilidad, ha incorporado en algunos tipos de la Parte Especial, los delitos cualificados por el resultado (preterintencionales).

195 BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 37.



A esta modalidad subjetiva, que implica la imputación subjetiva, el legislador ha agregado en determinados tipos, especiales “ánimos” de tendencia o de intención que trascienden la esfera cognitiva y volitiva del dolo, claro está, estos elementos sólo pueden existir en los tipos dolosos. Refieren a especiales motivaciones anímicas, que por lo general trascienden la esfera consumativa del tipo penal. En el caso del delito de Hurto (art. 185°), se exige aparte del dolo, la concurrencia de un elemento subjetivo del Injusto “interno trascendente”, pues el agente debe actuar típicamente con la finalidad de obtener un provecho para sí o para un tercero, si falta este elemento interno, la conducta será reconducida al tipo penal de Hurto de uso (art. 187°).

Son elementos subjetivos del injusto, que son rechazados en algunos tipos penales, pues, en el caso del homicidio y sus derivados, basta por ejemplo el “dolo de matar” no se necesita acreditar el pretendido *animus necandi*; estos elementos fueron incorporados, no olvidemos, por posturas dogmáticas que pusieron el acento en estructuras prejurídicas de naturaleza ontológica, con una fuerte subjetivización del injusto (*Willingstrafrecht*).

Los tipos penales no incluyen la antijuridicidad, aunque literalmente se encuentre a veces incluido; como sucede en el supuesto delictivo de Abuso de Autoridad (art. 376° del CP).

3.1. Elementos Descriptivos

Son todos aquellos cuyo significado puede ser comprendido sin necesidad de recurrir a valoraciones interpretativas, pues ellas pertenecen al lenguaje común y basta con su sentido literal para llegar a su significado y en base a la experiencia o mediante el uso de las facultades de percepción, son aquellos que el autor puede conocer a través de sus sentidos, es decir, oído, tacto, vista, etc.¹⁹⁶;

196 BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 39.



son pues aprehendidos intelectivamente de forma inmediata, sin necesidad de someterlos a un juicio de valor.

Comportan términos del lenguaje común que no necesitan ser sometidos a una integración valorativa, son elementos que describen procesos u objetos captables sensorialmente que acompañan a la acción, diferentes circunstancias como su relación con personas o cosas, su vinculación con el tiempo y el espacio, la forma y modo de ejecución y sus nexos con otras acciones¹⁹⁷.

A decir de BUSTOS RAMÍREZ, no revisten una mayor problematidad dentro de un tipo legal, salvo que en verdad cada vez son menos los elementos puramente descriptivos, ya que siempre se da una determinada delimitación normativa; así, por ejemplo, en el caso más simple, solo se puede hablar de hombre o mujer en el homicidio desde que hay “persona”, concepto que ya es totalmente valorativo e implica decidir normativamente desde cuándo se entiende que una persona ha nacido¹⁹⁸, cuestión que no es fácil de dilucidar a efectos de establecer la zona de delimitación normativa entre el delito de homicidio y el de aborto (vida independiente y vida dependiente), que a partir de una serie de perspectivas importa una delimitación distinta (fecundación, anidación, etc.). La inclusión de nuevas figuras delictivas, producto de la “sociedad de riesgo”, importa la elaboración de convenciones penales que por la complejidad del tema en cuestión, amerita indefectiblemente la utilización de conceptos o elementos normativos.

Los términos, como: el que mata a otro, el que por piedad mata a un enfermo incurable, el que omite prestar socorro a una persona, el que lesiona a otro, omitir prestar alimento, etc.

Se trata de la descripción de hechos que son de fácil percepción por los sentidos; pertenecen, pues, al lenguaje común, al no

197 LASCANO (h), C. J. *El Tipo Doloso de Comisión*, ps. 266-267.

198 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 168.

necesitar de un mayor análisis valorativo. No requieren de una valoración más allá de la esfera del profano.

3.2. Elementos Normativos

Bajo la designación “elementos normativos del delito-tipo” entiéndase conceptos de valor, incluso los conceptos jurídicos valorativos, como “propiedad”, “ejercicio legal de un cargo”, etc.¹⁹⁹

Para MEZGER, elemento normativo del tipo, son aquellas partes integrantes del tipo legal que no hacen referencia simplemente a un supuesto de hecho dado, sino que exigen del juez un juicio cumplimentador valorativo; es decir, que dan una valoración en blanco²⁰⁰.

Dicho de otro modo: los elementos normativos evocan a determinados conceptos que no pueden ser objeto de intelección de forma inmediata o automática, sino que necesitan para su real comprensión, de toda una labor interpretativa o mejor dicho de “integración valorativa”²⁰¹, que puede dar lugar a una referencia legal o en su defecto metajurídica. Por lo tanto, podemos clasificar los elementos normativos en «jurídicos» y «metajurídicos».

Estas propiedades normativas pueden ser aprehendidas ya sea mediante una conceptualización sociocultural general, como es el caso de la expresión “buenas costumbres” o de carácter jurídico valorativo, como es el caso de “ajenidad”, “funcionario público”, “escándalo público”, “documento”, etc²⁰².

199 BELING, E. *La Doctrina del Delito-tipo*, p. 53.

200 MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal...*, ps. 225 y ss.

201 LABATUT GLENA, G. *Derecho Penal*, p. 88; BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 39.

202 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 168.

Sin duda, algunos de estos elementos no llegan a ser muy problemáticos en su definición, en la medida que poseen una determinada definición en el ámbito privado, como es la comprensión de la propiedad, pero, determinar quién es funcionario público no es tarea fácil, cuando su concreción conceptual debe ser llenada con una serie de dispositivos legales, así como de Tratados Internacionales con rango de ley (art. 425°).

Más compleja es aún, la tarea de interpretar, de llenar de contenido valorativos términos, como: “obscenidad”, “pornografía”, “pudor”, “carácter libidinoso”, etc., terminologías que son de difícil concepción, fruto de su remisión irremediable a esferas metajurídicas, propias de la moral, de la ética y a veces de la religión, que por su carácter cambiante y relativo, desencadenan toda una confusión ideológica y valorativa en la persona del juzgador. Tarea que podría corregirse con doctrina jurisprudencial de carácter «vinculante», que de todas maneras, podría también generar otras problemáticas por su vaguedad conceptual.

En aquellos predomina una valoración, no pueden ser percibidos mediante los sentidos. Son conceptos jurídicos: documentos, y aquellos que requieren de una valoración empírico-cultural del autor: carácter obsceno.

Para la comprensión de estos términos no será suficiente una simple percepción de los mismos, sino que necesitarán de una valoración que se extrae de las diversas esferas que componen el ordenamiento jurídico: funcionario público, carácter obsceno, pornografía, procedimiento de insolvencia, bien mueble, etc. Los ciudadanos como miembros de una comunidad social, no están en la obligación de conocer un lego más allá del conocimiento exigible, pues no se puede exigir un conocimiento *in extenso* de toda la materia jurídica; *contrario sensu*, implicaría una lesión al principio de igualdad.

En ese sentido, será el Juzgador quien realizará una valoración al momento de interpretar los diversos elementos normati-



vos, desde una acepción axiológica y teleológica, sin que ello implique una extensión analógica del ámbito de aplicación del tipo penal. De modos, en la interpretación de estos términos poco clarificados, cabrá también la valoración personal del juez, que tenga sobre ellos, lo cual no necesariamente implicaría una arbitrariedad o resolución injusta.

Es de verse, que en la actualidad, la ciencia de la dogmática no puede negar la importancia que revelan los elementos normativos en una política criminal moderna, que pretende ir a la par de la ciencia y de la tecnología, por lo que la profusión de estos términos no puede ser considerada como un ataque al principio de legalidad, mas no por ello, el legislador debe abusar de ellos, pues debe utilizarlos cuando su uso sea necesario para una delimitación correcta de la conducta típica, (...), el problema de la seguridad jurídica en el derecho penal no radica en la normatividad de los conceptos sino en la subjetividad de los mismos²⁰³. Mediante este principio se exige que el ciudadano sepa con precisión en qué circunstancias se le va a exigir responsabilidad, y con qué consecuencias²⁰⁴, se trata del mandato de determinación de los tipos penales, temática que fue abordada en capítulos precedentes²⁰⁵.

La concurrencia de estos elementos tiene un enorme significado, en cuanto núcleo del tipo legal que debe ser también abarcado por la esfera cognitiva del agente (dolo), pues si el autor desconoce la ajenidad del bien o qué es funcionario público, se configura un error de tipo, que debe resolverse, bajo las reglas incursas en el Artículo 14° del CP.

203 CASABO RUIZ, J. R. *La Legalidad del Delito*, p. 191.

204 DIEZ RIPOLLÉS, J. L. *La Racionalidad de las Leyes Penales*, p. 146.

205 Al respecto ver cap. "Teoría del Delito".

4. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

4.1. Según su Estructura

a. Tipo Básico

En ellos el legislador describe determinados modelos de conducta, que por su significancia con el orden social y jurídico, son seleccionados como intolerables, insoportables y dañosos por la sociedad, por lo que se procede a su criminalización primaria de forma definitoria) por parte del legislador, quien a partir de criterios “racionales”, decide qué comportamientos pasan a ser “prohibidos” e “imperativos” para todo el conglomerado social.

A partir de los tipos base se pueden derivar otras figuras delictivas que presentan una estructura básica convergente: homicidio, lesiones, violación a la libertad sexual, etc.

Dicho lo anterior, el legislador define determinados modelos de conducta de lesión o de peligro para los bienes jurídicos, que añadidos a determinados elementos modales o accidentales, dan lugar a tipos agravados o en su defecto a tipos especiales, que no necesariamente implican una agravación en la penalidad, v. gr., estafa con otras defraudaciones, defraudación de rentas de aduanas-falsedad material.

b. Tipo Derivado

Además de presentar la estructura básica del tipo fuente, contiene elementos especiales diferenciados, revela determinadas particularidades en su estructuración típica que le confiere una mayor agravación o atenuación de ser el caso.

Importan elementos accidentales que hacen referencia a la gravedad de la ilicitud (del injusto) o al grado de reproche culpable atribuible al autor.

Al tipo se le añade un *plus* de elementos que lo revisten de especificidad típica, como: hurto agravado-hurto, robo agravado-robo, homicidio simple-homicidio piadoso, etc.; en tal virtud, no pueden concurrir ni ideal ni realmente, pues, lo que procede es un conflicto aparente de normas.

Para que pueda darse por configurado el tipo agravado, primera misión del intérprete es la de identificar previamente, la concurrencia de todos los elementos constitutivos del tipo base.

4.2. Por la relación entre Acción y Objeto de la Acción

a. *Tipo de resultado*

Son aquellos que para poder afirmar su configuración típica, necesitan de una real afectación a un bien jurídico protegido; en donde acción y resultado se encuentran vinculados bajo una relación de riesgo, y entre ambos existe, por lo general, una delimitación temporal separada en el tiempo y en el espacio. Por ello cabe perfectamente tanto tentativa como frustración²⁰⁶.

El resultado lesivo es consecuencia directa de la acción u omisión que da lugar a la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado, esta relación normativa supone la concreción de la conducta prohibida en la materialización del resultado ocasionado.

La conducta desplegada por el agente debe desembocar necesariamente en un resultado lesivo de un bien jurídico protegido por efecto de una relación de riesgo e imputación objetiva del resultado respecto a la acción del agente. Ejemplos: homicidio doloso y culposo, lesiones, estafa, etc.

206 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 307.

El resultado puede consistir en una lesión a un determinado objeto (...): este objeto se denominará objeto de la acción y no debe confundirse con el bien jurídico: aun los delitos que no son de resultado y que no son específicamente de lesión importan siempre la lesión de un bien jurídico, aunque, por cierto, no requieran lesión de objeto alguno²⁰⁷.

Y, naturalmente, un resultado no puede fundamentar el ilícito por sí solo, sino solamente en conexión con la conducta del autor²⁰⁸.

b. Tipo de mera actividad

En los delitos de mera conducta el tipo sólo requiere de una determinada conducta, activa o pasiva, sin necesidad de un ulterior resultado distinto de aquélla²⁰⁹. No lo integra ningún resultado exterior que vaya más allá de la realización de la acción del hecho²¹⁰.

La cumplimentación del tipo se da ya con la propia actividad realizada por el autor, descrita en el tipo legal. Los tipos penales de injuria y de calumnia²¹¹; no requieren pues, para su realización típica, la producción de resultado alguno, únicamente necesitan para su configuración típica, la conducta de proferir a otro un juicio de valor negativo o la atribución de una conducta delictiva, pero, su relevancia típica está condicionada a la aptitud de lesión que revele dicha conducta.

La sanción punitiva recae en una mera actividad del agente, es decir, el tipo se agota en la realización de una acción, que si bien entraña un peligro potencial a un bien jurídico, no necesita para

207 BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, ps. 34-35.

208 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 144.

209 LUZÓN PEÑA, D.M., p. 306.

210 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 144.

211 Así, también los tipos penales que tipifican la conducta de actos contra el pudor (Arts. 176° y 176°-A).



su concreción típica, de resultado material alguno. No se produce, entonces, modificación del mundo exterior alguno.

Delitos de omisión de socorro, falso testimonio en juicio, omisión de denuncia, omisión de asistencia alimenticia, etc., en tal medida, no se acepta la admisión de la tentativa.

4.3. Por el menoscabo del Objeto de la Acción

a. Tipos de Lesión

Para que se configure el tipo delictivo se requiere necesariamente que el objeto de protección resulte efectivamente dañado: lesiones, daños, etc.; esto quiere decir, que la afirmación de la realización típica presupone necesariamente la realización de un riesgo no permitido que transforme materialmente el bien jurídico objeto de afectación.

Lesión que debe significar la concreción efectiva de la conducta riesgosa no permitida generada por el autor, y no por otros riesgos, causados por las fuerzas naturales o por la propia víctima; por tales motivos, la «lesión» importa un menoscabo a las propiedades del interés jurídico atacado, sin que esto importe una afectación a la integridad material del bien.

Claro está, que algunos tipos de «peligro» pueden también producir una lesión al bien jurídico tutelado, pero, en este caso, la anticipación punitiva pone el acento en la producción de un foco de riesgo sin necesidad de que se produzca una lesión y, esto fundamentalmente por razones de política criminal; debiéndose distinguir entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto.

b. Tipos de Peligro

En el supuesto de los delitos de peligro se produce un adelantamiento significativo al umbral de ofensividad, «delitos de con-

sumación anticipada», cuya concreción típica viene definida por la creación de un riesgo no permitido con aptitud de lesión, es decir, no basta que se genere un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que desde una valoración *ex ante* se verifique que dicha conducta estaba en la posibilidad (aptitud) de lesionar al bien jurídico tutelado.

Tales delitos, denominados de “peligro”, se clasifican en atención a la naturaleza del riesgo, en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto²¹².

El legislador, en determinados ámbitos de la criminalidad, ha tomado un rumbo político-criminal de ejercer con mayor intensidad la función tuitiva de los intereses jurídicos más importantes, de no esperar que se produzca un resultado para determinar la imposición de la sanción punitiva, sino que a partir de los postulados de un Derecho penal esencialmente preventivo, se anticipen las barreras de intervención en aquellos focos de peligro.

En una constelación social, caracterizada por una serie de riesgos, la tipificación de los tipos de peligro constituye una herramienta eficaz para proteger las bases existenciales del ser humano y los ámbitos sociales necesarios para su realización y conservación.

Se entiende así, que dada la cantidad de conductas riesgosas para bienes jurídicos importantes en la Sociedad, que pueden desplegarse con un actuar humano que no contenga los riesgos de su conducta, e incluso, dado que la lesión depende de otros muchos factores imponderables (“lo desconocido”), el Derecho penal no debiera esperar a que se produzca la lesión de los bienes jurídicos, sino que es necesario centrar la prevención de las conductas en la contención del riesgo²¹³.

212 CUESTA PASTOR, P. *Los Delitos Obstáculo...*, p. 70.

213 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*, p. 259.

De todos modos, la definición de la conducta peligrosa debe estar en estricta correspondencia con el ámbito de protección del bien jurídico, en cuanto a una posibilidad concreta de lesión y, su uso por parte del legislador debe someterse al principio de mínima intervención, a fin de no convertir los tipos de resultado en tipos de peligro, lo que implicaría una no poca probable vulneración al principio de lesividad (ofensividad). En un injusto personal desdoblado en dos, el disvalor de la acción asume una función predominante, para la construcción de estos tipos penales²¹⁴.

“Peligro” es, por consiguiente, la existencia de circunstancias que precisarían o habrían precisado solo el agregado de otras condiciones parciales frecuentes para producir la lesión²¹⁵, se manifiesta una alta probabilidad de que se produzca el resultado de lesión para el bien jurídico.

No se requiere de la efectiva producción de un daño en el bien objeto de protección, sino es suficiente que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar.

La puesta en peligro debe producirse como consecuencia de la acción desplegada por el agente; por consiguiente, el legislador adelanta las barreras de protección del Derecho penal, al considerar que dicha acción entraña ya un peligro potencial de lesión a un bien jurídico protegido.

Los tipos de peligro se clasifican en delitos de «peligro concreto y de «peligro abstracto».

Ahora bien, los tipos de peligro se encuentran reservados para los delitos dolosos; en cuanto la punición del injusto imprudente está

214 Así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*, p. 259.

215 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 127.



condicionada a la infracción de una norma de cuidado que genera la producción de un resultado determinado, donde el disvalor del resultado es el fundamento material de punición de estos injustos.

Aunque en algunos casos, producto de la relevancia del bien jurídico, han adquirido dicha propiedad delictiva, sin que se llegue a su lesión para su consumación, en el caso del peculado culposo (art. 387°. 2do., último párrafo), a veces suponen la tipificación de una actuación peligrosa con dolo eventual en fase de tentativa²¹⁶.

c. Peligro Concreto

El peligro es concreto cuando existe un alto grado de probabilidad de la producción de un daño, o mejor dicho de lesión, según las concretas circunstancias existentes desde una valoración, donde se verifique que en realidad el foco de riesgo generado por el autor tenía la aptitud suficiente para provocar un estado de lesión al bien jurídico objeto de afectación; (...) requieren que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico (que estuvo próximo o a punto de lesionarse)²¹⁷.

CUESTA PASTOR, distingue los tipos de peligro concreto con los de peligro abstracto, que en los primeros la Ley exige expresamente la creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro, la probabilidad de producción efectiva de un daño es inherente a una determinada acción); mientras que en los segundos no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo, por lo que estos últimos sólo serían delitos de riesgo en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro (que se entiende inherente a determinadas acciones)²¹⁸.

216 LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 314.

217 LUZÓN PEÑA, D. M., p. 314.

218 CUESTA PASTOR, P. *Delitos Obstáculo...*, ps. 70-71.



Dicho con nuestras propias palabras: *en los delitos de peligro concreto el legislador ha determinado normativamente el riesgo inherente para el bien jurídico, pero tomando en cuenta una constatación fáctica, de que dicha acción “generadora del riesgo” posee la suficiente aptitud para lesionar a dicho interés jurídico, la probabilidad de producir un resultado es ya parte de una comprobación de carácter general: mientras que en el caso de los tipos de peligro abstracto, el riesgo es por no decirlo menos “artificial”, producto de una elaboración normativa que no encuentra correlato de constatación en el suceso fáctico.*

Por eso, se dice con razón que en algunas oportunidades, la tipificación de los delitos de peligro abstracto responde en realidad a la penalización de meros injustos administrativos.

Ejemplo: tipo de peligro común (Art. 273°), omisión abandono de personas en peligro, delitos ambientales, etc.

d. Peligro Abstracto

En los tipos de peligro abstracto, ya no se trata en realidad de una anticipación de la consumación, a un estadio previo de lesión –propio de los tipos de peligro concreto–, sino la definición normativa de ciertos comportamientos socialmente «peligrosos», cuya realización únicamente requieren de la verificación de un determinado estado en sí “riesgoso” para la integridad de un bien jurídico; (...) es en el dominio del peligro, en la capacidad del actuar humano de contener el riesgo de su conducta, viene a centrarse lo injusto²¹⁹. Así, podemos decir que la cualidad de la acción viene determinada “ex ante”, bastando un peligro potencial, no efectivo, susceptible de que se produzca²²⁰.

219 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*, p. 259.

220 CUESTA PASTOR, P. *Delitos Obstáculo...*, p. 71.



A fin de cautelar el respeto al principio de lesividad, no basta pues la generación de una conducta que según los parámetros normativos, importe su adecuación típica, sino que se debe verificar *ex ante* que el peligro producido era apto para crear un verdadero foco de peligro. De ahí, que parte de la doctrina haya adoptado el término de “delito presunto” o de “delito hipotético».

Desde un plano estrictamente dogmático y tal vez político criminal, puede resultar muy conveniente la técnica del delito de *peligro abstracto*, mas ello puede tener consecuencias muy notables en el marco estrictamente probatorio en el Proceso penal así como develar ciertos indicios de ilegitimidad, colocando en una suerte de valoración *muy discrecional* de las autoridades funcionales competentes así como de ciertas grietas de inseguridad jurídica en la Justicia Penal.

Ahora bien, la pregunta sería la siguiente: ¿Cómo ha de constarse dicho *peligro potencial*, y en base a qué intereses jurídicos? Primero, debe aclararse que debe tratarse de un *peligro no solo potencial*, sino sobre todo *con idoneidad y/o aptitud suficiente* para poder colocar en un real estado de riesgo a los componentes ambientales (suelo, aguas marítimas o subterráneas), sin necesidad de advertirse un *peligro concreto* a la vida y salud de las personas. Dicha aptitud o idoneidad ha de ser medido, tanto desde una perspectiva *ex-ante* como *ex-post*, en cuanto a la verificación de que la conducta atribuida al agente, haya generado dicho estado de riesgo para los intereses jurídicos tutelados por la norma penal, lo cual puede generar cierta problemática, cuando concurren a su vez *otros riesgos* que no ingresan a la esfera de organización del agente, sino a otros factores causales concurrentes y/o concomitantes²²¹. Siempre estará presente aquel instrumento jurídico-procesal, denominado *in dubio pro reo* que puede en al-

221 Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal Económico*, p. 56.



gunos casos, sustraer de punición a los verdaderos culpables de estos graves delitos.

En definitiva, los delitos de aptitud no suponen menos actividad probatoria que los delitos de peligro concreto, sino que la misma se dirige a acreditar hechos distintos: el peligro en los delitos de peligro concreto, la idoneidad de la conducta para producir un resultado en los delitos de aptitud²²².

Cuando el tipo penal se reduce a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí mismo un peligro para el objeto protegido, sin necesidad que el peligro se haya verificado.

Es de observarse, entonces, no se requiere de una efectiva lesión o de una real puesta en peligro para poder afirmar su existencia. Ejemplo: art. 274° (Conducción de vehículo motorizado bajo la influencia del alcohol o de sustancias psicotrópicas), art. 279° (Tenencia ilegal de armas), etc.

La elaboración de los tipos penales de peligro abstracto, han desencadenado muchas críticas por parte de la doctrina, sobre todo, por aquellas posturas que aún pretenden anclar al Derecho penal en las funciones retributivas del Estado Liberal de Derecho, dejando de lado, que la sociedad moderna exige, sin lugar a dudas, una redefinición de las tareas del derecho punitivo, de común idea con una consideración preventiva, y de una comunicación comprensiva con una sociedad necesitada de la contención de “riesgos” que pongan en peligro la esencia misma del ser humano, como portador de una serie de derechos e intereses, por lo que la tipificación de tipos de peligro abstracto

222 PRATS, Canut, J. M. y otro. *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, T. II, p. 1192.



son indispensables para la tutela de bienes jurídicos “supraindividuales”.

En palabras de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, quedan así justificadas todas las incriminaciones modernas que suponen un adelantamiento de la intervención penal a la lesión de bienes jurídicos, incluso a partir de esa concepción se podría legitimar también las posturas prevencionistas *ex ante* que prescinden de la lesión de bienes jurídicos, centrando el injusto en el desvalor de la acción²²³.

4.4. Por las formas básicas del Comportamiento Humano

a. Tipos de Comisión

Cuando se infringe una ley penal prohibitiva, es decir, el directivo de conducta se dirige al ciudadano, determinándolo o mejor dicho disuadiéndolo normativamente a no realizar una determinada acción que puede lesionar o poner en peligro un bien objeto de protección.

Lo que en realidad dice el tipo penal de Homicidio, es lo siguiente: *“usted no debe matar a sus prójimos, usted no debe asesinar a su esposa, etc.”*; en tal mérito, el agente perpetra la acción que la ley penal prescribe como prohibida, al lesionar o poner en peligro un bien jurídico.

Por consiguiente, los tipos penales de comisión dan lugar a la infracción de normas prohibitivas, de no realizar los modelos de conducta valiosos que se prescriben en las normas jurídico-penales; por lo general, las conductas previstas en los tipos penales son susceptibles de realización típica vía “comisión”. Ejemplo: lesionar a una persona, apropiarse indebidamente de un bien, dañar la propiedad ajena, etc.

223 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*, p. 259.

b. Tipos de Omisión

La dogmática penal distingue los tipos penales según se expresen en la forma de la infracción de una prohibición de hacer o en la forma de una desobediencia a un mandato de acción, como expresa BACIGALUPO. En el primer caso se trata de delitos de comisión; en el supuesto segundo, de delitos de omisión²²⁴.

Los tipos penales de omisión, como veremos líneas adelante, tienen una naturaleza estrictamente «normativa», en tanto el autor, no ejecuta la acción que le exige realizar la normativa en cuestión.

Los comportamientos humanos que puedan dar lugar a una lesión o a la puesta en peligro de un bien jurídico, pueden adquirir normativamente estas dos variantes, sin que ello suponga que la omisión importa un menor disvalor del injusto, pues lo que en realidad importa para el juicio de imputación: es la infracción del deber que diera lugar a la concreción de un resultado típico, al margen de que sea producto de una acción o de una omisión; claro está, que la determinación de responsabilidad penal en el segundo supuesto genera mayores dificultades. En ambos casos puede producirse también el mismo resultado, como la muerte de un hombre, producida por un disparo apuntado al objetivo, o, si no, por el hecho de que no se conjuró el peligro para la vida²²⁵.

El fundamento de todo hecho de omisión (propio e impropio) es una “acción esperada”, que posibilita la aplicación de todos los criterios válidos para el hecho de comisión al hecho de omisión²²⁶; a diferencia de lo que sucede en las normas prohibitivas, en los hechos de omisión el autor omite realizar una acción destinada a evitar la producción de un resultado lesivo, la norma se dirige a la

224 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 223.

225 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 120.

226 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 118.



realización de una conducta valiosa “positiva”, para el bien jurídico objeto de tutela.

Para los finalistas, siguiendo a ARMIN KAUFMANN, la omisión es la no acción con posibilidad concreta de acción; es decir, la no realización de una acción finalista que el autor podía realizar en la situación concreta²²⁷.

La “omisión” no es constitutiva de un no hacer algo como aseveraban erróneamente los partidarios de la teoría causal, sino como escribe MEZGER, el que en el sentido del derecho penal omite algo (hecho de omisión), no es que no haga “nada”, sino que “no hace algo”²²⁸. La madre quien deja morir de hambre a su hijo no es punible porque no ha hecho nada, sino por haber omitido la alimentación que se esperaba (y que se le exigían)²²⁹.

Es de verse, que la valoración jurídico-penal de las normas de mandato, presuponen la obligación de realizar ciertas conductas salvadoras, siempre que exista el «deber de actuar», entonces, son los deberes propios que se asumen como tales que generan la «exigibilidad» normativa, la cual es infringida o dígame desobedecida por el autor, quien hace cualquier cosa, menos de ejercer un acto de salvaguarda, dirigido a controlar un foco de riesgo, susceptible de lesionar o poner en peligro el interés jurídico –tutelado por la norma jurídico-penal–.

Los tipos penales de omisión importan la infracción de determinados «deberes», que surgen de la vida misma, de ámbitos institucionales (primarios y secundarios), de la propia ley, de obligaciones contractuales o de la mera asunción de contención de riesgos por la generación de peligros sea de forma dolosa o imprudente.

227 CEREZO, J. *Curso de Derecho Penal Español*, T. II, p. 50.

228 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 102-103.

229 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 103.

Así, MEZGER sostiene que en la teoría tradicional destaca tres grupos en orden a tal fundamentación del deber: la ley, la especial aceptación y el hacer precedente, listado que agrega las *relaciones concretas de la vida*²³⁰.

Sucede también, que determinadas personas aún no pueden hacerse cargo de sus propios ámbitos de organización, por determinados defectos o impedimentos legales, por lo que otra persona asume el deber de protección de dicho ámbito de organización, de salvaguardar su intangibilidad; claro está, que la responsabilidad que asume el Garante no se extiende a cualquier riesgo que pueda producirse por intervención de otras esferas de actuación.

c. Omisión simple u omisión propia

Consiste en la violación de una norma imperativa que exige en el ciudadano la realización de una acción destinada a evitar la lesión de un bien jurídico protegido, en que se castiga el no hacer de la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario un resultado²³¹.

Los casos típicos de «omisión propia» se encuentran compaginados en diversos preceptos de la Parte Especial, por lo que su formulación ha obedecido a una tipificación autónoma por parte del legislador, en razón de determinados deberes de relevancia para la conservación y protección de ciertos bienes jurídicos.

Es un «dejar de hacer algo que ordena la ley», en este caso, la omisión no se identifica con la inactividad.

La no realización de la conducta descrita por la ley tiene lugar casi siempre por la ejecución de una acción positiva distinta a aqué-

230 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 122.

231 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 118.



lla, por ende, acontecen comportamientos positivos distintos a los esperados por la norma.

Los delitos propios de omisión solo resultan punibles si están expresamente tipificados (*expressi verbis*) en estos, el deber de actuar se dirige a personas determinadas expresamente identificadas en el tipo objetivo; donde el círculo de autores reposa sobre especiales vínculos legales e institucionales.

La conducta típica en la omisión impropia reside en la no prestación del auxilio a la persona que se encuentra en grave peligro. Además, el obligado a desplegar la conducta debe estar en condiciones personales de realizarla, es decir, debe contar con la capacidad personal de obrar. La acción exigida debe evitar un resultado apreciado por el ordenamiento jurídico; v. gr., art. 149° (Omisión de asistencia familiar), art. 407° (Omisión de Denuncia), art. 377° (Omisión de actos funcionales), etc.

En el caso del tipo penal del artículo 196° (estafa), la modalidad omisiva se configura a partir de la manutención de un estado de cosas ("error") concluyente para el desplazamiento del patrimonio de la esfera de custodia del sujeto pasivo al sujeto activo.

d. Omisión impropia (comisión por omisión)

En este supuesto, el individuo se abstiene de realizar una determinada acción, que se esperaba que hiciese, por estar jurídicamente obligado a realizarla: «Deber de Garante», conforme se desprende del artículo 13° de la PG del CP.

Existe, pues, una determinada relación entre el agente y el sujeto pasivo, que lo obliga a realizar una prestación con la finalidad de evitar la producción de un resultado lesivo, que pertenece a un delito de comisión (norma prohibitiva), aquí la circunstancia de que no se actúa debe producir un resultado: a la no realización de la acción esperada y exigida, se debe unir una determinada causación del

resultado para el castigo en razón de un hecho consumado²³², v. gr., la muerte del niño ocasionada por la inacción de su madre. En estos delitos, la realización del tipo, depende de la producción de un determinado resultado, los cuales pueden realizarse típicamente a título de dolo o de culpa, esta última variante subjetiva, de conformidad con lo estipulado con el artículo 12° del CP, de acuerdo al principio de mínima intervención (v. gr., homicidio y lesiones culposas).

Los delitos impropios de omisión son la contrapartida de los delitos de comisión de lesión: su problemática sustancial consiste en establecer cuando no evitar el resultado es punible, pues equivale a la producción activa del mismo²³³. Cuando con una alta probabilidad (rayana en la seguridad), el resultado lesivo no se hubiera producido si es que el Garante hubiese realizado la acción.

En la CASACIÓN N° 725-2018-JUNÍN: AUTORÍA BAJO LA MODALIDAD DE COMISIÓN POR OMISIÓN; se dice al respecto lo siguiente: “En los delitos de resultado, el hecho típico es atribuible plenamente tanto a quien despliega activamente su conducta dirigida a la producción del resultado dañoso como a quien detenta la obligación de defender un bien jurídico tutelado frente a los ataques que puedan suscitarse y, a pesar de ello, se desentiende absolutamente de su protección, presta su asentimiento o aprobación y deja actuar al agresor. *Esto permite deducir razonablemente que, en los delitos sexuales, el no impedir la violación a otro respecto del cual se tienen deberes jurídicos o legales de protección o, incluso, no neutralizar las circunstancias previas o concomitantes que dan lugar a su perpetración, equivale a la causación de la propia violación*”.

Consideramos, por tanto, que el delito de omisión impropia constituye la configuración típica de un delito, producto de la negativa del Garante, de realizar una determinada prestación positiva

232 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 118.

233 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 226.



dirigida a evitar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, garante es quien tenía el deber jurídico y detentaba capacidades de evitabilidad.

Deberes que emanan de normas de Derecho público y privado (deberes familiares), esferas institucionales que constituyen ámbitos organizativos de «actuar» (*emprender una determinada acción de salvaguarda, de contención de riesgos*), por parte del sujeto obligado. Las formas de configurar este tipo delictivo se encuentran previstas en el artículo 13° del CP, v. gr., la madre que se abstiene de lactar a su hijo recién nacido, el cual muere por inanición; el policía que omite socorrer a un ciudadano a pesar de advertir el inminente peligro en que se encontraba y éste sufre lesiones graves, el médico encargado de un paciente grave, que se abstiene de seguir suministrándole determinada medicación, quien crea un incendio (dolosa o culposamente) en un determinado recinto asume (asunción) el deber de controlar el foco de riesgo y así tutelar la vida y salud de las personas, el hecho de llevar a otras personas a la montaña o exponerlas a otras situaciones peligrosas, la aceptación de un servicio especial de vigilancia, etc²³⁴.

4.5. Por el número de Bienes Jurídicos

a. Tipos Simples

Cuando la acción u omisión típica recae sobre un solo bien jurídico, los efectos perjudiciales solo se concretan en el ámbito de intangibilidad de un solo interés jurídico. Ejemplo: Lesiones, se protege la integridad corporal, tanto física como psicológica, o el caso típico del homicidio, pues sólo se vulnera el bien jurídico “vida” que es anulada por completo en su realización típica: empero, en las formas de imperfecta ejecución (tentativa), puede dar lugar a

234 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 125.

la efectiva causación de una lesión en la integridad fisiológica de la víctima, pero de todos modos, al haber sido el ataque dirigido a la eliminación de la vida, esta imperfección delictiva no puede dar lugar a un concurso de delitos, donde las lesiones son consumidas por el intento del homicidio.

b. Tipos Compuestos

Denominados comúnmente de naturaleza «Pluriofensiva» o «macrosociales»; si bien es cierto que —de forma preponderante—, protegen un determinado bien jurídico, como es el caso del Robo, donde el objeto de protección prevalerte, es el patrimonio, en su realización típica se afectan otros bienes jurídicos, como la vida, el cuerpo y la salud de las personas; en tal entendido, la misma modalidad típica describe una acción (objetiva), que ya de por sí pone en riesgo la vida y salud del sujeto pasivo, pero la energía criminal se dirige con mayor intensidad a la obtención de una ventaja patrimonial ilícita, producto del desapoderamiento del bien, es decir, el mayor interés en la acción se rige por la actividad final del autor. Sin embargo, la producción de un resultado grave, en el sentido de ocasionar la muerte de la víctima de la “acción”), ha dado lugar a una pena significativamente agravada (pena de cadena perpetua), en cuanto construcción de un delito «preterintencional».

Así, también en el caso de la Extorsión, pues la obtención del beneficio patrimonial, se configura a partir del ejercicio de violencia física o psicológica sobre el titular del bien o, mediante la privación de la libertad del rehén, por lo que se afecta también —y de forma decidida— la libertad personal. Cuestión similar sucede en el caso del Secuestro (art. 152°), donde el móvil incluye una finalidad patrimonial, pero, queda claro, que el bien afectado es la libertad personal. Las continuas modificaciones que han sufrido ambos preceptos típicos han desencadenado la creación de zonas grises de delimitación normativa, producto de la excesiva politización normativa, que de cuño debe optarse por el tipo penal, que en mejor medida



acoja el relato fáctico, es decir, si es que la acción antijurídica se dirige a privar a una persona de su libertad locomotora, no puede decirse correctamente que se comete un delito de Extorsión, sino de Secuestro, en tanto la intensidad delictiva incide sobre el interés jurídico, que dicha figura delictiva, tutela de forma reforzada²³⁵.

El DL N° 25475, que da cabida al delito de Terrorismo, también manifiesta la afectación de varios bienes jurídicos en su realización típica, pues aparte de afectar la Tranquilidad Pública, se lesiona la vida, el cuerpo, la salud, la libertad personal y el patrimonio. Situación parecida en los delitos de lesa humanidad (Título XIV-A del CP). Los delitos contra la Seguridad Pública también protegen de forma inmediata bienes jurídicos personalísimos (delitos de peligro común).

5. LAS NORMAS PENALES EN BLANCO

Condicionar toda la materia de prohibición de los preceptos jurídico-penales en rigor, importa construir una norma penal en blanco *completa y/o total*, donde la definición del injusto penal estaría dada por la legislación extra-penal, lo cual no resulta acorde al principio de legalidad^{236 y 237}. No en vano, se cuestiona la sanción

235 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, ps. 439-440.

236 La sola contemplación valorativa de la normatividad administrativa – Ley de Mercado de Valores, en cuanto a la persona que maneja la información privilegiada, puede y debe ser empleada para la determinación de la desobediencia administrativa, cuyo contenido de desvalor es distinto al injusto penal.

237 Al respecto, Martínez-Buján Pérez, anota que se habla de remisiones totales cuando existe una absoluta ausencia de concreción del tipo penal, de tal modo que éste se limita simplemente a establecer la sanción y relega la determinación de toda la esfera de lo punible a una instancia diferente. Cuando esta clase de remisión se efectúa a una instancia inferior (hipótesis muy mayoritaria), entonces nos encontramos con un concepto que se aproxima mucho a la noción originaria de la ley penal en blanco (concebida como ley que carece totalmente de «norma»), tan criticada desde la óptica político jurídica por suponer una vulneración frontal al principio de legalidad; *Derecho Penal Económico. Parte General*, p. 124.

de este tipo de técnica legislativa, que si bien legítima en un ámbito tan especial de la criminalidad (*económica*)²³⁸, no por ello, puede importar el vaciamiento de un principio fundamental del Derecho penal en un orden democrático de derecho; de acuerdo a dicha descripción de las cosas, las posibles modificaciones que podría experimentar constantemente la normatividad administrativa, movería a su vez el ámbito de protección de la norma, provocando una afectación a la seguridad jurídica que debe imperar en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional. Lo que debe promoverse es una reforma de *lege ferenda*, para que tipos penales —como el Abuso de Información Privilegiada—, pueda tener un rendimiento óptimo en la realidad social (*criminológico*).

Al respecto, el TC —español—, en las Sentencias 127/19990, disponiendo que su uso será compatible con las garantías constitucionales del principio de legalidad penal y del principio de taxatividad, siempre que se observe por parte del legislador lo siguiente: 1. La remisión a la legislación extrapenal debe ser expresa y se deben evitar las remisiones «in totum» a la misma; 2. La remisión debe ser necesaria y estar justificada por *las necesidades de tutela del bien jurídico* que se desea proteger (por ejemplo, el medio ambiente); y, 3. A la vista de lo anterior, la legislación extrapenal debe constituir el *complemento indispensable* de los tipos penales y, 4. La ley penal debe expresar en el propio tipo *el núcleo de prohibición penal*, que en modo alguno debe ser objeto de remisión o reenvío a legislación extrapenal complementadora del tipo.

238 Así, Ramos Tapia, al sostener que admite en ocasiones, el recurso a la técnica de las leyes penales en blanco puede resultar imprescindible porque, en algunos delitos, no es posible incorporar a la ley penal todos los requisitos de la conducta típica dada la complejidad técnica o el carácter cambiante de la materia, como ocurre, por ejemplo en los delitos contra la salud pública o medioambientales (...); *Derecho Penal. Parte General*, p. 247.

Siguiendo a Quintero Olivares diremos que (...) se hace preciso que la remisión a la normativa extrapenal quede sometida a los criterios penales de desvalor sustancial (de acción y de resultado), en aras de una selección cualitativa de los preceptos extrapenales que merecen completar el tipo penal. Por consiguiente, no se trata de una remisión formal, en el sentido de que no toda la legislación extrapenal de un determinado sector de actividad está en condiciones de aportar cualitativamente al desvalor material de la conducta típica²³⁹. Así, cuando se postula en un sector de la doctrina española, que resulta imprescindible que el tipo penal describa lo más exhaustivamente posible las normas que sirven de complemento, evitando remisiones en bloque a toda la legislación administrativa sobre la materia, pues, de lo contrario, se convierte en delito cualquier infracción administrativa sobre la materia, con vulneración de los principios de intervención mínima y proporcionalidad del Derecho Penal²⁴⁰.

Dicho lo anterior, afirmados con contundencia, que el desvalor de la conducta prohibida no puede ser construida en base a las prescripciones extra-penales (*administrativas*), sino en el núcleo de sustantividad del enunciado penal y, ello importa una garantía sostenida bajo el corsé del principio de legalidad, que no puede ser relativizado en pos de cautelar el principio de mínima intervención²⁴¹. Precisamente, la profusa sanción de una abundante legislación administrativa —en los últimos años en el Perú, ha significado a la postre, el alzamiento de una serie de obstáculos y/o impedimentos, para que la Justicia Penal pueda perseguir y sancionar a todos aquellos que vulneran los bienes jurídicos comprendidos en el arquetipo del llamado «Derecho Penal Económico»—; esta

239 QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 65.

240 RAMOS TAPIA, M^a. I. *Derecho Penal. Parte General*, p. 418.

241 Vide, al respecto, REAÑO PESCHIERA, J. L. *La criminalización de transacciones bursátiles con información privilegiada: el delito de insider trading*, p. 16.



prominente normatividad administrativa, mediando la dación de prescripciones legales confusas, ambiguas e imprecisas, –sobredimensionando la actuación de los entes administrativos–, es la que ha permitido que este bloque de la criminalidad forme parte del «Derecho Penal simbólico», sabedores de una aplicación casi nula de estas figuras del injusto, por parte de los Tribunales de justicia, incidiendo en una ineficaz prevención delictual²⁴². Y, sobre estos aspectos de política criminal, son pocos los que se pronuncian al respecto, no estamos señalando con ello, que este sea el caso del delito de abuso de información privilegiada, empero esta figura delictiva, al verse complementada con una legislación, evidentemente incongruente con la descripción típica de este injusto, no abona en una interpretación y aplicación coherente de este tipo penal. Es así, que entendemos, que la remisión de la normativa extra-penal, inevitable en este ámbito de la criminalidad, no puede comportar una sumisión y/o subordinación absoluta del Derecho penal al Derecho administrativo bursátil, bajo la estructura basilar del principio de legalidad, que justamente cautela la seguridad jurídica en un Estado Constitucional de Derecho así como las libertades fundamentales individuales.

242 Es por eso, que el Derecho penal no puede renunciar a construir sus propios conceptos, no es que no deba tomar en cuenta las definiciones del Derecho privado o del Derecho administrativo, sino que no puede seguir con rigurosidad sus elementos de conceptualización, considerando que los fines que inspira la actuación de cada parcela del ordenamiento jurídico, son en esencia distintos.

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

La vida del hombre y la mujer en sociedad, propiamente estas interrelaciones sociales, las conductas que se cometen en tal ámbito para interesar al Derecho penal (jurídico-penalmente relevantes) no pueden ser percibidos solo desde una perspectiva ontológica o dígase causal, en cuanto a la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley penal, sino también por todo un proceso de atribución que debe ser construido desde esquelas normativas, pues el sentido y afirmación del comportamiento imputado al agente debe partir de los diversos dispositivos legales que regulan una determinada actuación humana, ello implica la estricta valoración de si el sujeto activo actuó dentro de los parámetros normativos de lo “permitido” o dígase de lo “licito” pues si esto es así aun verificándose la causación de una lesión debe descartarse la responsabilidad penal del mismo en mérito al baremo del riesgo permitido; lo cual importa a su vez reconocer que se debe constatar la infracción de una norma de cuidado, dentro del rol asumido en su esfera de competencia personal.

Dicho análisis que puede tomar lugar tanto en la tentativa como en el delito consumado permite dejar de lado causaciones lesivas producto del azar, del destino, de la causalidad, de los fenómenos de la naturaleza, de ámbitos de infracción de deberes de auto protección de la víctima, así como la identificación de otra conducta atribuible a una esfera de organización ajena.



Estas son las bondades de la teoría de la imputación objetiva, aplicando rigurosamente sus criterios liberadores de responsabilidad penal, sobre un esquema normativo-social así viabilizar la imposición racional del “*ius puniendi*” estatal en un orden democrático de derecho; en un mundo gobernado por normas los ciudadanos solo pueden responder por sus propios actos, siempre que sean manifestación de un plano de libertad y discernimiento.

El desarrollo de la ciencia jurídico-penal, a partir de la década de los sesenta, supuso dejar de lado los conceptos «ontológicos» de la Teoría del Delito, propiciando una «normativización» de las categorías dogmáticas, mediando la profusa valoración de los criterios de política criminal; el Derecho penal deja de ser una ciencia abstracta, puramente intrasistemática, para penetrar de cuño en una síntesis con la misión fundamental del Estado de Derecho: *la prevención de las conductas delictivas*.

El adiós a las estructuras lógico-objetivas, a las formulaciones metajurídicas, significó a la ciencia jurídico-penal, apelar a criterios correctivos, insertados en los planos categoriales, influenciados por consideraciones de política criminal; por tales motivos, el «nexo de causalidad» ya no resulta una herramienta útil, para la elaboración del juicio de imputación jurídico-penal, pues lo que se trata es de un *proceso de atribución conductiva a una persona*, no resultando viable emplear variables propios de las ciencias naturales, sino que el Derecho penal –como ciencia humana–, debe remitirse a criterios de imputación, que puedan imprimir al juicio de adecuación típica, «racionalidad» y «coherencia interpretativa».

Desde las variables de la tesis causalista, resulta lógico señalar que quien produjo el golpe a la víctima (fallecida), por más leve que fuese, ha de ser autor del delito de Homicidio; lo que desde una visión racional del estado la cuestión, importa una resolución falaz, carente de toda virtualidad *objetiva*, en la medida que el estado de disvalor, manifestado en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, debe ser obra directa de la conducta humana –generadora de un

riesgo jurídicamente desaprobado— y, no de otros cursos causales concomitantes y/o sobrevivientes. Es a partir de estos elementos de valoración, que la imputación jurídico-penal, ha de basarse sobre juicios de valor, de conductas que importan la contravención a normas conductivas y, si ello, no es así, si los efectos perjudiciales obedecen a otros factores, que no pueden ser atribuible a la esfera de organización personal del agente, debe negarse de forma rayana la imputación objetiva por el resultado.

La formulación de la Teoría de la Imputación Objetiva, que fue postulada por LARENZ y HONIG; en la doctrina nos recuerdan que este tipo de imputación fue desarrollada inicialmente por Richard HONIG, quien por su parte estuvo influenciado por la tesis doctoral de derecho civil de Karl LARENZ sobre la teoría de la imputación de HEGEL y el concepto de la imputación objetiva²⁴³. Sin duda, fue con Claus ROXIN, que la teoría de la imputación objetiva ingresa a la discusión científica, bajo parámetros normativos, de contenidos político criminales innegables, en cuanto a la delimitación precisa de la *conducta típica*.

La moderna doctrina de la imputación objetiva procura, en realidad, determinar y explicar cuáles elementos integrantes del tipo objetivo pueden fijar la relevancia jurídico-penal de una conducta²⁴⁴.

La teoría de la «Imputación Objetiva» o llamada teoría del «Tipo penal», importa uno de los aspectos medulares de la dogmática actual, fruto del incansable desarrollo que esta teoría ha alcanzado, fruto de los esfuerzos científicos, de revestir a esta teoría de una sistemática que pueda ofrecer soluciones concretas a los casos de forma uniforme y racional, como un instrumento indispensable

243 AMBOS, K. *Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible*, ps. 61-62.

244 REGIS PRADO, L. / MENDES DE CARVALHO, É. *Teorías de la Imputación Objetiva del Resultado...*, p. 74.

para que la administración de justicia, pueda resolver las causas de forma uniforme y predecible; si existe predictibilidad en los fallos de los órganos de justicia, simplemente no habrá seguridad jurídica.

Sin embargo, como toda teoría que aún no adquiere la calidad de «producto acabado», dada la constelación de casos –que por su complejidad–, puede poner en aprietos a los parámetros normativos compaginados en esta estructuración teórica; de otro lado, las posturas dogmáticas no siempre coinciden en sus respuestas, a pesar de utilizar los mismos criterios evaluativos, sea por basarse en formulaciones sistémicas –de corte sociológica– o por sustentarse en criterios de mayor énfasis político-criminal –como lo expresa la doctrina dominante–.

De todos modos, valga aclarar, todas las ramificaciones dogmáticas, que sobre esta teoría se han formulado, parten de una idea común: de restringir el ámbito de protección de los tipos penales de conformidad con elementos normativos propios del Sistema Penal, en concordancia con criterios sociales que sirven para fijar límites interpretativos.

De manera que la teoría de la «Imputación Objetiva», constituye un hito fundamental, para excluir del ámbito de la tipicidad ciertas conductas, sin tener que escudriñar la esfera subjetiva del agente; de ahí, que los partidarios del Finalismo a ultranza (ortodoxo), se resistan a la adopción de una teoría abiertamente contraria a sus postulados fundamentales. Por lo que nos animamos a decir, que la teoría de la Imputación Objetiva es una construcción dogmática, cuyo avance no puede ser detenido, más bien, la orientación se dirige a su consolidación como criterio reductor de la tipicidad penal.

La teoría de la Imputación Objetiva, como se verá, riñe con aquellas posturas positivistas, que pretenden interpretar la ley penal desde pura literalidad, negando y desconociendo a la vez, que las figuras delictivas, contenidas en el glosario punitivo de la PE, no se dirigen a reprimir cualquier clase de conductas, que vayan a lesio-

nar o poner en peligro —bienes jurídicos—, sino únicamente aquellos que permitan inferir que el agente fue que con su obrar antijurídico propicio dicho estado de disvalor, siempre que haya provocado un *riesgo jurídicamente desaprobado*; por tales motivos, podemos convenir que los criterios compaginados en esta concepción teórica-conceptual, pueden ser entendidos como un criterios interpretativo encaminado a restringir el ámbito de aplicación de los tipos penales, sin que ello implique una infracción al principio de legalidad.

Lo que importa a este nivel es una confrontación de la normativa que rige una determinada actuación humana, con el proceder conductivo del agente; si es que aquél se condujo conforme a los parámetros normativos, no hay posibilidad de construir la imputación jurídico-penal, se requiere de un «Riesgo no Permitido».

En síntesis, se puede decir, que el discurso de la dogmática penal se refiere a una «Imputación de riesgos» y a una «Imputación de resultados».

Se deja de lado entonces, la relación de causalidad o dígame de condicionalidad, donde bastaba para el juicio de atribución de responsabilidad penal, que existiese cualquier tipo de conexión entre el resultado lesivo producido y la conducta generada por el autor, para afirmar la tipicidad penal del comportamiento.

En el marco de la teoría de la Imputación Objetiva se produce una reformulación del juicio de imputación, sobre la base de criterios normativos que apuntan a una restricción del tipo penal. Según la cual solo puede resultar objetivamente imputable un resultado, si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico²⁴⁵.

245 JESCHECK / WEIGEND; citado por CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, p. 26.

En palabras de RUDOLPHI, esto significa en resumen, lo siguiente: un resultado antijurídico causado por una conducta humana, solo es imputable si esta conducta ha creado un peligro desaprobado jurídicamente para la realización del resultado y si ese peligro también se ha realizado en el hecho concreto causante del resultado²⁴⁶.

Se identifican dos planos en la imputación delictiva: *la atribución del resultado lesivo a quien genera con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado* y, *la constatación por otro lado, de que dicho resultado es la concreción de dicho riesgo, por tener aptitud lesiva*.

Ha sido definitivamente ROXIN quien ha partido de las funciones de prevención del Derecho penal, para el desarrollo de la moderna teoría de la Imputación Objetiva, “según la cual el injusto es la realización de un riesgo no permitido para un bien jurídico penal en el ámbito de alcance del tipo, es desde luego, una *concepción preventivo-general*”²⁴⁷.

Otros autores como HORMAZABAL MALARÉE son de la posición de considerar a la imputación objetiva como definidora de la anti-juridicidad, a partir del principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*). En su opinión será función de la teoría de la imputación objetiva establecer la antijuridicidad material de dicho comportamiento, ofreciendo criterios racionales que permitan al intérprete señalar si ese peligro se plasma o no en el resultado, esto es, en una lesión o puesta en peligro efectivo para el bien jurídico²⁴⁸.

246 RUDOLPHI, Hans Joachim. *Causalidad e Imputación Objetiva*. Traducción de Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia, primera edición, agosto de 1988, ps. 31-32.

247 ROXIN, C. *La Evolución de la Política Criminal...*, p. 45.

248 HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Imputación Objetiva y Principio de Lesividad*. En: *El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos*, Granada, 1999, p. 412.

A nuestra consideración, atribuimos a la teoría de la «Imputación Objetiva» un plano definidor de la tipicidad y no de la anti-juridicidad; plano sistemático que obedece a los criterios que serán plasmados en el ámbito del «Riesgo no Permitido».

En tesis, únicamente se le puede imputar un resultado a una persona, cuando este constituye su obra, y no aquello que provenga de la casualidad o del destino. Inmersos en el Derecho penal contemporáneo, fue GIMBERNAT ORDEIG en la dogmática hispano-parlante quien formuló su concepto de «Reprochabilidad Objetiva», situando el problema en los términos más consolidados de la actual Imputación Objetiva: 1. La exclusión de los resultados imprevisibles ya no pueden ser objetivamente desvalorados como antijurídicos –aquello que no puede ser prohibido a nadie–. 2. Tampoco son típicas, las acciones que aún siendo peligrosas, están cubiertas por el Riesgo Permitido. 3. La inobservancia de la diligencia debida es un elemento del Injusto típico no sólo de los injustos imprudentes sino también en los dolosos. 4. Además de la infracción del deber de diligencia y de la causación de un resultado típico, el tipo requiere que el resultado sea uno de los que la norma quiere evitar: Fin de protección de la norma. En síntesis, el concepto de Imputación Objetiva se presenta como un instrumento adecuado para expresar el sentido no naturalístico de la acción, primero, y del hecho típico después²⁴⁹.

Por los fundamentos expuestos, concebimos que la teoría de la «Imputación Objetiva», se constituye en un elemento conceptual de amplísima cobertura amplificadora, indispensable para poder fundamentar la imputación de un resultado lesivo a su autor, así como la Imputación de riesgos, por lo que sirve también para la delimitación típica en el ámbito de los delitos de peligro y la tentativa.

249 MIR PUIG, S. *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, ps. 245 y ss. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 3, Grijley, Instituto Peruano de Ciencias Penales.

Habiéndose demostrado, que no resulta suficiente la concurrencia de un nexo de causalidad entre la acción y el resultado lesivo producido, ante lo endeble y antojadizamente amplios que resultan siendo los factores causales. Ante ello, se muestra imprescindible acudir a elementos conceptuales normativos que se extraigan del propio Sistema Penal, que permitan en el ámbito de la tipicidad objetiva, delimitar la parte de «causalidad jurídicamente relevante».

El programa de imputación jurídico-penal se orienta a atribuir responsabilidad de resultados o puestas en peligro, cuando éstos constituyan verdaderamente su obra y no aquellos que sean producto del destino o de las fuerzas naturales.

La Imputación Objetiva constituye la base fundamental de la teoría general de la Imputación: «imputación objetiva», referida a la acción jurídica-penalmente relevante, como obra del autor, «imputación subjetiva» referida a la concurrencia de dolo o culpa en la esfera subjetiva del autor e imputación individual, es decir, la responsabilidad penal atribuible al autor como reproche por la producción del conflicto (injusto penal).

1.1. El Principio de Auto-Responsabilidad - Autonomía de la Libertad

Nuestro texto «ius-constitucional» reconoce en sus primeros apartados principistas, que: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*; y, que: *Toda persona tiene derecho: “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)”*. Es pues una consagración normativa a un alto nivel jurídico, virtud del cual se establece que la defensa del núcleo más vital del ser humano debe ser objeto de una férrea defensa del sistema jurídico-estatal y social, lo cual irradia en todas las relaciones que se entablan entre el ciudadano y el resto de sus conciudadanos así como con el Estado. De esta forma, adquiere una



visión humanista propio de un Derecho natural (*inter-subjetivo*), tanto desde una faz personalista como social del estado de las cosas. La persona humana no puede ser instrumentalizada a fines ajenos a su inherente condición ontológica, de manera que la política criminal no puede ser ajena a ello en su cometido preventivo y represivo de las conductas típicas y penalmente antijurídicas. En la Sentencia 53/85 el Tribunal Constitucional español, se considera la dignidad de la persona como valor moral y como valor jurídico, de la siguiente forma: “... *la dignidad es una valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*”... “*Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona...*”²⁵⁰.

A su vez este pórtico principista, se afinsa en la idea de la *autonomía de la libertad*, precisamente el libre desarrollo de su personalidad implica que el orden jurídico respete aquellas decisiones y actuaciones que toman lugar en su esfera de organización personal. Un orden democrático de derecho, no solo importa reconocer los derechos inherentes a la condición de persona humana (por tanto de su *dignidad*²⁵¹), sino que se añade la obligación de respetar aquellas conductas que se producen en el interior de dicha esfera de atribución estrictamente personalista,

250 Citada por ENRIQUE MORA, J. *La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española*. En: Cuadernos de Bioética 2000/2, cit., p. 257.

251 MORA en la doctrina española, elabora la siguiente definición de la dignidad de la persona humana según la Constitución española, tal como lo interpreta su judicial custodio: *valor de la persona humana, espiritual o moral y jurídico, que permanece invulnerable o inalterable, y se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida*”; *La dignidad de la persona humana...*, cit., p. 258.



de su inconmovible libertad. Lo contrario significaría una intrusión e injerencia estatal inaceptable, rechazable y desdeñable, propio de Estados paternalistas, desconocedores de los principios elementales en que se funda nuestros modelos democráticos de derecho.

Si el hombre no es libre para disponer de su libertad, entonces es que no goza realmente de libertad, es decir, no es realmente libre²⁵². A decir de LÓPEZ DÍAZ Para poder aplicar este principio de autorresponsabilidad debemos hablar de un sistema de imputación concreto. La autonomía conduce a la asunción de riesgos imputables²⁵³. Un sistema de imputación que ha de construirse, elaborar sus criterios, sobre la base de una persona libre y responsable, cuya predicada autonomía permite atribuirle los sucesos que puedan ocasionarse producto de un defecto en su desarrollo y desenvolvimiento, haciendo uso de parámetros estrictamente normativos.

Entonces, las actuaciones que son consecuencia directa de dichos ámbitos de organización personal, y que pueden resultar lesivas para los bienes jurídicos de dicho individuo, no puede generar repercusión jurídico-penal alguna, v. gr., quien es portador de una licencia para la tenencia de arma de fuego, y en una manipulación nada diligente se causa lesiones, no habrá responsabilidad penal alguna de terceros (el armero por ejemplo, que le vendió el arma de fuego²⁵⁴). Esta situación cambia, cuando es un efectivo policial cuya arma reglamentaria la coloca en la mesita de juegos de su menor hijo de 5 años, quien en el desarrollo

252 BUOMPADRE, J. E. *Trata de Personas, migración legal y derecho penal*, cit., p. 66.

253 LÓPEZ DÍAZ, C. *Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima en base a una concepción funcional estructural de la sociedad*, cit., p. 385.

254 Ello da lugar a una conducta inocua, neutral o estereotipada, por ende, desprovista de relevancia jurídico-penal.

de un juego con su amiguito la dispara provocando la muerte de éste, en este caso el padre ha de responder penalmente por homicidio culposo por comisión por omisión, en vista de su posición de garantía, él tenía el deber de procurar que dicha arma de fuego no se encuentre al alcance de terceros, menos de personas que aún no han desarrollado plenamente su esfera de organización personal, quienes por ley deben ser protegidos por sus progenitores.

La autonomía de la intersubjetividad de la persona, el respeto y reconocimiento como ser libre y responsable para desarrollar eficazmente su ámbito organizativo; como ser social que ha de desenvolverse en los diversos planos de actuación inter-social. Ello responde al hecho de que la introducción de la víctima en el juicio de imputación no tiene por finalidad la formulación de algún reproche contra ella, sino conceder relevancia dogmática a la autonomía con la que esta se comporta²⁵⁵. En términos funcionalistas se diría que una lesión que no se produce por arrogación del ámbito de organización de otro, sino que es producto de una auto-organización de la otra persona responsable, solo aparentemente vulnera la norma jurídica que protege el bien personal²⁵⁶.

La precitada «autonomía de la libertad», por tanto, es un criterio que debe tomarse en cuenta al momento de delimitar ámbitos de responsabilidad penal, cuando la propia actuación de la supuesta víctima es la que ha generado una lesión al bien jurídico del cual es titular, siempre que por sus condiciones personales y singulares pueda ser reputada como una persona portadora de una esfera de libre auto-organización.

255 PÉREZ LÓPEZ, J. A. *La autopuesta en peligro de la víctima y su aplicación en la jurisprudencia peruana*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. T. 64, octubre 2014, cit., p. 60.

256 LÓPEZ DIAZ, C. *Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima en base a una concepción funcional estructural de la sociedad*, cit., p. 386.

2. ESTRUCTURA SISTEMÁTICA

La teoría que se ha construido de forma sistemática, pretende reemplazar a aquellas que únicamente se han preocupado de establecer un contenido ontológico al concepto de acción, circunscrito a la imputación de un resultado lesivo y no a toda la obra que puede suponer el comportamiento humano que trasciende el campo fenomenológico.

La Imputación Objetiva traspasa la mera causación de resultados y no se agota en la mera vinculación de una acción natural y su resultado²⁵⁷.

De forma consecuencial, diremos la Imputación Objetiva contiene dos elementos a saber: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de dicho riesgo en el resultado y éste debe ser aquel que la norma pretendía evitar (Fin de protección de la norma).

Para MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN según la teoría de la imputación objetiva, tanto la creación de un riesgo no permitido, como el incremento más allá de lo tolerable de un riesgo en sí permitido es lo que, entre otros criterios, fundamenta la imputación de un resultado, siempre claro está que quede constatada la relación de causalidad entre la acción peligrosa y el resultado dañoso producido²⁵⁸.

Consideramos acertado compaginar la acción y la omisión en base a una relación de riesgo, para así despojar a estos elementos normativos, de contenidos de pura casualidad.

Son tres los elementos definidores que son utilizados por la teoría de la imputación objetiva, para fundamentar su orientación

257 PEÑA CABRERA, R. *Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Cfr.

258 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN. *Derecho Penal. Parte General*. ps. 215 y ss.

interpretativa: 1. La creación de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado. 2. Que el riesgo ingrese al ámbito de protección de la norma penal; y, 3. Que el resultado sea producto de la realización de dicho riesgo.

La «Imputación Objetiva» tiene pues la finalidad de seleccionar aquellas conductas que sean de relevancia jurídico-penal, como obra de un individuo consciente y libre, que pueda atribuirse el resultado como su obra, al margen de conceptos extraídos del campo fenomenológico del ser (ciencias naturales).

3. CAMPO DE APLICACIÓN

La teoría de la «Imputación Objetiva», no limita su ámbito de aplicación a los delitos de resultado doloso ni tampoco al ámbito de los Injustos imprudentes; ello obedece, a que el aspecto relevante lo constituye la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Al circunscribirse a los tipos de resultado, como el asesinato, se pretendería coartar la gran operatividad amplificativa de esta programación teórica. Su aplicación en el ámbito de los delitos imprudentes es notoria, la lesión del deber objetivo de cuidado se sitúa en el nivel del Injusto, a través de la comprobación de un riesgo no permitido, donde el error recae sobre el efectivo peligro que entraña la conducta.

El acento del disvalor en el injusto imprudente se refiere a la lesión de la norma de cuidado, es decir, la realización de una determinada actividad peligrosa, sobrepasándose los márgenes del Riesgo Permitido, acción u omisión que produce un resultado lesivo a un bien jurídico penalmente tutelado.

También alcanza a las acciones y omisiones, contrariamente a lo que sucede en los delitos comisivos, en los delitos por omisión no existe una comprobable Relación de Riesgo, sino el deber de «evitabilidad del resultado lesivo», en mérito de la exigibilidad recaída en

base a un Deber de Garante: de haber actuado tal como el mandato normativo lo exigía. Se configura, por ende, una «Hipotética Relación de Riesgo»²⁵⁹.

En los delitos de mera actividad también es exigible la producción de un resultado lesivo o de una real puesta en peligro; no obstante ser, que la consumación se alcanza con la misma realización de la conducta típica, se requiere la producción de un resultado, separada de ella, en cuanto exigencia misma de la relevancia típica de la conducta.

Para HORMAZABAL MALARÉE, se trata de un resultado naturalístico, que no es más que la manifestación social del hecho típico y esa manifestación social puede producirse en cualquier delito, independientemente de si son o no delitos materiales o de mera actividad²⁶⁰.

La conducta típica debe resultar lo suficientemente idónea, para poder configurar su realización típica; v. gr., quien ingresa a una morada ajena, pensando que su morador no se va a oponer, o quien intenta conducir su vehículo en estado de embriaguez, pero éste no prende por detentar un desperfecto mecánico. etc.

Es decir, desde una perspectiva *ex ante* debe comprobarse que la conducta era potencialmente efectiva para poder realizar su configuración típica.

Finalmente, como señala TORIO LÓPEZ, inclusive la teoría de la imputación objetiva opera en los delitos consumados como los tentados²⁶¹.

259 A decir de SANCINETTI, en los delitos de omisión, no basta con la causación, ni siquiera mediante un riesgo adecuado, si la administración de ese riesgo no es asunto del autor; Observaciones sobre la teoría de la Imputación Objetiva, p. 64.

260 HORMAZABAL MALAREE, H. *Imputación Objetiva y Principio de Lesividad*, p. 420.

261 TORIO LÓPEZ. *Naturaleza...*; p. 35.



Conforme la línea argumental esbozada, podemos atribuir a la teoría de la «Imputación Objetiva» la calidad de instrumento interpretativo idóneo para resolver todas las configuraciones sociales que contengan un disvalor jurídico-penal. Como bien, señala FERRANTE, el valor central de la teoría de la imputación objetiva como teoría de la definición de la conducta típica²⁶²; en otras palabras dicho, como proceso de selección de las conductas jurídicas penalmente relevantes.

Dicho de otro modo: *los efectos reguladores de la moderna teoría de la Imputación Objetiva aglutina una serie de elementos conceptuales, perfectamente conducibles a cualquier tipo de Injustos, pues su criterio definidor no sólo implica la imputación de resultados sino también la imputación de riesgos, esto quiere decir, que aún al no producirse un resultado lesivo, se puede imputar la creación de un riesgo jurídicamente relevante en el caso de los delitos de peligro (concreto y abstracto), siempre que se verifique de forma plausible que ex ante dicho riesgo no sólo se había elevado más allá de los límites permitidos, sino que revelaba una suficiente aptitud lesiva y ex post de que evidentemente dicha conducta había colocado en un estado de riesgo de lesión al bien jurídico objeto de protección por la norma jurídico-penal.*

En el caso de la «tentativa», en las formas de imperfecta ejecución, que el inicio de la actividad típica ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado de lesión, conforme a la programación criminal del autor y, que es idóneo para ingresar al ámbito de protección de la norma en cuanto al objeto de tutela (se deja de lado la tentativa imposible y la tentativa inidónea).

Como acertadamente infiere REYES ALVARADO, (...) debe advertirse que si dentro de una concepción normativa de la teoría del

262 FERRANTE, Marcelo. *Una Introducción a la Teoría de la Imputación Objetiva*. En: "Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva". Ad Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1998, p. 15.



delito se descarta una noción ontológica del resultado y se asume un concepto normativo del mismo, resulta válido sostener que la imputación objetiva pueda ser aplicada incluso respecto de las tentativas²⁶³. Y también en el caso de los delitos de mera actividad, si bien no se produce materialmente un resultado concreto si puede verificarse que la conducta realizada por el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, (...) permite la ubicación dogmática de algunos problemas en la sede que le corresponde, esto es, en la tipicidad²⁶⁴.

Incluso en el ámbito de los delitos de omisión, donde si bien naturalísticamente no se advierte la realización de una acción, la imputación del resultado o del riesgo, parte de un juicio normativo, en el sentido de si la conducta omitida por el Garante, es decir, si se hubiera controlado el foco de riesgo no se hubiera producido el resultado, de acuerdo a los deberes infringidos y a la entidad del peligro verificable *ex ante*.

Autores muy emblemáticos, como GIMBERNAT, han rechazado la posición adoptada, siendo de la opinión que la imputación objetiva solo es aplicable para excluir la tipicidad de comportamientos precisamente imprudentes y dolosos causantes de resultados típicos²⁶⁵.

El razonamiento sistemático que se presenta en esta obra, parte por reconocer varios estadios de imputación o dígame niveles que actúan de forma preclusiva, por lo que el análisis de la imputación objetiva, es un juicio valorativo que debe primar como primer escalafón en cualquier clase de delitos, sea comisivo, omisivo, doloso, imprudente, etc. Por consiguiente, si ya a este nivel

263 REYES ALVARADO, Y. *El Concepto de Imputación Objetiva*, p. 33.

264 JAÉN VALLEJO, M. *Libertad de Expresión y Delitos Contra el Honor*, p. 227.

265 GIMBERNAT ORDEIG, E. *¿Qué es la Imputación Objetiva?* Estudios Penales y Criminológicos X. Universidad de Compostela, 1987, p. 178.



se verifica que la conducta generada por el autor no ha generado un riesgo no permitido o que el resultado lesivo acaecido, no es la concreción directa de dicha conducta de por sí riesgosa, ya no habrá necesidad de preguntarnos sobre la esfera emotiva o psíquica del autor, pues si a pesar de haber actuado intencionalmente si su conducta se adecua a los parámetros del riesgo permitido, la imputación objetiva debe ser negada.

Dicho con un ejemplo: si producto de un combate de boxeo, uno de los contrincantes muere producto de los golpes que reglamentariamente, se ejecutan en este deporte peligroso, por más que el contrincante vencedor, haya deseado la muerte de su opositor, este resultado no le puede ser imputado objetivamente; *contrario sensu*, el Derecho penal estaría penalizando las meras intenciones o deseos, lo cual se encuentra proscrito. Un hombre sólo puede ser responsable penalmente de aquellas conductas que supongan la infracción de normas, no por sentimientos de *culpabilidad*.

4. ELEMENTOS DEFINIDORES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

4.1. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

No resulta suficiente como fundamento de imputación jurídico-penal, que un comportamiento humano lesione o ponga en peligro bienes jurídicos: para que sea jurídico penalmente relevante, necesita además que el peligro sea jurídicamente desaprobado, que la conducta sobrepase el «Riesgo Permitido», de acuerdo a un indicador que se desprende de las diversas regulaciones jurídicas que sujetan la actuación del hombre en un confín de actividades susceptibles de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penales.

Por consiguiente, deberá negarse la imputación objetiva cuando el comportamiento del autor no ha creado un riesgo típicamente relevante, potencialmente idóneo para lesionar o poner en peligro un interés jurídico tutelado, por lo tanto aceptado y tolerado por

el ordenamiento jurídico. Siendo así, la generación de un riesgo no permitido se convierte en un criterio limitador de la tipicidad, a partir de criterios normativos que sustraen del ámbito del tipo, determinadas conductas a pesar de causar de forma natural lesiones a bienes jurídicos.

Como consecuencia de la irrupción de la sociedad «Postindustrial», surge toda una vastedad de actividades industriales, comerciales, químicas y productivas que si bien entrañan un riesgo intrínseco, son permitidas porque son útiles y necesarias para la satisfacción de las necesidades de la sociedad moderna.

Una descripción fáctica, así concebida, demuestra con claridad que la generación de dichos peligros por parte de las actividades humanas, deben ser controladas y contenidas, a fin de ejercer una función preventiva, que impida que dichos comportamientos puedan concretizarse en lesiones a los intereses jurídicos más importantes, por lo que la propia política jurídica del Estado, da lugar a la formulación de normas (administrativas), que sujeten dichas actuaciones regulares a determinados parámetros, a fin de cautelar la intangibilidad de dichos bienes, a fin de evitar la generación de focos de riesgos.

La coyuntura histórica esbozada, permite a la doctrina denominarla como una «Sociedad de Riesgo», que destaca a las sociedades postindustriales desarrolladas, cambio de rumbo que exigió un cambio en las bases sistemáticas de un Derecho penal convencional o dicese «nuclear», por un nuevo derecho punitivo como medio de control social, así como un replanteamiento sobre la dirección político-criminal dirigido a controlar los riesgos que las nuevas actividades intersociales emergentes pueden significar para los bienes jurídicos preponderantes.

Estarnos frente a una proliferación de nuevos riesgos, a veces, muy difíciles de contener, pues su permisón obedece a criterios utilitaristas y de conveniencia social o de carácter político (armas de

destrucción masiva), por ende, deben realizarse bajo determinadas normas internas de cuidado para así evitar la producción de resultados lesivos.

El progreso científico y económico, ha generado una nueva dimensión y percepción de los riesgos que de antaño se percibían por los sociólogos y políticos. La modernidad ha traído a colación la irrupción de un sinnúmero de actividades humanas, actividades que encierran una utilidad social, pero a su vez concretos riesgos para los bienes jurídicos fundamentales.

Al contrario que los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas amenazas globales que en este sentido son supranacionales y no específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nuevas²⁶⁶.

Riesgos que no son conocidos por el hombre, cuya ausencia de dominio provoca un miedo y un estado de inseguridad, que se enfrenta con el instrumento normativo.

La incertidumbre de lo desconocido se nutre, fundamentalmente como expresa ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, de las extraordinarias posibilidades de proceso, causales que se desencadenan con la unión de la energía humana y la energía tecnológica. Tres cuestiones sociales se presentan como interrogantes en esas circunstancias: ¿Es posible la previsión de los resultados? ¿Qué responsabilidad tiene el actuar humano en la previsión de los resultados? ¿Cuál es la

266 BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo - hacia una Nueva Modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M. Rosa Borrás. Paidós, Barcelona, 1ª edición, 1988, p. 19.



responsabilidad social ante la posibilidad del continuo aumento de riesgos para la Sociedad?²⁶⁷, a lo que agregamos: ¿Cuál es el papel que debe desempeñar el Derecho penal en dicha descripción sociológica?

En la mayoría de las actividades cotidianas de nuestra vida social, como escribe PAREDES CASTAÑÓN, o al menos en todo lo que exigen utilizar medios tecnológicamente avanzados, se encuentran peligros (no solo abstractos, sino también concretos, acabando a veces en lesiones) para bienes jurídicamente protegidos: trabajos –más o menos– peligrosos (desde la construcción hasta la minería pasando por la utilización de aparatos radioactivos), entretenimientos, transportes (...) También en el ejercicio cotidiano de derechos (así, de la libertad de expresión y de información) existe una constante (no sólo excepcional) puesta en peligro –y, en alguna medida una lesión– de intereses jurídico-penalmente tutelados (intimidad, honor...) ²⁶⁸.

Nuevas amenazas a la coexistencia pacífica de la Humanidad, que adquieren ribetes de criminalidad cuando se materializan a través de ataques o puestas en peligro de bienes jurídicos individuales y supraindividuales. De otro lado, la Globalización económica y cultural produce una Criminalidad de la Globalización que se gesta a partir de los nuevos mecanismos y elementos sofisticados que estas estructuras criminales cuentan para organizarse y potenciar sus actividades ilícitas, que se extienden a latitudes antes impensables. Ciertamente, las bondades y beneficios de la post industrialización son también canalizadas por los individuos que se organizan a través de asociaciones delictivas.

267 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Política Criminal*, p. 258.

268 PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *El Riesgo Permitido en Derecho Penal* (Régimen jurídico-penal en las actividades peligrosas). Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, p. 27.

Un «Estado Liberal de Derecho», cuyos postulados fundamentales eran la tutela de los derechos subjetivos individuales, como la propiedad individual, da paso de forma acabada a un «Estado Social y Democrático de Derecho», cuya finalidad esencial es configurar un estado de bienestar de los ciudadanos, promoviendo la participación de los individuos en los procesos socioculturales, a partir de una mayor propensión del Estado a la realización de los derechos fundamentales.

Ante esta nueva cosmovisión del Estado y la sociedad, la política criminal es redefinida hacia nuevos rumbos sociológicos.

De hecho, se produce un desplazamiento de un Derecho penal retributivo, hacia un Derecho penal esencialmente preventivo, cuya tarea es preservar un estado de igualdad y de libertad entre los asociados.

Esta nueva configuración socioeconómica de la sociedad propicia efectos cognitivos de especial particularidad en la población y en el legislador. Estos nuevos riesgos son asumidos con fatalismo y con temor por el entero de la sociedad, lo que lleva a una reacción penal —a veces desproporcionada—, todo lo cual desencadena quiérase o no un replanteamiento de la política jurídica del Estado.

Percepción cognitiva que se traduce político criminalmente en concretas medidas jurídico-penales, a partir de la intervención del Derecho penal en nuevos ámbitos sociales antes nunca abordados.

Dicho lo anterior, el discurso político-criminal se dirige a cuestionar la legitimidad del Estado, y por tanto del Derecho penal de acuerdo a los principios liberales acuñados a fines del siglo XVIII; y por otro lado, si es que las categorías dogmáticas elaboradas en la doctrina del Derecho penal liberal son adecuadas para enfrentar estas nuevas tareas preventivas, o si en su defecto, es necesario reelaborar el contenido de las mismas a partir de nuevas definiciones descriptivas.



Dicho en otras palabras: *la discusión jurídico-penal en el nuevo siglo ya no gira sobre el contenido ontológico de la acción, sino sobre las tareas que el Derecho penal debe asumir bajo una concepción político-criminal de postulados esencialmente preventivos.*

Para examinar con corrección la teoría de la Imputación Objetiva, se exigen 4 presupuestos básicos: 1. Riesgo Permitido y el Principio de Confianza; 2. La Prohibición de Regreso; 3. Autopuesta en peligro; y, 4. La Relación de Riesgo.

a. Riesgo Permitido

El esfuerzo desplegado por formular una teoría basada en conceptos normativos, como apunta SANCINEITI, no se trataba solamente de dejar fuera del tipo los cursos causales inadecuados, a los que fuera irrazonable perseguir objetivamente, sino que también quedaban fuera del tipo los comportamientos por cierto peligrosos, pero propios del curso ordinario de la vida social, nace así el concepto de “riesgo permitido”²⁶⁹, en tanto, el Derecho penal como medio contenedor de factores de riesgo, únicamente debe intervenir en aquellos riesgos no tolerables por la sociedad, por considerarse hechos disvaliosos que contradicen la vigencia fáctica de la norma.

Tanto, en el Homicidio doloso como en el culposo, debe partirse de la premisa de la infracción de una norma de cuidado (Inobservancia del deber objetivo de cuidado, incidir en la generación del RJP), se indica en el FUNDAMENTO DÉCIMO de la CASACIÓN N°

269 SANCINEITI, cit, p. 48, como señala el autor en términos cercanos al esgrimido por WELZEL en su teoría de la Adecuación Social, como dice este autor alemán “*Si el Derecho quisiera prohibir todas las lesiones de bienes jurídicos como ilícito objetivo, quedaría paralizada instantáneamente toda la vida social y tendríamos aquel mundo de museo dedicado únicamente a la contemplación*”; *Studien zum System des Strafrechts*, ps. 491 y ss.



912-2016: “(...) se trata de un instituto dogmático liberador de responsabilidad penal, que nos permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo. Así es necesario reconocer que la sociedad en la que vivimos es una sociedad de riesgos pues en determinados ámbitos, hay la necesidad de un riesgo –un riesgo permitido– contra los bienes jurídicos. En tanto se actúe dentro del riesgo jurídicamente permitido, no se puede –normativamente hablando– quebrantar una norma”. Bajo tales consideraciones, los constructos normativos típicos son recogidos de las propias actividades socio-económicas-culturales que se desarrollan y suscitan en el quehacer cotidiano de los individuos (con evidentes limitaciones en el contexto del COVID-19); mas dicho revestimiento jurídico-penal no puede ser concebido desde un plano formal o causal del estado de las cosas, en cuanto a lesiones o muertes de personas, sino a partir del baremo que fija precisamente las diversas estipulaciones legales que regulan una determinada actividad humana, por lo que si la lesión generada está dentro del margen normativo permisible no le puede atribuir dicho estado de desvalor al agente así como aquellas conducciones humanas que se sujetan a los roles predeterminados en sociedad.

El reto, en un principio, fue establecer los límites de permisión de peligro a los bienes jurídicos (STRATENWERTH)²⁷⁰. Es la propia sociedad que en base a la evolución de una gama de actividades económicas (industriales, comerciales, etc.) de la mano con el avance científico-tecnológico, la que determinará finalmente cuáles son los peligros que pueden ser aceptados por una comunidad social, para lo cual se utilizarán factores, como: evitabilidad del riesgo, utilidad social, necesidad económica, etc. Deberá también ponderarse los

270 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*. I (El hecho punible), Edersa, Madrid, 1982, p. 121.

bienes en conflicto, tomando como variable referencial la coyuntura social-histórica, pues las diversas relaciones sociales no son estáticas, están en permanente dinamicidad; por lo tanto, el juicio valorativo dependerá del grado de utilidad que se obtenga de la actividad social permitida.

La ubicación sistemática del Riesgo Permitido ha generado una discusión dogmática que es abordada en la mayoría de los textos de la materia. En primera línea destaca ROXIN, para quien la imputación del resultado es un problema propio y privativo de los delitos de resultado que tiene que ser resuelto en el injusto, o mejor dicho, en el tipo del injusto²⁷¹; siguiendo la postura de que el tipo penal no es «*ratio cognoscendi* de la antijuridicidad», sino que el tipo del Injusto en su totalidad constituye un solo momento valorativo, contrario a nuestra posición delineada en capítulos anteriores.

Observamos que se parte de una misma premisa: de que el resultado lesivo acaecido sea la realización concreta del riesgo no permitido generado por la conducta del autor, por lo que en este plano valorativo ya se excluyen del propio ámbito de la tipicidad dichas acciones por no concretar la relación de riesgo.

De acuerdo con el principio del riesgo, partiendo del resultado, la cuestión estriba en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado²⁷². Por lo tanto, es un regulador de la tipicidad o, por mejor decir, de la imputación penal²⁷³.

De acuerdo con la posición, que ubica al «Riesgo permitido» o mejor dicho la Imputación Objetiva en el ámbito de la teoría ge-

271 ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*, T. I, ps. 345 y ss.

272 CANCIO MELIÁ, M. *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, p. 56

273 ROLDÁN BARBERO, H. *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, p. 116.



neral del delito, es la antijuridicidad material, es decir, el injusto requiere de la afectación de un bien jurídico producto de una acción de por sí riesgosa. Esto exige dos juicios valorativos diferentes como apunta HORMAZABAL MALAREE. Por una parte, un juicio *ex ante* para establecer en la tipicidad el riesgo para el bien jurídico de la acción y por la otra un juicio de imputación, esta vez *ex post* y en la antijuridicidad, para establecer si el resultado de afección del bien jurídico fue plasmación de dicha acción peligrosa o, mejor dicho, si el peligro de la acción típica finalmente se realizó en una afección del bien jurídico²⁷⁴.

Mediante esta posición, se confunden dos planos a saber: tipicidad y antijuridicidad, que concluirían en la postura de JESCHECK, de que el Riesgo Permitido es un principio general de justificación penal; dejándose de lado la función del tipo penal de naturaleza restrictiva, en cuanto excluir de su ámbito aquellas conductas que no son lo suficientemente “dañinas” o “socialmente negativas” para determinar su relevancia jurídico-penal, mientras que la antijuridicidad revela un campo más amplio de valoración, donde penetran todas las esferas de la política jurídica, por lo que se confundiría su propia naturaleza jurídica; (...) como escribe acertadamente CANCIO MELIÁ, no hay riesgo de confusión entre justificación y tipicidad por incluir el riesgo permitido en la tipicidad: queda claro que cabe establecer diferencias entre la valoración (excepcional/normal) del permiso de una acción en legítima defensa del permiso de una conducta llevada a cabo dentro de una actividad tal normal como puede ser la conducción de automóviles²⁷⁵.

La función del «Riesgo Permitido» en el ámbito de la teoría de la Imputación Objetiva es de sustraer del ámbito de la tipicidad,

274 HORMAZABAL MALARÉE, H. *Imputación Objetiva y Principio de Lesividad*, p. 417.

275 CANCIO MELIÁ, M. *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, ps. 102-103.



aquellos comportamientos que no son cubiertos por su propio significado «normativo»: de crear una situación de riesgo para el bien jurídico tutelado por la norma penal.

La función teleológica de la Imputación Objetiva despliega todos sus efectos en el ámbito de la tipicidad, por lo que se dice que es una teoría del «Tipo penal»; a tal efecto, una concepción personal del Injusto, parte por reconocer que disvalor de la acción y disvalor del resultado, son dos planos valorativos que se compaginan coherentemente en el ámbito de la tipicidad.

Sobre la base del principio del Riesgo Permitido, ROXIN recurre a los siguientes parámetros para definir el juicio de imputación objetiva: a. La creación o no de un riesgo jurídicamente relevante. b. La disminución del riesgo. c. El incremento o falta de aumento del riesgo permitido y d. La esfera de protección de la norma²⁷⁶. Mediante el primer criterio se establecen los límites por los cuales una conducta aparece como jurídico-penalmente relevante, cuando rebasa los límites establecidos en las regulaciones jurídicas de actuación humana. *Sensu contrario*, si esta relevancia no se advierte, no cabe la imputación²⁷⁷. En este criterio, fluye el ejemplo, del sobrino que convence al tío millonario para que vuele constantemente el avión, y fruto de esa perseverancia se produce el resultado lesivo, esto es la muerte del tío, pero este resultado no le puede ser imputado al sobrino, pues con su conducta no creó un riesgo jurídicamente relevante; (...) no puede estar prohibido crear un riesgo general de la vida de entidad normal²⁷⁸.

Según el segundo criterio, se produce un resultado «lesivo» pero menos grave al que se hubiera podido producir, si es que el

276 CANCIO MELIÁ, M. *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, ps. 56-57.

277 ROLDÁN BARBERO, H. *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, p. 109.

278 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*, I. p. 154.



sujeto no hubiera actuado, por lo que se disminuye de forma significativa la entidad del primer riesgo. Cuando el padre desvía el curso de una pedrada que va a impactar en la cabeza de su hijo, pero de todos modos produce una lesión en la pierna, de escasa gravedad. Si a través de su actuar el autor produce una reducción del riesgo de que se realice un resultado; una atenuación del resultado antijurídico que amenaza, basado en los cursos causales iniciados o en un retardo en la realización del resultado, entonces el resultado ejecutado no le es objetivamente imputable²⁷⁹, pues, *si el autor con su conducta propició un resultado menos grave que el que se hubiera ocasionado con el curso inicial –relativamente neutralizado– este resultado menos grave no le puede ser imputado objetivamente.*

El tercer criterio, importa, sobre todo en los delitos culposos, la imputación objetiva de la conducta, cuando se ha incrementado de forma significativa el riesgo. Se trata de realizar un reproche objetivo al autor tan sólo cuando, en el ejercicio de una actividad arriesgada, ha elevado el nivel de riesgo que ya de por sí aquella conllevaba²⁸⁰, utilizado por ROXIN, para la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a Derecho, es decir, que las normas de conducta penales se dirigen exclusivamente contra aquellas formas de conducta que muestran un grado de peligrosidad que va más allá de la medida permitida²⁸¹.

Por último, la esfera de protección de la norma, quiere decir, que el resultado lesivo causado, sean aquellos que precisamente la norma se orienta a regular en su ámbito de incidencia valorativa, (...) como criterio destinado, básicamente, a abarcar casos de daños sobrevenidos posteriormente, casos en los que se produce un se-

279 RUDOLPHI, H. J. *Causalidad e Imputación Objetiva*, ps. 32-33.

280 ROLDÁN BARBERO, H. *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, p. 110.

281 RUDOLPHI, H. J. *Causalidad e Imputación Objetiva*, p. 43.



gundo daño y supuestos de provocación de acciones de salvamento arriesgadas y de favorecimiento de autopuestas en peligro²⁸².

Solo entonces, cuando el hecho concreto causante del resultado se encuentre incluido dentro del ámbito de protección de la norma transgredida se debe también imputar objetivamente al autor el resultado causado por él²⁸³.

b. Principio de Confianza

¿Bajo qué presupuestos la conducta de terceros puede influir en la configuración del cuidado propio?

Al principio de «Confianza» se le atribuye una función interpretativa al momento de emitir juicios valorativos negativos a determinadas conductas intersociales desvaloradas, aquellas en las cuales participan varias personas, cuya configuración típica dependerá de cómo los demás desarrollen sus propios ámbitos organizativos.

Este principio regulativo adquiere suma relevancia al momento de delimitar ámbitos de «auto-responsabilidad».

El Principio de Confianza se nutre en la autolimitación de su propia configuración conductiva; es así que el ciudadano debe procurar que en el desenvolvimiento de su esfera organizativa no lesione bienes jurídicos ajenos, pero, no es su deber orientar su cuidado a que los otros se comporten correctamente, es decir, no defectuosamente.

FEIJOO SÁNCHEZ parte de la visión de considerar que los ciudadanos como sujetos autorresponsables y racionales con una motivación respetuosa del Derecho, tienen especial relevancia con respecto a aquellas instituciones de la Teoría del Delito que se ocupan

282 CANCIO MELIÁ, M. *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, ps. 57-58.

283 RUDOLPHI, H. J. *Causalidad e Imputación Objetiva*, p. 41.

de la tipicidad de la conducta en relación al comportamiento de terceras personas; es decir, cuando se puede imputar a una persona lo que ha hecho otro²⁸⁴.

Un Estado Social de Derecho supone que sus ciudadanos reconocen y han hecho suyas las normas sociales y jurídicas necesarias para la convivencia intersocial; en base a tal concepción, los ciudadanos tienen pues la confianza de que sus pares van a amoldar sus ámbitos organizativos con sujeción a dichas normas y éste es el fundamento de la vigencia fáctica de las normas.

Empero, se puede responder únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte de la función de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que puedan originar la conducta de un tercero.

En principio, nadie debe dirigir su atención a que otros sigan el mismo comportamiento. Sin embargo, vale esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a su *status*, confiando en que los otros cumplieron con las expectativas que proceden del rol que se les ha confiado en el caso concreto²⁸⁵. El sistema social, como una unidad orgánica con vida propia, exige que los ciudadanos como integrantes del mismo, ajusten su comportamiento conforme al *status* social que se les ha confiado en concordancia con la normatividad vigente.

Para STRATENWERTH el principio de confianza se fundamenta en la responsabilidad de los terceros y en la posibilidad de diferenciar un ámbito de responsabilidad primario basado en una relación directa con el hecho y un ámbito de responsabilidad secundario o derivado basado en tercero (FS-Schmidt, cit., ps. 388-390).

284 FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Grijley, 2002, ps. 279 y ss.

285 WELZEL, H. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, ps. 72-73.



De todas maneras, ha de acotarse que el principio de confianza muy llevado al tema medico y al desarrollo de la actividad empresarial, su tratamiento en el ámbito “laboral” parece no ofrecer un criterio regulador susceptible de aplicar en los accidentes de trabajo, pues como indica ARROYO ZAPATERO, que si bien en el trafico la confianza prima sobre la negación, en el orden laboral ocurre lo contrario: la regla es la desconfianza, hasta el punto de que se configura como principio fundamental de la determinación de la diligencia del empresario el de que está obligado a prever las imprudencias de la propia víctima (La protección penal de la seguridad en el trabajo, cit., p. 180).

El empresario (empleador), pues tiene un deber legal de vigilancia y control sobre las actividades laborales a ser desarrolladas por los operarios, de proveer a estos de los mecanismos, instrumentos y herramientas necesarias para controlar focos de riesgo, tanto para su propia seguridad como para terceros.

Este es un principio regulador muy importante de la teoría de la imputación objetiva “si”, en aquellas actividades humanas donde intervienen varias personas y se pueda postular así que subyace una verdadera división del trabajo, empero este principio se debilita significativamente en aquellos planos de interactuación social, que precisamente por su particular naturaleza, permiten desconfiar de que el resto de intervinientes no se comportaran conforme a derecho o cuando en el tercero conserva cuotas de control y vigilancia sobre la actuación de un tercero (subordinado).

Desde la base de la construcción de una teoría Político Criminal del “sujeto responsable”, FEIJOO SÁNCHEZ anota que una teoría de tal naturaleza debe partir del individuo en sociedad. La persona solo puede ser comprendida en cuanto vive en sociedad, pero no de forma vaga, sino en cuanto persona concreta en el mínimo social concreto en que se da su comportamiento como forma de vinculación. No se trata de un simple sujeto, sino de una persona que



cumple un determinado papel que le ha sido asignado, pero que en todo caso es realizado por ella (ob. cit., p. 153). Es así, qué una persona cumple con un determinado rol que le ha sido asignado en sociedad, sobre la base de una reglamentación normativa, cuya consciente o inconsciente infracción puede dar lugar a su responsabilidad penal, siempre que dicha actuación humana la haya realizado con plena «libertad».

Este es un principio regulador muy importante de la teoría de la imputación objetiva “si”, en aquellas actividades humanas donde intervienen varias personas y se pueda postular así que subyace una verdadera división del trabajo, empero este principio se debilita significativamente en aquellos planos de interacción social, que precisamente por su particular naturaleza, permiten desconfiar de que el resto de intervinientes no se comportaran conforme a derecho o cuando en el tercero conserva cuotas de control y vigilancia sobre la actuación de un tercero (subordinado).

Desde la base de la construcción de una teoría Político Criminal del “sujeto responsable”, FEIJOO SÁNCHEZ anota que una teoría de tal naturaleza debe partir del individuo en sociedad. La persona solo puede ser comprendida en cuanto vive en sociedad, pero no de forma vaga, sino en cuanto persona concreta en el mínimo social concreto en que se da su comportamiento como forma de vinculación. No se trata de un simple sujeto, sino de una persona que cumple un determinado papel que le ha sido asignado, pero que en todo caso es realizado por ella (ob. cit., p. 153). Es así, qué una persona cumple con un determinado rol que le ha sido asignado en sociedad, sobre la base de una reglamentación normativa, cuya consciente o inconsciente infracción puede dar lugar a su responsabilidad penal, siempre que dicha actuación humana la haya realizado con plena «libertad».

Ahí donde empiezan a regir los deberes propios de las instituciones socio-jurídicas o cuando se revela claramente que el sujeto

actuante se conduce de forma defectuosa, cuando no tiene la posibilidad de conducirse conforme a lo esperado, decae automáticamente el «principio de confianza».

Ahora bien, debe precisarse que en realidad el «principio de confianza» comporta un subprincipio del Riesgo Permitido y de la Prohibición de Regreso, como criterio regulativo que incide sobre los propios ámbitos organizativos, en cuanto incumbencia de los portadores de ciertos deberes que implicaría la inutilidad de este concepto.

Dicho de otro modo: *en el ámbito de la conducción de la vida cotidiana, que se plasma en todas las formas de interacción social, no es fácil concluir que uno pueda esperar que el resto de congéneres pueda adecuar su conducción conductiva conforme a los parámetros que se desprenden de los criterios reguladores de dichas actividades, es decir, en una sociedad tan imperfecta, más vale confiar a veces que los sujetos se conducirán de forma defectuosa, en evidente riesgo para la integridad de los bienes jurídicos más importantes.*

Visto con un ejemplo propio de nuestra idiosincrasia nacional, si manejamos nuestro automóvil por una vía altamente concurrida, donde el tránsito es congestionado por la enorme cantidad de vehículos, en un cruce de una autopista, sabiendo la impericia de las combis y de los taxistas, más que confiar que aquellos pararán en la luz roja, debe esperarse, que harán lo contrario; lo que no debe entenderse como una forma de excluir de relevancia típica la conducta del conductor infractor, que de seguro deberá responder penalmente, si dicha impericia provoca un estado de lesión a un bien jurídico que se determinará mediante los dos niveles de valoración característica de la relación de Riesgo, sino en el sentido, de que en la práctica el principio de confianza no tiene en realidad mucha incidencia en orden a establecer la imputación objetiva. Por consiguiente, sólo puede operar como un criterio complementario.

Este principio adquiere suma importancia en los trabajos de equipo, en los cuales se produce una división del trabajo, es decir, cada uno asume una función de la cual es responsable, así como en el tráfico rodado, por lo tanto juega un rol importante dentro de la dogmática de la imprudencia, porque en determinados ámbitos sociales la lesividad de ciertas conductas asumidas por el ordenamiento jurídico depende no sólo de la persona que las realiza sino también de otros participantes de esa actividad.

A modo de ejemplo, escribe FEIJOO SÁNCHEZ que la lesividad de conducir un automóvil no depende solo de cómo uno conduzca, sino de cómo se comporten los otros participantes en el tráfico rodado. O la lesividad de un producto que se comercializa (fármacos, medicinas, etc.) dependerá cómo los utilice el consumidor²⁸⁶; pues este no debe exceder de la dosis prescrita por el facultativo.

Ahí donde empiezan a regir los deberes propios de las instituciones sociojurídicas o cuando se revela claramente que el sujeto actuante se conduce de forma defectuosa, cuando no tiene la posibilidad de conducirse conforme a lo esperado, decae automáticamente el «principio de confianza».

c. Prohibición de Regreso

Elemento conceptual de la teoría de la imputación objetiva, inicialmente esgrimida por FRANK, dirigida a corregir los defectos identificables en la Causalidad, en concreto las críticas que se formularon hacia la teoría de la Interrupción del Nexo Causal. Ante ello surge esta herramienta conceptual orientada a despojar de elementos naturalísticos a la imputación del hecho desvalorado; conforme a este planteamiento original de la *prohibición de regreso*, un garan-

286 FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, ob. cit.



te no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada²⁸⁷; como un mecanismo de corrección para negar la imputación objetiva del resultado cuando se produce una «interrupción del curso causal».

La «Prohibición de Regreso» es posteriormente reelaborada, encontrando así una mayor coherencia dogmática, al fijar límites de imputación delictiva al tipo objetivo, de excluir de responsabilidad aquellos resultados que no tienen relación con determinados deberes de la vida social.

Según el punto de vista de JAKOBS, a quien se le atribuye el desarrollo moderno de este concepto normativo, tal como lo expresa CANCIO MELIÁ, el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación, es una organización no permitida²⁸⁸.

Dicho de otro modo: *no puede haber participación criminal, si el sujeto actuó en el marco de su rol como ciudadano, es decir, no infringió deber alguno, en cuanto no le incumbía el desarrollo de una conducción de un ámbito de organización ajeno.*

De cara a la posición antes descrita, no existe discrepancia alguna de excluir la imputación objetiva del resultado a la actuación de un sujeto que no era Garante o cuyo comportamiento se adecua a los alcances de una conducta «socialmente tolerable»; v. gr., como la venta de un armero a un ciudadano que cuenta con licencia para

287 REYES ALVARADO, Y. *Concepto de Imputación Objetiva*, p. 19.

288 Citado por CANCIO MELIÁ, M. *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, ps. 14-15.



portar armas, pese a haber escuchado su intención de querer matar a su esposa, pues no es su deber evitar que una persona en un estado responsable pueda cometer dichas ilicitudes.

Así también, cuando se vende un coche deportivo a un adolescente (mayor de edad), aun sabiendo que este protagoniza todos los fines de semana piques de autos con sus amigos en la Costa Verde, pues no es de su incumbencia que dicho joven no se conduzca conforme a derecho. Sin embargo, el siguiente ejemplo puede llevar a conclusiones distintas, si es que los factores fácticos inciden en configuraciones distintas. A ver, si un hombre mayor de edad que está cortando su jardín, le presta un machete a su vecino, pues le dice que lo necesita para cortar un árbol de su jardín, no se le podría imputar responsabilidad alguna si el vecino entra a la casa y da muerte a su esposa con el machete, pero si cambiamos la descripción fáctica, de tal manera que el individuo antes de prestar el machete, escucha alaridos y gritos de la mujer de su vecino, producto de los golpes que le está atestando el vecino y luego éste acude a pedirle el arma homicida con manchas de sangre en su camisa y en un estado psíquico de exaltación. ¿Podríamos decir que la conducta de dicho individuo es inocua, que no tiene relevancia jurídico-penal alguna en la producción del resultado lesivo? De ninguna manera, desde el momento que sabe que su conducta está contribuyendo de forma significativa en la perpetración de un parricidio, su participación sí es perfectamente conducente al tipo penal a título de complicidad primaria, basta la imputación delictiva el «dolo eventual».

Decisivo para esto es solamente si el hombre de atrás con su conducta contraria al deber ha creado el peligro de producir un resultado por medio de un hecho doloso ajeno, y si este hecho doloso se ha concretado en la producción del resultado²⁸⁹ (a título culposo).

289 RUDOLPHI, H. J. *Causalidad e Imputación Objetiva*, p. 52.



El instituto de la prohibición de regreso comporta un intento de explicación del fundamento de lo ilícito de intervenir en un hecho ajeno, de modo consistente con los puntos de partida de la imputación objetiva²⁹⁰.

Esta institución ha permitido excluir la imputación objetiva, a prestaciones sociales, que a pesar de estar conectadas con el resultado lesivo, no son imputables por ser consideradas adecuadas socialmente y que se sujetan a una configuración social de irrelevancia típica.

c.1. La Teoría de los Roles y su incidencia en la Teoría de la Imputación Objetiva

Una sociedad dinámica y de incesante movimiento, como la que caracteriza la descripción actual, define una compartimentación de roles, es decir, los ciudadanos, conforme dicha configuración, asumen una serie de tareas, de labores, de acuerdo a su posición en el sistema social. En virtud a ello, es que se habla en la doctrina, de esferas de competencia organizativa, es decir, cada individuo ha desarrollado dicha esfera de acuerdo a las normatividades que rigen dichas actuaciones, pues es sabido que una persona ejerce una variedad de labores en el decurso de su participación social, en cuanto: actividades técnicas, profesionales, ocupacionales, etc., siempre y cuando sea portador de libertad y de autonomía de la voluntad; es a partir de ello, que ha de sujetar su proceder conductivo, en estricto apego a las disposiciones que regulan en específico dicha actividad. Por consiguiente, una persona solo ha de responder (*penalmente*), por aquellas conducciones defectuosas, que se enmarcan en su particular esfera de organización personal, y no por aquellos comportamientos inadecuados (que superan el baremo del *riesgo jurídicamente desaprobado*), que toman lugar como consecuencia de

290 FERRANTE, M., cit., p. 28.

una conducta desarrollada en un ámbito de organización ajeno, esto quiere decir, que una persona solo ha de responder por aquello que le puede ser atribuido a su competencia de organización, y no por la de otros, basado en la idea de libertad y de autonomía de la voluntad.

El Derecho debe considerar al sujeto como un “ser de la libertad”, el cual en la realidad objetiviza su autonomía con otros sujetos tan autónomos como él, y muestra que el injusto personal no es otra cosa que un relativo defecto en esa autonomía, que requiere una objetivización libre de la voluntad en la realidad²⁹¹.

Los ámbitos de organización que protegen las normas penales no tienen un perfil fijo, sino que son determinados por las normas, que van construyendo ámbitos individuales o supraindividuales (estatales, colectivos, etc.) de organización. La existencia y alcance de dichos ámbitos, se dice en la doctrina especializada, dependen de las circunstancias y necesidades de una determinada sociedad y carecen de un contenido fijo ajeno a las normas de ese sistema social²⁹².

Se diría que si dicha persona no ha quebrantado los roles que guían su proceder conductivo, no puede ser responsable, por las conductas riesgosas que hayan de generar terceros, muy a pesar, de estar íntimamente conectadas; dicho en otros términos: el enlace que pueda existir entre dos acciones u omisiones, que tienen como protagonistas a dos personas, y que sumados desencadenan una conducta típicamente relevante, no importaría atribuir responsabilidad penal a quien sujeto su proceder conductivo de acuerdo a su ámbito de competencia personal, así el médico no responderá por la probable impericia del anestesiólogo, antes de que proceda la operación quirúrgica, de manera que son en principio los roles

291 DONNA, E. A. *Derecho Penal. Parte General*, T. I, p. 27.

292 FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva*. Cámara - Madrid, ps. 43-44.



y el principio de confianza, los que delimitan los ámbitos de responsabilidad individual. Y ello cuenta con pleno asidero justificativo, en un sistema social, provisto de una multiplicidad de actividades socio-económicas-culturales. Si bien la teoría de los roles puede proporcionarnos una base informativa relevante, en orden a definir la responsabilidad penal de una persona, no puede dejarse de lado, que una sociedad no puede ser contemplada de una forma tan esquemática y mecanizada, ello supondría un proceso de deshumanización, que niega los lazos de solidaridad humana, de manera, que de forma subsidiaria a los roles propiamente específicos de un individuo, aparecen los roles que asume toda persona, y ello significa, no contribuir en un comportamiento que pueda reportar una lesión y/o una puesta en peligro a un bien jurídico —penalmente tutelado—; por tales motivos, la irresponsabilidad o no responsabilidad de una persona, no puede determinarse únicamente desde un plano estricto de los roles que desempeña en la sociedad, sino también en mérito a la forma anímica y espiritual, que ha manifestado en su comportamiento. En consecuencia, si es que desde un plano subjetivo, se logra advertir que éste sabía que estaba contribuyendo a la realización de un acto típicamente delictivo, no podrá salvar su responsabilidad penal, en tanto habrá obrado dolosamente (*dolo eventual*); para tal efecto, en el decurso del procedimiento penal, habrá de acreditarse dicha esfera cognoscitiva del injusto penal, a través de una suficiencia probatoria, que de hecho puede construirse a partir de la prueba indiciaria, mas no a través de meras conjeturas, sospechas y/o presunciones.

Como se expone en la doctrina, si se parte de la idea de que el «principio de confianza es un elemento necesario de toda división del trabajo», pasa a ser una cuestión decisiva en este ámbito hasta dónde está permitido o resulta legítimo confiar (el principio de confianza no es contrafáctico, sino que depende del contexto y de los «otros») ²⁹³.

293 FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Derecho Penal de la Empresa...*, p. 193.



El principio de confianza, nos puede brindar una base importante, para determinar los ámbitos de responsabilidad penal, mas dicho principio regulador de la teoría de la imputación objetiva no puede ser empleado como una fórmula general, pues en ciertos casos, de ciertas características, una persona no puede confiar, que la otra este procediendo de acuerdo a Derecho, lo que importaría una afirmación positiva de responsabilidad penal, de aquel que sabe perfectamente que esta coadyuvando a la materialidad de una conducta delictiva, mediando una división del trabajo.

Conforme el marco teórico-conceptual delineado, debe indicarse; por tanto, que la atribución de responsabilidad penal ha de construirse desde una contemplación personalista, de quienes aparecen en el escenario delictivo, sea como autores y/o partícipes; dicha observación ha de corresponderse conforme los roles que el sujeto desempeñaba al momento de la presunta perpetración del hecho punible, en tanto y en cuanto un individuo puede verse involucrado en un acto de naturaleza delictiva, de forma casual y/o accidental, en cuanto al desarrollo de un determinado rol social, económico y/o cultural. Situación valorativa que definirá que la actuación de dicho sujeto puede ser reputada como penalmente (típica) relevante, en la medida que las personas sólo pueden responder penalmente por aquellos sucesos que se adscriben en su propio y particular ámbito de organización personal. Es merced a dicha consideración, que aparecen las denominadas conductas neutrales o adecuadas a Derecho, concatenada con el principio de la prohibición de regreso, mas dicha aplicabilidad a los casos concretos, no solo dependerá del ejercicio de un determinado rol social del agente, sino también del conocimiento de que éste tenga, de estar involucrado o no en la realización de un determinado hecho punible, es decir, de conocer que su intervención importa la colaboración al autor de la comisión de un hecho delictuoso, en cuanto a la presencia o no del dolo en la conciencia del agente; es ello lo que viene a fijar si su intervención puede o no adscribirse a un contexto delictivo, con idoneidad para sustentar una

conducta portadora de imputación delictiva o a la inversa, un comportamiento estereotipado o dígame inicuo. Es así, que transportar una mercancía, que no sabe el agente, que se trata de una sustancia prohibida, no supone la manifestación de una conducta que supere los criterios del riesgo no permitido, por ende, susceptible de ingresar al ámbito de protección de la norma, concretamente de favorecer el consumo ilegal de drogas tóxicas.

En el RN N° 1307-2014-Lima, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Fundamento 8), describe al respecto la siguiente precisión: *“En una sociedad donde la interacción de las personas genera riesgos, existen expectativas sociales respecto a la conducta de sus integrantes, de cómo es que se espera deben actuar. En consecuencia, existe un rol general de ciudadano, expectativas que la sociedad tiene sobre todo miembro que la integra sin distinción alguna; y existen roles especiales, expectativas que se tienen de algunos de sus miembros por una condición especial como lo son los vínculos familiares, funciones gubernamentales, entre otros. De modo que se entenderá que una persona ha lesionado un bien jurídico protegido por la norma penal, cuando su conducta defraude las expectativas sociales que sobre él pesan mediante la infracción de su rol afectando bienes jurídicos fundamentales protegidos por la norma penal”*.

En el Recurso de Casación número 1307-2019/NACIONAL, en marco de la interposición de una excepción de improcedencia de acción en una causa sobre Lavado de activos, llevo a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostener en el último párrafo del fundamento 5, lo siguiente: *“La competencia por el riesgo prohibido no necesariamente debe corresponder al titular del ámbito de organización del que se deriva fácticamente el riesgo prohibido (la encausada López Melgarejo de Costa), sino que puede recaer también sobre terceros –en este caso el esposo (Costa Alva), quien fue el que, según los cargos, habría efectuado maniobras delictivas para obtener los activos que se transfirió a la primera–. Tratándose del*

principio de confianza, como el desarrollo del suceso depende de otras personas y se trata de una exigencia normativa presupuesto de su aplicación, se ha de establecer si se mantiene la confianza del tercero o si esta decae (García Caveró, P., Derecho Penal - Parte General, Lima, 2019, cit., ps. 431-435). Esta extensión aplicativa del instituto de prohibición de regreso concatenado con el principio de confianza, constituye un plano de incidencia importante en aquellos ámbitos de la vida social, que conforme su estructura y naturaleza permite a sus miembros presumir una correcta (a derecho) del resto de sus miembros, siempre que no existan ciertas circunstancias que hagan desconfiar al agente de que la actuación del otro este fuera del marco del riesgo permitido.

A decir de JAKOBS, “no todo es asunto de todos, pues el Derecho Penal no puede estabilizar como expectativa respecto del comportamiento de otros que nade le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo”²⁹⁴; una consideración en contrario, importaría prohibir de plano una serie de actuaciones sociales, que de plano paralizarían el normal desenvolvimiento de toda sociedad. Empero, –para poder concluir–, si la conducta de favorecimiento a un delito, es o no punible, se debe examinar con toda exhaustividad, el contexto en el cual se desarrolló la misma, es decir, caso por caso, de manera, que si el imputado no trasvasó el umbral de su rol social, es decir, si no desbordó los parámetros de su función como transportista, en el presente caso, no puede asumir responsabilidad alguna.

En el RN N° 2208-2012-Lima, se dice que: “*Una conducta es neutral cuando expresa el cumplimiento de los deberes que forman parte de un rol social* (el agente adecua su comportamiento al rol que le corresponde desarrollar en sociedad). *Si otra persona, con*

294 JAKOBS, G. *La Prohibición de Regreso*, cit., p. 125.



una finalidad delictiva, utiliza una aportación que proviene del normal ejercicio de un rol, el titular de ese rol no está obligado a informarse sobre los desenlaces posteriores de su prestación, ni tampoco evitarlos, no es garante de lo que el autor haga con su aportación. Lo que el autor lleve a cabo con la aportación adecuada a un rol no es asunto del titular del rol “no todo es asunto de todos”. Mientras que en el RN N° 1793-2012-Lima, se indicó que el encausado alega que se limitó a efectuar su rol de cargador de los sacos de guano, desconociendo que los bidones que cubría contenían insumos químicos fiscalizados. Pese a que no era una actividad que hubiera realizado anteriormente y existan dudas respecto a que haya efectuado una conducta estereotipada (el acondicionamiento de la carga debió resultarle mínimamente sospechoso), es de considerar que, debido a su edad, no se le podía exigir un conocimiento más allá del promedio. Concorre, pues, un margen de duda razonable respecto a si conocía el contenido de la carga ilícita y desplego su voluntad hacia el delito.

d. La Participación en una autopuesta en peligro

d.1. Esfera de responsabilidad de la víctima

En un mundo regido por normas, se prescriben modelos de conducta, se determina la forma de cómo deben conducirse los ciudadanos, en los diversos ámbitos sociales, económicos y culturales; un sistema social gobernado por las leyes y la Constitución, importa la sanción de una serie de derechos y obligaciones, entre estas, de no lesionar los bienes jurídicos de los conciudadanos, a su vez, de adoptar formas conductivas, que en principio suponen la tutela hacia los propios bienes jurídicos del sujeto obligado.

Aparecen así específicos ámbitos de organización individual, ante sujetos responsables –libres de autodeterminación conductiva–, de ejercer las medidas necesarias, amén de controlar focos

de riesgos, susceptibles de generar una afectación a la integridad de sus intereses jurídicos fundamentales. Por consiguiente, solo el individuo será responsable del desarrollo de su ámbito de configuración personal, siempre que su actuación pueda ser atribuible a su esfera de competencia; nadie puede responder, ante el desarrollo deficitario del propio sujeto, cuando aquel es el que genera con su proceder un *riesgo jurídicamente desaprobado*, a menos que dicho individuo, no esté en capacidad de poder autoorganizarse personalmente; aparece así, el principio de «autopuesta en peligro».

A fin de comprender debidamente este principio regulador de la imputación objetiva, debe partirse de la presente premisa: es una sociedad de seres libres y responsables, cada cual debe responder por los defectos que pueda presentar en el desenvolvimiento de sus ámbitos de organización, que solo le incumbe al individuo titular del mismo; en una sociedad –sostenida en prescripciones normativas– resulta impensable que se pueda imputar responsabilidad a un tercero, por aquellas lesiones que se han producido en el propio actuar voluntario y libre de la víctima.

El Derecho penal no puede ingresar a estas esferas de organización, pues estaría quebrantando el ejercicio mismo de la libertad de actuación, que el orden jurídico les reconoce a todos los individuos, a menos que se revelen ya de por sí estructuras defectuosas en un ámbito propio de organización. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella²⁹⁵.

ABANTO VÁSQUEZ escribe que un resultado grave no debe ser imputado a quien dio inicio al curso causal, si el peligro de su producción fue libremente aceptado por la víctima²⁹⁶.

295 CANCIO MELIÁ, M. *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, p. 122.

296 ABANTO VÁSQUEZ, M. *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal* (Roxin); ps. 28 y ss.



El comportamiento libre y responsable de la víctima no puede tener la misma relevancia que un proceso causal natural; se considera pues, que debe imputarse el riesgo a la víctima que ha tomado una decisión libre sobre el inicio del riesgo o la situación de peligro, aunque esta pierda posteriormente el control por causas imputables solo a ella misma y no al tercero²⁹⁷. *Contrario sensu*, si el riesgo no es producto de una decisión consciente y voluntaria de la víctima, sino solo del tercero, no estamos frente a una autolesión típica.

En todos los casos, la víctima al menos también condiciona el riesgo con su presencia. La determinación de los supuestos en los que es ella la que debe cargar con la responsabilidad por el riesgo, total o parcialmente, es objeto del instituto rotulado genéricamente competencia de la víctima²⁹⁸; es decir, la víctima con su actuar ha generado otro riesgo que puede en definitiva ser la concreción del resultado lesivo.

Se hace necesaria una limitación de la imputación del resultado en relación con las *lesiones posteriores (Folgerverletzungen)* que se desarrollan como consecuencia de las lesiones primarias imputables²⁹⁹. Un ejemplo claro: un conductor que sobrepasó de forma significativa el Riesgo permitido, al conducir a una velocidad más allá del límite permitido, arrolla a un peatón que se conducía adecuadamente, en virtud del cual se producen lesiones leves, por lo que es conducido al hospital, donde el médico le prescribe una medicación que debe ingerir de forma periódica, sin embargo, la víctima hace caso omiso a la prescripción médica, por lo cual la herida en principio leve se complica y tuvieron que amputarle la pierna al revelar una gangrena. La lesión sobreviniente no puede ser imputada objetivamente al primer autor, pues estaríamos calificando

297 FEIJOO SÁNCHEZ, B. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*.

298 FERRANTE, M. cit, p. 30.

299 RUDOLPHI, H. J. *Causalidad e Imputación Objetiva*, p. 57.

una responsabilidad objetiva por el resultado, debiendo proceder a una delimitación de ámbitos de autorresponsabilidad, que excluyen la imputación del resultado al primer causante; empero, puede también producirse la muerte o lesiones graves, por la incidencia de otro factor desencadenante —no proveniente de la víctima—; cuando es sometida a una operación quirúrgica negligente por parte del médico tratante, en este caso se podía imputar a este último, homicidio o lesiones culposas, pero si el fallecimiento obedece a los propios riesgos de la operación habrá que negar la imputación del resultado. La pregunta decisiva es también, nuevamente, si en el peligro mismo que se realiza en la lesión posterior se sobrepasa la medida permitida y con esto no pertenece más a los riesgos de vida generales jurídicamente no reprochable del afectado³⁰⁰.

En este rubro ingresan los vicios del consentimiento, como la intimidación, el error, el dolo o la culpa, cuando se produce una falla en la representación que tiene la víctima sobre el evento que va a realizar, pues, si éste hubiera tenido conciencia de la realidad, de seguro que no hubiese aceptado la realización de la actividad riesgosa.

La fundamentación de este principio, tiene como sustento legitimador los derechos con que gozan los ciudadanos en un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho.

En un Estado donde priman las libertades individuales, aquél está en la obligación de protegerlas, así como respetar las libres decisiones que son fruto de la voluntariedad del hombre. Pues, el derecho de autodeterminarse conductivamente no es de propiedad colectiva, la dignidad de la persona es un elemento valorativo sublime que caracteriza la humanidad y éste es un valor supremo de orden jurídico-político.

300 RUDOLPHI, J. H. *Causalidad e Imputación Objetiva*, p. 59.



La voluntad del ciudadano libre y consciente debe primar, siempre y cuando se trate de bienes jurídicos disponibles y si esta disposición no entra en conflicto con valores jurídicos de orden superior.

El peligro de cesión ha entrado en la esfera de responsabilidad de la víctima. Casos como, por ejemplo, cuando una persona A proporciona droga a un sujeto B —que es adicto— y luego éste muere a causa de una sobredosis, habrá pues que negar la imputación objetiva del resultado lesivo a A. Una persona puede motivar a otra a participar en actividades peligrosas, como escalar una montaña extremadamente quebradiza, una de ellas —mediante una acción imprudente— cae al vacío produciéndose su muerte. En supuesto, se niega la imputación a la otra persona, a menos que haya sido un instructor experimentado, que tenía el deber de dar protección y de hacer advertir el peligro a la otra persona, evidentemente novato en estas prácticas. Distinta es la circunstancia, de aquel que decide acompañar a un conductor en estado de ebriedad, pero el resultado lesivo se produce en virtud de la falta de potencia de los frenos y no por la falta de reflejos que hubiera podido producir el estado etílico. La víctima decide realizar con un tercero una actividad que conlleva cierto riesgo para su incolumidad física, pero el tercero con su actuación hace que la actividad también encierre una probabilidad de muerte para su compañero. La víctima conoce del estado de ebriedad del conductor, pero, no sabe de la avería de los frenos; en dicha hipótesis, el primer riesgo es consecuencia de una decisión libre de la víctima, pero no el segundo que es finalmente el que se concreta en el resultado lesivo.

Para solucionar estos casos se recurre al fin de protección de la norma (ROXIN)³⁰¹, a la delimitación del ámbito de responsabilidad y el principio de autorresponsabilidad, a la competencia de la víctima y a la infracción de sus deberes de autoprotección.

301 ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*. T. I, p. 314.

d.2. Delimitación de esferas de responsabilidad

Mediante este criterio interpretativo se determina a cuál de los sujetos participantes se le debe considerar penalmente responsable.

Constituyen todas las formas de intervención en el delito y de qué forma es considerada trascendental la intervención de la víctima.

Esta institución opera en los supuestos en que el titular de un bien jurídico (“víctima”) emprende conjuntamente con otro (“autor”) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico³⁰², esto quiere decir, la víctima participa conscientemente en una actividad ya de por sí riesgosa. Si el que en peligro actúa de forma libre y completamente responsable, entonces no puede por tanto imputársele esto a quien posibilita la autopuesta en peligro³⁰³. Por consiguiente, no es autor todo aquel que interviene en el delito creando junto a otras un riesgo, el riesgo concretizado en la configuración típica; ante el caso de concurrencia de riesgos, habrá que definir si es que uno desplaza a otro y si la intervención del titular del bien jurídico define una imputación a título personal.

En el caso de los accidentes en el tráfico, varios son en muchos casos generados por la generación de riesgos propiciados por los propios transeúntes, quienes en un desenvolvimiento deficitario de sus ámbitos organizativos se colocan conscientemente en una situación de peligro, vulnerando sus deberes de protección, por ende, el resultado lesivo producido (muerte del peatón) no podrá ser imputado objetivamente al conductor, siempre que se pruebe que este actuó observando la diligencia debida y que el resultado es la concretización del peligro generado por la propia víctima.

302 CANCIO MELIÁ, M. *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, p. 123.

303 RUDOLPHI, J. H. *Causalidad e Imputación Objetiva*, ps. 62-63.



Como es sabido los propios niveles de participación delictiva revelan que la propia víctima aporta una contribución fáctica esencial para la realización típica, lo cual de ninguna manera supone algún ámbito de autoresponsabilidad. En un asesinato por medio de una sustancia venenosa, la propia víctima toma de sus propias manos el veneno, es el propio conductor que enciende el carro que da lugar a una explosión por un artefacto explosivo colocado por un tercero.

Ahora bien, en el ámbito de delimitación de esferas de responsabilidad, deben precisarse previamente las esferas de organización entre la víctima y el autor, para determinar si el resultado lesivo producido puede ser imputable o no al autor; pues en algunos casos, puede que las lesiones sí sean imputables al autor, v. gr., cuando se lleva a cabo una determinada actividad de por sí riesgosa, situación que es conocida por la víctima, pero existen otros factores concomitantes que sí son desconocidos por la misma, por lo que la víctima es utilizada para la producción de una autolesión. En este sentido, puede haber tantos supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño este se impute a la víctima, como supuestos en que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor; dicho a modo de ejemplo: la víctima conscientemente incursiona en paracaidismo, donde el instructor le ha dado clases para saltar en una determinada clase de paracaídas, pero al momento de que se va a producir el salto, el instructor le entrega un paracaídas desconocido por la víctima, quien no toma conocimiento del mismo, por lo que no lo logra controlar y muere en una caída libre.

Dicho lo anterior, el suceso típico sí ingresa en este caso a la esfera de responsabilidad del instructor, pues él era Garante al entregar un instrumento no controlable por la víctima, pero si la víctima hubiese aceptado libremente la utilización de dicho paracaídas, la lesión tendría que ser explicada como un ámbito de responsabi-

lidad de la víctima. De forma semejante, no puede ser responsable aquel que entrega una dosis de fármacos o de droga a un drogadicto mayor de edad, que como consecuencia de una sobredosis muere, al margen de la punibilidad en que pudiese incurrir si es que se trata de un traficante de estupefacientes; se trata entonces, de una actividad a propio riesgo realizada en un ámbito de libertad.

En la ejecutoria suprema recaída en el RN N° 1208-2011-Lima, la Sala Penal Transitoria, señala: *“En todos aquellos casos en los que puede hablarse de competencia de la víctima, se produce una causa de exclusión de la imputación objetiva y, por consiguiente, el resultado dañosos no es imputable al sujeto, sino a la víctima del daño. Sin embargo, hay supuestos en que sin concurrir la conducta necesaria para poder hablar de competencia de la víctima, tanto el comportamiento de esta, como el de la otra parte, han sido condición del daño y en ambas puede establecerse un juicio de culpabilidad (conurrencia de culpas de autor y víctima)”*³⁰⁴. Mientras que en el Fundamento 15, resolución (auto de excepción de improcedencia de acción) emitida por el Primer Juzgado de Investigación del distrito fiscal de Tumbes: *“En cuanto a las acciones a propio riesgo de la víctima (imputación de la víctima) según la teoría de la imputación objetiva excluyen de la tipicidad en dos casos: 1) por la infracción de incumbencia de autoprotección, esto ocurre cuando la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella. Se trata, por tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia autoprotgerse. 2) por un acto de voluntad, que se presenta cuando la propia víctima de manera voluntaria se somete a los peligros que amenazan su ámbito personal, de manera que en caso de realizarse un tipo penal, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima”*. [Cf. Vi-

304 En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo N° 41, noviembre del 2012, cit., p. 89.



Ilaviccencio Terreros, Derecho penal parte general, editorial Grijley 2013, p, 330. Asimismo Benavente Chorres, Hesbert. La imputación objetiva, coordinador José Urquizo Olaechea, editorial Idemsa, 2012, 66-67].

En resumidas cuentas, las esferas de responsabilidad dependerán del juicio que recaiga sobre las circunstancias concretas de la acción, en cuanto hechos objetivamente conocidos por la víctima y sujetos a su ámbito de dominio.

e. La relación de riesgo

No es suficiente que se haya creado un peligro que sobrepase el riesgo permitido, se requiere que ese mismo riesgo se concrete en el resultado, se consecuencia directa del *riesgo jurídicamente desaprobado generado por el autor*.

La conexión entre la conducta del sujeto y la lesión o puesta en peligro típica constituye la «Relación de Riesgo»; por tales motivos, si el resultado es producto de un riesgo diferente, no podrá ser atribuible a la conducta del autor, a lo más a título de tentativa. En palabras de FRISCH: “Solo puede hablarse de una conducta típica en el sentido de los delitos de resultado si el enjuiciamiento de la conducta con base a las circunstancias cognoscibles *ex ante* y en los conocimientos nomológicos disponibles *ex ante* muestra que es propio de la misma, o bien un (...) riesgo concreto de producción del resultado típicamente relevante, o bien el aumento de tal riesgo³⁰⁵.”

Dicho así: la *imputación objetiva del resultado lesivo producido presupone necesariamente que sea la concreción del riesgo jurí-*

305 FRISCH, Wolfgang; citado por BJÖRN BURKHARDT; *Conducta típica y perspectiva ex ante a la vez, una aportación contra la “Confusión entre lo Subjetivo y lo Objetivo”*. En: El Sistema Integral del Derecho penal, ps. 154-155.

dicamente desaprobado creado por la conducta del autor, siempre y cuando este riesgo desde una perspectiva, ex ante sea objetivamente peligroso desde la visión del autor y de acuerdo a criterios generales de experiencia.

Se puede decir entonces, que se parte de un doble baremo valorativo: «axiológico» y «normativo»; para determinar con exactitud cuándo el resultado es producto del riesgo creado por el autor, se necesita recurrir a los siguientes presupuestos:

f. El fin de protección de la norma de cuidado

En principio, toda generación de un riesgo jurídicamente desaprobado, fundamenta por sí la imputación objetiva. No obstante, dice ROXIN, pese a todo, puede fracasar una imputación; de que el radio de acción del tipo, el fin de protección de la norma del tipo (es decir, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no comprende resultados como los que se han producido; de que el tipo no está destinado a impedir tales acontecimientos³⁰⁶.

Así también GIMBERNAT, para quien la teoría del fin de protección de la norma, establece como criterio determinante de si el resultado concreto producido era uno de los que el Derecho quería evitar con la imposición del deber de cuidado³⁰⁷.

El cobijo de una determinada conducta, bajo los alcances normativos de una figura delictiva, no procede de una forma mecánica, mediando un significado literal de los enunciados normativos; todo lo contrario, los conceptos que emplea el legislador en las descripciones típicas, han de ser entendidas desde un plano teleológico, en cuanto a que los tipos penales, sólo se encaminan a penalizar, aquellos comportamientos que son obra de sujetos libres y respon-

306 ROXIN, C. *La imputación Objetiva en el Derecho Penal*. ps. 131-132.

307 GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, ps. 141 y ss.



sables, teniendo como premisa la infracción de una norma, que le era exigible acatar el autor; siendo así, en el tipo penal de Homicidio Simple, previsto en el artículo 106° del CP, se reprimen aquellas acciones u omisiones, provocadas conscientemente por un hombre y, no aquellas muertes desencadenadas por los fenómenos naturales, por el propio organismo humano, por eventos que no son dominados o controlados por el hombre. Es ello, lo que debemos entender por el «ámbito de protección de la norma».

Se podría decir que cualquier curso causal puede tener que ver con el resultado lesivo acontecido, solo es imputable objetivamente aquella conducta comprendida en la esfera de protección de la norma; por tales motivos, el ámbito radio de acción del tipo penal tiene una extensión operativa limitada; entonces, cuando la conducta típica relevante no era aquella que la norma estaba dirigida a evitar, esta no puede ser fuente de imputación.

Entonces, cuando el resultado lesivo producido no es concreción del riesgo que trataba de evitar la norma de cuidado, no le es imputable a quien ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. El fin de protección de la norma puede ser determinado acudiendo a una interpretación sistemática, histórica y teleológica a la vez. Cuando la víctima vulnera gravemente sus deberes de autoprotección, dando lugar a una nueva relación de riesgo que desplaza a la anterior, el resultado final puede ser explicado como su acción y no como lo propiciado por el primer causante. Por tanto, debe examinarse constantemente el desarrollo concreto del hecho causante del resultado antijurídico, respecto a si este desarrollo puede contarse entre aquellos que involucran la prohibición a la puesta en peligro transgredida por el autor, es decir, si existe la norma de conducta transgredida por el autor para prohibirla³⁰⁸.

308 RUDOLPHI, J. H. *Causalidad e Imputación Objetiva*, ps. 40-41.



Pese a haberse dado un aumento del riesgo, la imputación objetiva también puede ser negada, si el resultado producido no era aquel que la norma quería evitar. Casos en los que, aunque el resultado es reflejo del riesgo producido, dicho resultado se sitúa fuera del ámbito de protección de la norma. Ejemplos: la madre de A muere de un infarto al corazón al enterarse que su hijo fue muerto por B. La muerte de la madre no podría imputarse a B, por no ser el reflejo de un riesgo que pueda objetivamente imputarse el resultado lesivo producido.

Otro caso: A impacta su vehículo con otro carro, causándose la muerte del conductor de este último, quien sufre una lesión cerebral al chocar su cabeza con el frontis del para brisas, por no haber estado sujetado con el cinturón de seguridad. En consecuencia, la creación del primer riesgo del vehículo A no le es imputable el resultado muerte, por tratarse de un riesgo diferente que creó la víctima al infringir gravemente sus deberes de autoprotección, a lo más al conductor del vehículo A se le podrá imputar lesiones culposas, si es que se prueba que infringió el deber objetivo de cuidado. Fuera del ámbito de protección de la norma quedan también los “resultados sobrevenidos muy posteriormente”, como la muerte de una persona, a la que se contagió dolosamente el sida, muchos años después, como consecuencia del deterioro sufrido por su organismo³⁰⁹.

Finalmente, el caso del esposo que golpea fuertemente a su consorte causándole graves lesiones corporales, pero éste no advirtió que su menor hijo estuvo presenciando el acto en múltiples oportunidades, evento que trajo como consecuencia una afectación en la esfera psíquica del menor; por ende, dicho resultado no puede ser abarcado por el tipo de lesiones, a menos que el padre intencionalmente haya obligado al menor a presenciar el hecho violento en contra de su voluntad.

309 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, p. 107.



TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DOLOSO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Los tipos penales descritos en la Parte Especial del CP describen modelos de conducta, se dirigen a determinar la conducta del individuo, a fin de que estos no vulneren o pongan en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados; a tal efecto, describen en el enunciado normativo, elementos de naturaleza objetiva y subjetiva, cuya concurrencia resulta indispensable, como presupuesto de punición.

Dicho de otro modo, el fin del Derecho penal es mantener una coexistencia pacífica de los ciudadanos, bajo un régimen de libertad y de igualdad; en tal sentido, los tipos penales ejercen una función de garantía de primer orden, de conformidad con el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege praevia*), principio político criminal imprescindible en un orden democrático de derecho.

Dicho lo anterior, los tipos penales deben estructurar conductas de una forma clara, estricta y coherente entre sus elementos constitutivos de tipicidad penal; por tales motivos, he de decir, que los tipos penales se encuentran conformados por dos planos esenciales: por el plano objetivo y por el plano subjetivo.

El tipo objetivo implica la descripción de una serie de elementos que necesitan ser objetivados en el plano real, a efectos de atribuir la realización del tipo objetivo, en cuanto a la creación de un «riesgo no permitido» que ingresa al ámbito de protección de la norma.

La perfección típica de un delito implica la realización plena del tipo subjetivo y del tipo objetivo, lo cual afirma el juicio de tipicidad, como primera valoración a fin de establecer la concurrencia de un verdadero injusto penal; esta valoración dogmática supone en realidad un juicio de imputación, la atribución de un injusto penal a la persona del autor, un proceso de imputación que cuenta con una dimensión objetiva y otra subjetiva.

Siendo consecuentes con los postulados, de una moderna teoría General de la Imputación, primero se debe acreditar la base objetivada (creación de un riesgo prohibido), para luego conducirnos a la base subjetiva; la única legitimación para recurrir a la esfera interna del autor surge sólo una vez determinada la existencia de un riesgo desaprobado desde una base objetiva (estandarizada)³¹⁰, quiere decir esto, que la conducta del autor que ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado haya ingresado al ámbito de protección de la norma, que sea entonces, aquellas conductas que el tipo quiere prohibir por resultar lesivas al bien jurídico protegido por la norma en cuestión.

El tipo subjetivo describe la esfera interna del agente, es decir, el plano psíquico que vincula al autor con la producción de un resultado penalmente antijurídico; importa en otras palabras la vinculación personal del autor con la realización del injusto penal.

La esfera psíquica o interna del agente describe las especiales motivaciones que tuvo el autor para cometer su conducta infractora de la norma.

Es sabido, que el tipo subjetivo del delito contiene dos elementos identificables normativamente: el «dolo» y la «culpa»; por

310 FRISCH, Wolfgang. *Delito y Sistema del Delito*. En: el Sistema Integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Jürgen WOLTER/ Georg FREUND (eds). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-Barcelona, 2004, p. 260.

lo general, todos los delitos son punibles a título de culpa, de forma excepcional se reprime a título de culpa³¹¹, por consideraciones de política criminal, en correspondencia con el principio de *ultima ratio*.

En todo caso, podemos decir, que la concurrencia del dolo y la culpa en la esfera interna del agente, garantizan el principio de culpabilidad, a fin de proscribir la responsabilidad objetiva por el resultado, los denominados «delitos preterintencionales», así, se pronuncia el artículo VII del Título Preliminar del CP, que consagra el principio de culpabilidad en toda su extensión valorativa.

La imputación jurídico-penal (*delictiva*), por tanto, no solo requiere de la realización de una conducta (por *acción u omisión*), susceptible de generar un riesgo jurídicamente desaprobado (en términos *normativos*), lesionando o poniendo en riesgo la incolumidad de un bien jurídico amparado por la ley penal; sino a que su vez, debe vincularse dicho hecho punible desde un plano «subjetivo». Esta es una garantía fundamental en un orden democrático de derecho, que se deriva del principio de «culpabilidad», que ya tiempo atrás, normativa y jurisprudencialmente ha establecido de manera categórica la prohibición de punir por la sola «objetividad del resultado», tal como se desprende del Título Preliminar de la codificación penal.

Entonces, ese estado visible (o *inmaterial*³¹²) de lesión y/o puesta en peligro del bien jurídico protegido, debe ser complementado con el examen subjetivo del delito, lo que importa penetrar en la esfera consciente del agente, en el sentido de determinar su grado de cognición sobre la conducta portadora de este riesgo *jurídicamente desaprobado*. Establecerlo no es empresa fácil, no olvidemos algo muy importante, que en un curso como el presente, resulta

311 Artículo 11° del CP.

312 Dígase “espiritual”.



inviabile basarnos estrictamente en un aspecto dogmático, sino que debe aparejarse su constatación probatoria en el marco del proceso penal; y, vaya que escudriñar en lo que quería o no quería el agente al momento de la comisión del delito es tarea complicada.

Quienes se ven incurso en una actuación que infringe el deber objetivo de cuidado, se sitúan a la vez en una posición empírica que les permite identificar (hay que ver en qué nivel), el grado del riesgo generado; para ello, debe apreciarse las características personales del agente (su nivel de evitabilidad y controlabilidad del acto), considerando las bases normativas de la imputación y así poder fijar bases racionales que puedan derivar la inferencia lógica-jurídica de que el autor era o no consciente de que su actuación estaba colocando en una aptitud de probable lesión al bien jurídico.

Lo dicho implica inclinarnos de cierta manera en el aspecto cognitivo sobre el volitivo del «dolo», el componente subjetivo protagónico de la imputación delictiva, pues todas las figuras delictivas resultan reprimibles a título de dolo. De manera, que debemos analizar en rigor, si es que la tradicional forma de conceptualizar al dolo, como *conciencia y voluntad de realización típica*, nos puede otorgar una premisa de valoración adecuada para con los fines político criminales que persigue el Derecho penal en un orden democrático de derecho, que es la *protección preventiva de bienes jurídicos*. Y, esto al margen de las diversas tipologías que se enumeran en el dolo (directo, primer grado, consecuencias, necesarias, eventual, etc.). Aspecto que se analiza en el curso, tanto desde un punto de vista dogmático como jurisprudencial, esto último importante pues los altos tribunales de justicia en el país, se han encargado de dar una posición doctrinal al respecto, que repercute sobremanera en el plano probatorio, que puede discurrir entre la justa sanción y la impunidad.

Estando a lo anterior, establecer las bases de la imputación «subjetiva» no es algo de segundo rango o nivel, sino de vital rele-

vancia, conocedores que el delito doloso es penado con una sanción punitiva más gravosas que el delito culposo. Y resultando, que la modalidad delictiva culposa solo es penado cuando se encuentra expresamente prevista en la norma penal (artículo 12° del CP³¹³), lo cual se ajusta al principio de legalidad. Empero, lo importante también es cautelar el principio de proporcionalidad, pues el delito culposo no puede recibir una pena más severa que el delito doloso; sin embargo, los derroteros de una políticas criminal orientada a privilegiar el castigo, de superponer las ansias de retribución de la sociedad, por sobre una verdadera *prevención delictual*, supuso la construcción normativa artificiosas de los delitos «preterintencionales» en el marco de los tutela de los bienes jurídicos fundamentales de la persona, como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y el patrimonio. Ello ha llevado consigo, que el homicidio culposo sea penado de manera más severa que el homicidio doloso, esto es, pena de cadena perpetua en el caso del primero (Robo agravado con muerte subsecuente) y 35 años de pena privativa de la libertad en el caso del Asesinato.

La situación descrita implica una franca transgresión a los principios de proporcionalidad, culpabilidad y de razonabilidad, propiciando a su vez, ámbitos confusos de interpretación normativa, que han sido abordados por la Corte Suprema en el marco de Acuerdos Plenarios y Sentencias Casatorias (*doctrina jurisprudencial vinculante*). Ante la oscuridad y fatalidad que ha ingresado el modelo político criminal en el país, aparece la luz que enciende los criterios interpretativos (*normativos*) a esbozar por parte de los órganos jurisdiccionales acorde a los lineamientos de una dogmática penal ajustada a los valores de un orden democrático de derecho.

Aparte del dolo, la culpa y la preterintencionalidad, también se advierten otros componentes marcadamente *subjetivos*, nos re-

313 Principio de “taxatividad legal”.



ferimos a los elementos subjetivos de naturaleza «trascendente» e «intensificada», cuya concurrencia está condicionada también al principio de legalidad, es decir, deben estar expresamente previstas en la ley penal, como sucede en el caso del asesinato, feminicidio, sicariato, hurto, trata de personas, tráfico de influencias, rebelión, etc., y que necesitan ser también probados en el decurso del proceso penal. Identificarlos pasa de hecho por el proceso de subsunción típica, y también por delimitar su radio de acción con otras figuras delictivas emparentadas.

Finalmente, justamente como consecuencia del estudio cognoscitivo del dolo, es que el error en que pueda incurrir el agente, sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo legal, aparece la institución del «Error de tipo», regulado en el primer párrafo del artículo 14° de la PG del CP, de incidencia importante en delitos patrimoniales, sexuales y otros, cuya aplicación puede significar una justa impunidad y su no valoración una injusta sanción. Debiéndose distinguir esta figura con el denominado «Error de Prohibición», que se encuentra reglado en el segundo párrafo del citado artículo y que es materia de estudio en el apartado sobre Culpabilidad. De hecho, al análisis teórico conceptual, se suma una fecunda jurisprudencia que los tribunales de justicia han elucubrado en los últimos tiempos.

2. DOLO O CULPA

Comportan elementos subjetivos que hacen referencia a la imputación del hecho objetivo a su autor y cuya presencia garantiza el Principio de Culpabilidad, de acuerdo a un marco de imputación subjetiva que hace referencia a la esfera anímica del autor, en cuanto a su conexión con los hechos que describe la conducta típica.

Con ello se pretende la atribución del hecho lesivo a su autor, solo en datos que pueden ser representados por él mismo, en circunstancias que son abarcadas por su esfera cognoscitiva, de aque-

llo que debe conocer para que pueda afirmarse el dolo, en base a aquellas circunstancias que se encuentran dadas en el curso del acontecimiento, delimitación de la esfera cognoscente importante para la delimitación con la imprudencia.

La estructura del tipo del injusto en los delitos dolosos no solo requiere de elementos objetivos, sino también de elementos subjetivos.

“El resultado de la acción y la finalidad querida del autor necesariamente de éstos conllevan a considerar la mayor o menor afectación al Bien Jurídico y por consiguiente a la valoración penal del Injusto”; por lo que según los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, los injustos dolosos al revelar una mayor energía criminal, en cuanto a una dirección conductiva de lesión a un bien jurídico, importa una mayor desvaloración, por tanto un mayor merecimiento de pena en relación con el injusto imprudente.

Conforme lo anotado, no resulta correcto, pretender distinguir el dolo y la culpa, sobre la base de criterios ontológicos, aquellos datos prejurídicos, que se insertan en un plano muy profundo del psiquismo humano; por tales motivos, la distinción debe hallarse en criterios normativos, sabedores que el delito culposo, tiene como premisa fundamental la lesión del «deber objetivo de cuidado», el cual ha de ser medido conforme parámetros prescriptivos (legales).

3. DEFINICIÓN DEL DOLO

Es la voluntad consciente resultante; al saber que se está realizando el tipo se está implícitamente aceptando sus consecuencias; el «aspecto cognitivo» ha de abarcar los elementos constitutivos del tipo penal, mientras que el «aspecto volitivo», supone *querer emprender la conducción delictiva*.



El dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo; quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa, obra con dolo, pues sabe lo que hace. *Contrario sensu*, quien obra ignorando que su conducta ha creado un peligro concreto o tiene un error sobre el mismo, habrá obrado imprudentemente (delito culposo). Mientras que el elemento volitivo, el “querer” el resultado típico, presupone el conocimiento.

El dolo importa la conciencia y voluntad de realización típica. El autor tiene que saber que realiza un hecho y qué hecho realiza, y además tiene que conocer las circunstancias que rodean ese hecho³¹⁴, aquellas que hacen de una conducta una modalidad esencialmente típica. En esa medida, apunta STRATENWERTH, la definición tradicional del dolo expresa algo completamente correcto: forma parte de él, además del conocimiento de la posibilidad de realizar un tipo penal por medio de la conducta propia, una determinada actitud interior, que puede ser caracterizada, mientras sea consciente de la imperfección de la expresión, como fórmula tradicional que se mantiene hasta hoy, como voluntad de realizar el hecho³¹⁵.

A tal efecto, si queremos construir un concepto de dolo genérico, que pueda comprender todas sus diversas modulaciones, implicaría la *cognoscibilidad de la realización de un riesgo no permitido con dirección de lesión de un determinado bien jurídico*. Con ello se refleja una inclinación en la esfera cognitiva del dolo, que de cierta forma trae consigo una discusión en el estado actual de la ciencia jurídico-penal.

Como escribe ROXIN, últimamente se ha relativizado cada vez más, a través de parámetros normativos, la subdivisión entre doc-

314 BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 47.

315 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 173.

trinas delimitadoras cognitivas y volitivas³¹⁶, todo lo cual apunta a la normativización del dolo.

4. ESTRUCTURA DEL DOLO

Está compuesto por dos elementos a saber: 1. Aspecto «cognoscitivo» (conocimiento de la realización típica); y otro, 2. El aspecto «volitivo» (querer realizar el tipo).

4.1. Conocimiento

El «conocimiento» importa el aspecto intelectual o la conciencia de la realización de los elementos subjetivos del tipo; implica la esfera cognoscitiva que apunta hacia la conciencia exigida de los elementos objetivos por parte del autor desde una valoración *ex ante*.

Al momento de ejecutar la acción, el sujeto debe saber lo que hace, es decir, debe abarcar todos los hechos descritos en el tipo objetivo. Según lo describía Frank, es suficiente con que el sujeto, en el momento de la acción, haya pensado, en el sentido de haber reflexionado, en el resultado, mientras que los restantes elementos constitutivos del tipo deben haberlos conocido o sabido.

El conocimiento de los elementos objetivos del tipo, comprende tanto a los elementos descriptivos y los normativos. Como expresa BACIGALUPO, el conocimiento exigido por el dolo es el conocimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo³¹⁷.

La valoración tiene que darse, entonces, sobre todos los elementos que cubren la fórmula de realización típica; a tal efecto, debe

316 ROXIN, C. *Acerca de la Normativización del Dolus Eventualis y la Doctrina del Peligro del Dolo*. En: Problemas actuales de Dogmática Penal, p. 93.

317 BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 47.

realizarse una distinción entre aquellos elementos «descriptivos» con aquellos elementos «normativos», pues los segundos suponen un *plus* valorativo en cuanto a la comprensión de su significado; (...), los elementos descriptivos se conocen a través de los sentidos, pero los normativos requieren una valoración³¹⁸.

El tipo penal de homicidio supone una conducta dirigida a producir la muerte de un ser humano, por lo tanto, si el autor la dirige a la muerte de un animal, habrá actuado con error sobre los presupuestos objetivos de la tipicidad; así también, en el caso del quebrantamiento de la intangibilidad sexual de un menor de 14 años, el autor debe saber la edad de la víctima, para dar por realizado el tipo objetivo.

Quien se casa por segunda vez pese a estar ya casado, debe saber que su matrimonio anterior aún estaba vigente, pues, si dudó, en caso, que en la separación convencional solo ha recaído una sentencia de primera instancia, ha actuado bajo error.

Por otro lado, en el caso de los elementos normativos, aquellos también deben ser abarcados por la esfera cognitiva del autor; en el caso del hurto, la apropiación debe dirigirse sobre un bien mueble «total o parcialmente ajeno», si falla dicha comprensión, el dolo no podrá afirmarse; así también, en el ámbito de los delitos contra el Sistema Crediticio, el autor debe conocer que se encuentra incurso en un procedimiento administrativo concursal, que le impide disponer de los bienes de la empresa; en el caso de la apropiación ilícita, el autor debe conocer que tiene el deber de devolver el bien que se encuentra bajo su custodia, mas sobre el derecho de retener el bien al existir una obligación dinerada pendiente de pago a su favor.

En los delitos de los funcionarios públicos, el sujeto ha de tener conciencia de su condición de funcionario³¹⁹.

318 BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, ps. 46-47.

319 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 133.

Por tanto, nuestra posición es contraria a la de los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, donde el dolo debe cubrir también los aspectos referidos a los presupuestos objetivos de una causa de justificación, por lo que el error sobre ellos lo tratan como un error de tipo. Así, LUZÓN PEÑA, sostiene, que el dolo requiere el conocimiento de los elementos objetivos, positivos y negativos, del tipo global de injusto, o sea, tanto de los elementos objetivos del tipo positivo o indiciario como de la falta de concurrencia de los elementos que son requisitos de las causas de atipicidad o de justificación³²⁰.

Según nuestra posición adoptada, el tipo es «*ratio cognoscendi*» de la antijuridicidad y no la *ratio essendi*; el dolo comprende la conciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto, de la producción del resultado, en los delitos de resultado material³²¹; el sujeto ha de conocer también –al momento de realizar la acción típica– las diversas circunstancias, que hacen del hecho un supuesto agravado o dígame calificado, conforme a lo previsto en el artículo 14º del CP. El dolo, por supuesto, no abarca la conciencia de la ilicitud o mejor dicho el conocimiento de la prohibición penal. Así, WEBER sostiene que puede obrar también dolosamente de modo especial quien no conoce la desaprobación de su acto por el orden jurídico.

Con lo que se demuestra que ambos elementos no pueden ser distinguidos de igual forma, el grado de aprehensión valorativa que requiere los elementos normativos supone un mayor esfuerzo por parte del individuo; por ello, es al menos dudoso que las dos categorías de elementos puedan distinguirse entre sí de modo suficientemente claro³²².

320 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal*, p. 408.

321 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 131.

322 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 174.



4.2. Voluntad

El dolo no solo es conciencia de la acción y representación del resultado, sino también, la voluntad de ejecutarlo, en cuanto al querer *la realización típica*, (...) la predisposición a tolerar la realización del tipo como consecuencia de la propia conducta³²³.

La voluntad se expresa en el «querer» causar un resultado, que finalmente se concretiza en la realidad, mediando una transformación del mundo exterior.

En primer lugar se puede afirmar que el autor ha querido la realización del tipo cuando esta realización ha sido directamente perseguida por su voluntad y como objetivo de su voluntad³²⁴.

El «querer» debe manifestarse, o mejor dicho exteriorizarse en actos objetivos, que de forma concreta den lugar a la iniciación de la ejecución típica. Lo que es solo deseado, escribe MEZGER, no es “querido”. Si el autor deseaba solamente la producción del resultado, no lo ha producido todavía dolosamente³²⁵; no incide de forma objetiva en los factores desencadenantes del resultado típico.

En el típico caso del sobrino que motiva a su tío a emprender continuamente viajes en avión y, por obra de la casualidad en uno de los viajes se produce un percance, por lo que este último muere. Este concurre únicamente cuando el sujeto quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción³²⁶.

«Voluntad es la facultad mental de autodeterminarse, dirigirse hacia un fin» (es un querer el resultado); de dirigir nuestra fuerza

323 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 189.

324 BACIGALUPO. E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 49.

325 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*. p. 229.

326 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 145.

corporal, a través de las órdenes que toman lugar en la esfera decisoria del ser humano.

Querer no es lo mismo que desear, quiere decir que la voluntad consiste en la decisión de ejecutar la conducta prohibida, se distingue del mero deseo. Ejemplo: el que envía a un bosque a otro cuando se acerca una tempestad, con la esperanza de que sea azotado por un rayo y muera, v. gr., no tiene voluntad de homicidio. Aquel que compra los *tickets* de avión a un pariente con el deseo que el avión sufra un percance y este muera y finalmente esto sucede, en definitiva el resultado no podrá ser imputado al autor por un mero deseo, la causación del resultado obedece a la creación de un peligro no abarcado por su conducta.

La voluntad se define, por tanto, como la conciencia que conduce a la resolución de actuar³²⁷; la definición de un determinado sentir conductivo, orientado y controlado por la dimensión volitiva humana.

La voluntad en Derecho penal debe ser entendida como aquella determinación conforme a sentido, que expresa el emprendimiento de una acción u omisión dirigida a la realización típica, por cuando “intención” previamente concebida; la voluntad debe coincidir, por tanto, con el elemento cognitivo, en cuanto elemento de unión que comprende la estructura del dolo.

Según opinión de MAURACH, el concepto de querer es equivocado, por lo que en sustitución menciona el término intención. La «intencionalidad» como la decisión deliberada de obtener el resultado típico, de perseguir la configuración del tipo penal, llevado por la voluntad; empero, no debemos confundir el «dolo» con los elementos subjetivos del injusto (*de naturaleza trascendente o intensificada*), que revelan una manifiesta intencionalidad (trascen-

327 SCHEWE. Citado por DÍAZ PITA, M^a. *El Dolo Eventual*, p. 145.



dente o de naturaleza intensa) que desborda el ámbito comprensivo del dolo.

Por otro lado, la expresión «a sabiendas», es comúnmente utilizada por el legislador en la caracterización subjetiva de ciertos tipos penales, que para cierto sector de la doctrina importa la exigencia de dolo directo; cuestión que será dilucidada más adelante.

Si el resultado concomitante aparece vinculado de una manera necesaria, a pesar de que no desee la producción del mismo, se dirá que es un resultado querido y por lo tanto que el autor ha obrado con dolo directo de segundo grado, o bien con dolo indirecto, o bien simplemente con dolo de consecuencias necesarias³²⁸.

Dicho de otro modo: *en el dolo directo o de primer grado, el autor dirige una conducta que sobrepasa el riesgo jurídicamente desaprobado a fin de alcanzar una determinada finalidad, la cual importa la intención misma del autor, pero puede en algunos casos que esta finalidad no esté presente como intención perseguida o que surja como consecuencia necesaria de su finalidad esencial, pero de todos modos son resultados que aparecen presentes en la esfera cognoscitiva.*

5. CLASES DE DOLO

5.1. Dolo Directo de Primer Grado

El autor persigue la realización del delito (Dolo de Intención), el agente con el emprendimiento de su acción típica la dirige a la obtención de una determinada finalidad, esto es, la realización del tipo configura la verdadera meta de la acción³²⁹. Donde el propósi-

328 BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, ps. 49-50.

329 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 190.

to del autor coincide plenamente con la conciencia que este tiene sobre las circunstancias objetivas que dan lugar a la modalidad típica.

El autor ha dirigido su conducta directamente a la realización típica, en cuanto efecto deliberado de alcanzar un determinado propósito; se puede decir, que encamina o emprende un determinado quehacer conductivo, en cuanto alcanzar un objetivo: la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico.

Es la forma corriente del dolo y el que origina la mayoría de los hechos punibles³³⁰; aseveración que no se corresponde en toda su amplitud, en una sociedad donde los riesgos típicos que se generan, son en su mayoría la obra de una conciencia normativa, que no supone necesariamente la captación de un determinado propósito.

Las consecuencias de la acción, además de ser conocidas, constituyen la meta del autor, las quiere como consecuencias principales; esta es la única clase de dolo que requiere de un elemento volitivo. Aquel que desenfunda su arma y dispara directamente sobre el cuerpo de una persona humana. Así también, quien coloca una bomba en el avión de un político, para matarlo, tiene dolo directo de homicidio respecto de las personas que lo acompañan³³¹.

El hecho de que estas circunstancias sean añadidas voluntariamente a su propósito principal, las hace parte de él.

No es preciso que el sujeto considere segura la producción de un resultado, basta con que crea que no es absolutamente improbable³³², ni tampoco que esté inseguro de que el resultado no

330 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal...*, p. 121.

331 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 191.

332 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 146.

vaya a producirse por una serie de circunstancias, (...) la mayor intensidad de la voluntad constituida por el propósito o finalidad de producir el tipo prevalece sobre la inseguridad de su producción y determina la calificación como dolo directo (de 1.^{er} Grado) y no eventual³³³.

5.2. Dolo de Segundo Grado o de consecuencias necesarias

El autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro que su actuación dará lugar al delito; concurre una probabilidad rayana en la seguridad de que la conducta producirá un evento lesivo.

La concepción del dolo de las consecuencias seguras o necesarias se funda en el hecho, conocido por el sujeto, de que para el logro del propósito que lo anima, habrá de causar también otras consecuencias dañinas, que no quiere, pero que están indisolublemente unidas a él³³⁴.

El autor en estos casos no dirige su voluntad a las consecuencias accesorias de su acción, pero las admite como una consecuencia segura de producción; ejemplo: Un terrorista coloca una bomba de suficiente alcance en un automóvil, con el objetivo de matar a un determinado funcionario, pero sabe que en el lugar trabajan más de cien empleados; si bien es cierto, que su meta es la de matar únicamente al funcionario, conoce perfectamente que también podrá causar la muerte de los demás empleados, es decir, acepta este resultado como consecuencia necesaria y se resigna al mismo; bajo la premisa, de que al momento de dar curso a la acción típica no tiene como seguro el resultado, pues si le era seguro, sería dolo directo y no de consecuencias necesarias.

333 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 414.

334 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal...*, p. 121.



El caso del mal llamado «aborto preterintencional» (art. 118° del CP), en virtud del cual, las consecuencias son conocidas perfectamente por el autor: “embarazo notorio”; importando la muerte del feto es tratado legalmente como si fuera un aborto preterintencional (resultado no querido, pero previsible para el autor), cuando en realidad se trata de un concurso ideal de delitos: lesiones graves o leves (dolo directo) con un aborto doloso (dolo de consecuencias necesarias), pues al autor le era en suma probable y seguro que de su acción típica pueda provocarse dicho resultado, tal vez no querido pero abarcado por su esfera cognoscitiva. En especial, es, por lo tanto, querido dolosamente, cualquier medio reconocido como necesario en la finalidad perseguida, cualquier resultado accesorio que el autor se representa como necesariamente ligado con el resultado principal y toda ulterior consecuencia de la acción pensada como necesaria en ese sentido³³⁵.

Como expresa LUZÓN PEÑA, la distinción entre dolo directo de 1.^{er} y de 2.^{do} grado, generalmente, es una pura cuestión conceptual, sin mayor trascendencia práctica, pues en ninguno de ellos, y a diferencia del dolo eventual, se plantean problemas de difícil delimitación con la imprudencia consciente, y además la mayoría de los tipos dolosos de la parte especial, tanto los que requieren el dolo implícitamente como los que exigen expresamente realización consciente o a sabiendas, admiten ambas formas³³⁶.

5.3. Dolo Eventual (Dolo Condicionado)

En el «dolo eventual», el autor se representa el resultado como probable o de posible realización, pero no lo desea, no se encuentra comprendido en la esfera volitiva del autor.

335 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 230.

336 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 415.

El concepto de dolo eventual puede ser definido a partir de diversos alcances, poniendo mayor énfasis en la esfera cognitiva o en su defecto, mediando la preponderancia de la voluntad.

El dolo eventual se diferencia de las dos clases de dolo directo, en que, por una parte, el sujeto no persigue o pretende directamente realizar el hecho típico y, por otra parte, sabe que no es seguro, sino solo posible –una eventualidad, por tanto–, que con su conducta realice el hecho (en su caso, el resultado)³³⁷.

En las consecuencias no se discute que el autor también aquí puede actuar dispuesto a tolerar el resultado penalmente relevante, ni qué, entonces, tenga que responder por dolo³³⁸.

El autor conoce con exactitud que con su conducta está creando un riesgo efectivo a un bien jurídico protegido, que finalmente puede desembocar en un resultado lesivo, no obstante sigue adelante con su acción, aceptando como probable la realización del resultado; ejemplo: el corredor de autos de carrera que con el fin de no perder la competencia automovilística, observa que un peatón cruza la pista, este no se detiene y lo arrolla causándole la muerte. MUÑOZ CONDE precisa que el autor no quiere el resultado, pero cuenta con él, “admite su producción”³³⁹.

Nuestro CP sanciona y reprime la conducta dolosa con el fin de proteger bienes jurídicos y así evitar su afectación, en cuanta concreción de una conducta que ha sobrepasado conscientemente el riesgo permitido, que se ha dirigido directamente a la producción de un evento lesivo. Este proceso está dirigido a evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos, y es lo que se identifica como elemento subjetivo del injusto como “dolo”; sin

337 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal*, p. 418.

338 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 192.

339 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 281-298.

embargo la norma penal trata también de evitar la lesión de un bien jurídico producto de conductas negligentes, en las cuales se infracciona el deber objetivo de cuidado o se inobserva una norma de conducta, que se denomina culpa o imprudencia.

Dicho lo anterior, nuestro texto punitivo sólo admite estos procesos subjetivos (*vínculos personales del autor con su obrar anti-jurídico*), no hay una tercera posibilidad que pueda admitirse en sujeción estricta al principio de culpabilidad; por tales motivos, resulta todo un infortunio dogmático, la Preterintencionalidad y la hipótesis del Caso Fortuito (ejemplo: delitos de lesiones, art. 123°); con ello se abren espacios que dan lugar al *versan in re ilícita* o responsabilidad objetiva por el resultado, propio del Derecho Canónico.

Como sabemos, nuestro texto punitivo, proscribire toda forma de responsabilidad objetiva por el resultado (Art. VII del Título Preliminar), al partir de la imposibilidad de poder escindir la esfera subjetiva del agente en dolo y culpa. La fórmula correcta, al presentarse resultados no abarcados por el dolo del agente, debe acudir a un concurso ideal de delitos: entre el delito inicial doloso en grado de tentativa con un delito culposo por el resultado.

Según la línea argumental descrita, el dolo eventual presenta una estructura subjetiva distinta al delito preterintencional, en este último el autor no se representa cognitivamente al resultado sobreviniente, acontece un resultado que no era perseguido por el autor, del cual no puede afirmarse que era querido o ni siquiera de probable producción.

En el dolo eventual el resultado más grave es aceptado, al menos, como contingencia o riesgo posible: la preterintencionalidad, por el contrario, excluye la idea de que el evento más grave haya sido querido³⁴⁰.

340 LABANUT GLENA. G. *Derecho Penal*, p. 121.

a. *Imputación subjetiva a título de dolo eventual*

Siendo importante destacar, el aspecto cognoscitivo del “dolo”, que en la “Sociedad del Riesgo” que vivimos, es el componente que determina la frontera entre el dolo y la culpa; en este caso, el planteamiento de imputación subjetiva, sería a título de dolo «eventual». Como apunta VIVES ANTÓN, la imposibilidad de encontrar un suelo común a las distintas clases de dolo en el ámbito del elemento volitivo hace que el interés se desplace hacia el elemento intelectual³⁴¹.

En el Fundamento 7.2 de la Casación N° 153-2017-PIURA, la Sala Penal Permanente, señala que: *“El dolo puede ser dividido como dolo directo o de primer grado, dolo indirecto o de segundo grado y dolo eventual. En el primero, el autor persigue la realización del delito, en el segundo el autor no busca la realización del tipo pero sabe y advierte como seguro o inevitable que su actuación dará lugar al delito y finalmente en el dolo eventual el delito se representa como un resultado posible (eventual)”*.

Sobre la prueba del dolo en el proceso penal, la Sala Penal Permanente, en la Casación N° 367-2011-Lambayeque, (Fundamentos 4.3 al 4.5), se postula lo siguiente: *“La prueba del dolo en el proceso penal va de la mano del concepto que se tenga de dolo. Si se parte de considerar un concepto eminentemente **subjetivo** de dolo (que ponga un énfasis en el elemento volitivo), entonces existirá un serio problema de prueba, porque no es posible –al menos no con los métodos de la ciencia técnica actual– determinar qué es aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción. El problema de la prueba del dolo será distinto en el caso de que el concepto sea de corte **normativo**. Ya no se buscará determinar el*

341 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, cit., p. 235.

ámbito interno del procesado, sino que el énfasis se centrará en la valoración externa de la conducta, vale decir, en la imputación. En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito”.

La reprochabilidad (juicio *personal de culpabilidad*) ha de construirse sobre sólidas plataformas normativas y no ontológicas, no olvidemos pues que el desvalor en los delitos “omisivos”, aparece en las exigencias de actuación de los ciudadanos que dimanen de las diversas parcelas del ordenamiento jurídico.

6. ERROR DE TIPO (AUSENCIA DE DOLO)

La realización del tipo penal debe cumplir con una doble exigencia: la relación de riesgo que se verifica objetivamente y el tipo subjetivo que supone que el autor conoce de los elementos que hacen típica su conducta. Si el sujeto ignora o cree erróneamente que no concurre en su conducta un elemento del tipo queda excluido el dolo³⁴².

Al faltar el dolo, falta solamente el tipo subjetivo del correspondiente delito de comisión doloso³⁴³; si no se verifica que el aspecto cognitivo del autor comprendía algún elemento constitutivo del tipo penal, ya no puede afirmarse con suficiente certeza, de que el agente sabía exactamente lo que estaba haciendo, incidiendo en una valoración jurídico-penal singular.

En antiguo, la doctrina jurídico-penal clasificaba el error en el Derecho penal, a partir del error de hecho y el error de derecho;

342 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 133.

343 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 180.

el primero recaía sobre las circunstancias fácticas del hecho punible, mientras que el segundo, tenía que ver con el juicio valorativo acerca de la calificación jurídica del acto como tal. Diferencia que se remonta al antiguo Derecho Romano³⁴⁴.

Dicho lo anterior, el «error de hecho» suponía del desconocimiento de los elementos de la tipicidad y de la antijuridicidad (causas de justificación) y el «error de derecho» (culpabilidad), el desconocimiento de la materia de prohibición.

Así, LABANUT GLENA, al apuntar que la función del error –término que comprende también la ignorancia–, al afectar la relación subjetiva entre el agente y su actuación, es impedir lo mismo que el caso fortuito, el nacimiento de la culpabilidad o sea que tanto el uno como el otro constituyen causales de inculpabilidad (...) ³⁴⁵.

A tal efecto, el reconocimiento que la acción típica implicaba una intencionalidad determinada, suponía a su vez que el dolo y la culpa eran elementos subjetivos de la tipicidad y no variantes de la culpabilidad como se sostenía en una descripción causal-naturalista; por consiguiente, la clasificación aparecía sin contradicciones, en tanto el error de tipo podía recaer tanto sobre las circunstancias fácticas del tipo como sobre elementos normativos, pero entonces solo referido a los aspectos de la tipicidad³⁴⁶.

De forma emblemática, la Exposición de Motivos del CP de 1991, resaltaba lo siguiente *“Las nuevas fórmulas sustitutivas del error y error de prohibición indican contenidos distintos a los aludidos con las denominaciones tradicionales. Mientras que las expresiones lingüísticas antiguas, hoy superadas por el progreso de la doctrina penal, permitían distinguir entre lo fáctico y lo jurídico,*

344 Cfr., PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. 1, p. 248.

345 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal...*, ps. 130-131.

346 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 257.

ocurre ahora que el error de tipo está referido a todos los elementos integrantes del mismo, ya sean valorativos, lácticos y normativos (circunstancias de hecho, justificantes o exculpantes), quedando el error de prohibición vinculado a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad (no responsabilidad por el error).

La institución del Error del Tipo, por tanto, viene a reconocer los posibles defectos cognitivos que pueden manifestarse en la persona del agente, sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo penal; esto quiere decir, que para dar por afirmada la tipicidad subjetiva de la conducta, se requiere comprobar que el aspecto cognoscitivo del dolo del agente cubría todos los componentes de la descripción típica; que en la hipótesis delictiva, —del tipo penal de Violación sexual de menores—, importa que el autor sepa con toda exactitud, que está teniendo relaciones sexuales con una persona con la edad cronológica que se especifica en la redacción normativa en cuestión.

Siendo preciso añadir, que para nuestra ley penal, el error esencial e invencible sobre el conocimiento de la edad de la víctima (*en el caso de los delitos sexuales*), excluye la responsabilidad o la agravación del delito y si bien el error de tipo vencible, importa la punición por el delito atribuido al agente —en su modalidad culposa—, finalmente al no contar dicha variante delictiva los delitos sexuales, lleva igualmente a la exoneración de responsabilidad penal del inculpado, según los términos del artículo 14° del CP, concordante con el artículo 12° (*in fine*). Así se pronuncia la siguiente ejecutoria suprema, recaída en el Expediente N° 63-2004-La Libertad: *“Del estudio y análisis de autos se desprende que la agraviada en la época de ocurrido los hechos contaba con un poco más de 13 años de edad; apreciándose además su declaración preventiva en la que esta declara y reconoce no solo haber sido enamorada del acusado, sino haberlo inducido a error en cuanto a su verdadera edad, al mentirle que contaba con 16 años de edad”*.



En principio, el dolo del autor debe abarcar todos los elementos comprendidos en el tipo objetivo, sean estos de naturaleza descriptiva o normativa; en este caso el autor ignora algunos o todos los elementos del tipo objetivo, importa una garantía que se deriva esencialmente del principio de culpabilidad, que el autor al momento de realizar la conducta típicamente riesgosa, conozca que la configuración fáctica se adecue plenamente a los alcances normativos del tipo penal –en cuestión–, pues, si yerra sobre algún elemento constitutivo de la tipicidad penal no se podría decir que ha actuado de forma típica (dolo); cuando el autor ha obrado con error o ignorancia, faltan el conocimiento y por lo tanto también la voluntad de realizar el tipo³⁴⁷.

“La acción dolosa exige el conocimiento de la significación de los elementos típicos normativos”³⁴⁸.

Ante la situación descrita, nos encontramos frente al «Error de Tipo», el cual se encuentra regulado en el artículo 14° del CP, primer párrafo.

El desconocimiento sobre la «antijuridicidad de la conducta», no es comprendido por el dolo del autor, es decir, no es un Error de Tipo sino un «Error de Prohibición», que afecta la conciencia del injusto, por lo tanto es un juicio valorativo que incide en la imputación individual.

En resumidas cuentas, el Error de Tipo, supone una institución encaminada, a verificar si el autor era consciente de que la conducta emprendida, se adecuaba a los conceptos privativos de un tipo penal; donde el desconocimiento de dicha estructuración típica, puede llevar a la impunidad del comportamiento o, en su defecto, a la imputación por un delito culposo, dependiendo de su naturaleza

347 BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 53.

348 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*. p. 238.

«vencible» o «invencible», siguiendo en estricto, las reglas contenidas en la codificación penal sustantiva.

6.1. Error sobre un elemento esencial del Tipo

La divergencia entre el fin y el evento debido a inhabilidad o a fuerza mayor es conocida por los penalistas con el antiguo nombre de *aberratio*, escribe CARNELUTTI³⁴⁹.

El Error de tipo puede ser «Vencible» o «Invencible»; el Error Invencible incide sobre un elemento esencial del tipo, su presencia en el conocimiento del autor es imprescindible para que pueda configurarse la realización típica de un delito, en cuanto a la incidencia misma del tipo objetivo, no puede haber dolo, si el autor se equivoca sobre un elemento condicionante de la tipicidad.

La «invencibilidad» del error, excluye el dolo y la culpa, por cuanto el autor, a pesar de haber realizado los esfuerzos necesarios le era imposible salir del error en que se encontraba, en tanto, el «vencible» se presenta cuando el autor no ha tomado la diligencia debida para poder evitar el error, pudiéndolo haber hecho, en consecuencia, el delito será sancionado como culposo, siempre y cuando este se encuentre previsto en la norma penal, de no ser así quedaría impune, toda vez que según los artículos 11° y 12° del CP, su punición está condicionada a su expresa tipificación, por parte del legislador.

El «cuidado exigido» o la «diligencia debida», se determinará en función a la capacidad individual de las circunstancias concretas de la acción (capacidades y conocimientos individuales del autor), mas no sobre baremos de corte artificial (hombre medio); ejemplo: A sustrae un maletín a B, en la creencia errónea de que es suyo, elemento normativo “ajeno” no es comprendido cognitivamente

349 CARNELUTTI, Francesco. *El Delito*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1952, p. 162.

por la esfera subjetiva del agente; el que yace (accede carnalmente) sexualmente (acceso carnal) con una mujer, en la creencia errónea de que tenía más de 14 años de edad, etc.

El error puede recaer sobre un elemento esencial del curso causal del acontecimiento o sobre un nexo causal no esencial; el error sobre el nexo causal puede dar lugar a las soluciones jurídicas distintas, en cuanto a la coincidencia que puede acontecer entre el plan deseado por el autor y los hechos tácticamente ocurridos.

La divergencia entre fin y evento aquí considerada puede ser intrascendente o trascendente para los fines del dolo³⁵⁰. Se trata de los llamados casos de extravío o de aberración³⁵¹.

A modo de ejemplos: si A hiere en la cabeza a B, mediante certeros golpes en el cráneo, el hecho de que el resultado “muerte” no se produzca de forma inmediata no cancela el dolo de homicidio y si este resultado no le era virtualmente reconocible, pero sí previsible, importa la configuración de un delito preterintencional; en cambio, si A hiere levemente a B, quien muere de forma instantánea por ser hemofílico, no le será imputable subjetivamente dicho resultado, a menos que hubiese conocido de antemano dicha condición; en el caso de que B muera a causa de una negligencia médica o del rayo que cae sobre la ambulancia que se dirigía a la clínica se debe por igual negar el dolo por el resultado lesivo producido (Interrupción del curso causal; que puede fácilmente excluirse en base a los criterios de imputación objetiva), sin necesidad de acudir a los elementos de la imputación subjetiva).

Es la vida misma, que manifiesta, que luego de una acción típica (humana) puede sobrevenir un resultado más grave, que

350 CARNELUTTI, F. *El Delito*, p. 163; BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 262.

351 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 210.



no se corresponde con los planes del autor, que en definitiva no puede concebirse como su obra, al carecer de una relación subjetiva correspondiente con los hechos mismos que dan lugar a la modificación del mundo exterior. Todo este abanico de cursos causales, deben ser puestos en consideración para sustraer de la punición, resultados lesivos que no pueden ser imputados ni objetiva ni subjetivamente a la persona del autor. Por lo tanto, bastaría con utilizar los criterios normativos que se desglosan de la teoría de la «Imputación Objetiva» para negar la imputación del resultado más grave que el querido por el autor; es así que se suprimen –como anota STRATENWERTH– algunas inseguridades que resultan de la falta de límites claros del parámetro de la previsibilidad, así como también del requisito, carente de contenido, de la equivalencia “jurídico-ética” del curso real respecto del representado³⁵².

La resolución de estos casos vía el error del dolo, han pasado a un segundo plano, en razón de los criterios de mayor seguridad jurídica que proporciona la teoría de la imputación objetiva.

El error es trascendental entonces, en los siguientes supuestos:

6.2. *Error in personam (vel in objecto)*

Se configura cuando la acción incide sobre el objeto al que precisamente se orientaba, pero este detenta identidades o características distintas; el autor dirige su ataque hacia un determinado bien, sin embargo, incide sobre otro, que también es objeto de tutela por el tipo penal en cuestión; si son “equivalentes”, el autor no sacará ningún provecho de su error y seguirá siendo punible por un hecho consumado³⁵³.

352 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 183.

353 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 240.



Aunque la representación subjetiva del autor sea otra, el riesgo dolosamente creado y el bien jurídico afectado no pueden individualizarse de modo distinto. Al respecto, señala STRATENWERTH, el desarrollo del suceso se corresponde totalmente con el esperado, el error sobre la identidad de la persona es irrelevante, pues en realidad lo único que la ley exige es que se haya querido matar a otro³⁵⁴. En estos casos ciertamente hay un homicidio consumado, ya que quería matar a “otro” y así lo ha hecho; principio básico del error *in personam vel objecto*³⁵⁵.

En el caso de delito de injurias, la calificación sí puede variar, pues, si A vía telefónica a C le atribuye determinados juicios de valor negativos que en verdad se dirigen a B, no podría darse el tipo penal en cuestión, en la medida, que solo el sujeto pasivo de la acción típica está en posibilidad de valorar el contenido injuriante de las frases que se dirigen en su contra, a menos que sea una forma de difamación.

Ejemplo: A quiere matar a B, pero por diversas circunstancias mata a C y no a B. Según las descripciones típicas que el legislador ha previsto en la Parte Especial del CP, una valoración democrática no puede incidir en una tutela diversa por parte del Derecho penal, por cuanto la vida humana es la misma en todos los casos, sin interesar el *status* socio-económico-cultural del sujeto pasivo de la acción típica, de acuerdo a las reglas de un Estado de Derecho rige entonces el principio de igualdad³⁵⁶; sin embargo, en legislaciones comparadas, se advierte aun ciertos privilegios, cuando en el CP español se otorga una protección especial a la vida del Rey —ascendientes o descendientes— (Art. 485°); por lo que sí sería relevante el error en el objeto de la acción típica.

354 Cfr.; BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 54.

355 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 262.

356 Cfr.; al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, ps. 118-120.



La situación paradigmática, subsiste aún en nuestro CP, donde aún se revelan criterios moralizantes que inciden en la tipificación de figuras agravadas, concretamente el tipo penal de parricidio (art. 107° del CP), que importa una mayor pena en relación al homicidio simple, cuando la víctima tiene un vínculo de parentesco con el sujeto activo.

Entonces, pueden acontecer dos circunstancias: 1.- Que el autor dirija su acción contra B, pensando que es A, quien es su pariente, por lo que al tratarse de un objeto protegido por el artículo 106°, sería un delito de homicidio doloso consumado³⁵⁷; y, 2.- Si creyendo matar a su enemigo mata finalmente a su padre, sería en principio una tentativa de homicidio doloso en concurso con un parricidio culposo, pero este último no se encuentra penado, por lo que sería de igual forma un homicidio doloso consumado; pero si en relación a la primera de las hipótesis, el autor yerra el tiro, matando a un no pariente, la resolución será tentativa de parricidio en concurso con un homicidio culposo.

6.3. *Aberratio ictus* (error en el golpe)

En estos supuestos el autor dirige su acción contra un determinado objeto, pero yerra esto es, se produce una desviación del curso causal y alcanza otro objeto, que también es objeto de tutela por el tipo penal en cuestión.

La desviación del golpe, no supone la confusión del objeto, sino que solo se yerra sobre la dirección del ataque, a causa de la deficiente realización de la misma, ésta recae sobre otro objeto de la misma especie; ejemplo: A quiere matar a B, pero, como consecuencia de su mala puntería mata a C, el objeto lesionado es distinto al que se quería lesionar.

357 Así, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 142.



¿Qué consideración merece la *aberratio ictus* cuando el resultado causado y buscado poseen la misma significación jurídico-penal? Se apunta a B pero se mata a C³⁵⁸. La Doctrina alemana considera relevante el error y aprecia un concurso de Tentativa de Homicidio Doloso y Homicidio Imprudente por el resultado, pese a la igualdad de bienes jurídicos (vida). A esta solución se contraponen otra que considera irrelevante el error y como error *vel in objecto*, estima la concurrencia de un delito doloso consumado (dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable (ANTÓN ONECA).

Como apunta MIR PUIG, la última solución depende de considerar al bien jurídico como valor abstracto, en suma se ha conseguido lesionar ese valor, aunque con objeto material distinto; pero, si se considera a un bien jurídico un objeto empírico dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, no será relevante el error sobre las características no típicas como la identidad de la víctima a la que se dirige el ataque, a sabiendas de que la misma reúne las condiciones típicas; pero sí es relevante el error sobre la dirección del ataque al objeto empírico: será relevante que no se alcance el objeto empírico atacado, porque, así la agresión dolosa no se habrá dirigido a este Bien Jurídico, siendo coherente, pues, apreciar un concurso entre Homicidio Doloso tentado con Homicidio Imprudente consumado³⁵⁹.

6.4. Error sobre el proceso causal

Se quería causar el resultado, pero por otro conducto (dos hipótesis): 1. Que la desviación del proceso causal excluya la po-

358 Otro ejemplo sería el caso de una mujer que envía al marido una botella con arsénico, para que éste lo beba y muera, pero, éste se lo da a otro compañero para que lo beba y finalmente muere. En este caso se resuelve claramente con un concurso de tentativa de homicidio doloso con homicidio culposo consumado. El dolo del autor no se había representado que el veneno lo beba otra persona ajena a su marido, pero pudo preverlo si hubiera actuado diligentemente.

359 MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 259-260.

sibilidad de Imputación Objetiva por el resultado por ruptura de la necesaria relación de riesgo del mismo con la conducta, por la concurrencia de factores causales imprevisibles para el autor. Ejemplo: se quería matar, pero solo se hiere y el herido se muere a causa de un accidente que sufre la ambulancia por haberse conducido de forma temeraria.

No concurre el tipo objetivo del delito consumado, en tanto, la causación del resultado más grave no se encuentra comprendido por la esfera subjetiva del autor, no está abarcado por la esfera cognitiva del agente.

Sí cabría la imputación objetiva por el resultado cuando la desviación del curso causal o no, afecta la producción del resultado querido por el autor, son irrelevantes; v. gr., A dispara contra B, hiriéndole de gravedad, quien a los pocos días muere a causa de la gravedad de la conducta. En este caso, el resultado acaecido es consecuencia de la realización del riesgo de la conducta desplegada por el agente.

Los ejemplos –descritos–, como se sostuvo en líneas anteriores, pueden ser resueltos sin problemas con los criterios normativos que se desprenden de la teoría de la Imputación Objetiva.

6.5. El autor se equivoca sobre el desarrollo de la acción, aunque acierta sobre el objeto de la misma

Precisamente, es la conducta que llega a lesionar; el hecho se ejecuta en dos actos, cuya importancia estima erróneamente el autor, puesto que cree ya haber logrado el resultado en el primer acto, que en realidad se produce en el segundo, (...) es aquel que se produce cuando una persona cree haber dado muerte ya a otra y realiza una segunda acción tendente a ocultar el delito y resulta que la víctima muere como consecuencia de esta segunda acción³⁶⁰.

360 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 138.

Ejemplo: un sujeto le inflige lesiones graves al cuerpo de otra persona, quedando ésta en estado inconsciente; luego, el autor creyéndolo muerto, con la finalidad de no ser descubierto, lo arroja al mar, acto por el cual realmente muere. O en el caso de que A golpea fuertemente a B, creyendo que ya lo mató, planea simular un suicidio, anudándole una cuerda en el cuello y muere a causa del estrangulamiento; o a quien supuestamente haberse matado a consecuencia de varios golpes, se le introduce en la cajuela del automóvil, donde recién muere por asfixia.

La imputación objetiva del resultado no exige que el dolo perdure hasta el momento de su producción, pero en los supuestos que comentamos, el resultado de muerte se deriva de una segunda acción que no está ya animada por el dolo del homicidio³⁶¹, el dolo del autor no abarca la segunda acción que da lugar al resultado lesivo.

Siguiendo el hilo conductor, se aprecia tentativa de homicidio en el primer suceso, mientras que en el segundo, se le responsabiliza por homicidio culposo, ya que se produce la muerte sin saberlo y este error sobre la apreciación de los hechos era evitable, si hubiera observado el cuidado debido. En este caso, pues, el riesgo realizado que fue el que realmente produjo el resultado no fue abarcado por el dolo del autor. Sin embargo, como estima STRATENWERTH, si el segundo acto estaba ya planeado de antemano, siendo totalmente indiferente que lo haya ejecutado el autor mismo o un tercero.

En este caso, por ende, el hecho debería ser considerado como consumado³⁶², pues, el riesgo que da lugar al resultado era conocido como uno probable para producir el resultado.

361 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 140.

362 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 185.



6.6. Consumación anticipada

Cuando la desviación entre el resultado producido y el pensado por el autor consiste en que el resultado se produce antes del momento en que el autor planeaba producirlos, pero se encuentra abarcado en la esfera cognoscitiva del agente, en cuanto a su finalidad de alcanzar el resultado lesivo producido por lo que no sería “esencial”; ejemplo: La enferma A quiere matar al inválido B, poniéndole previamente en un estado de inconsciencia, para lo cual le aplica una inyección con un fuerte somnífero; Z muere a consecuencia de un shock que le produce el somnífero y antes de que X lo estrangule, como lo tenía planeado. Se sostiene que si el resultado ha sido producido por una acción que, por lo menos, constituye comienzo de la ejecución de la acción típica, se debe apreciar un desvío no esencial del desarrollo causal del suceso; una vez que el autor puso en acción su voluntad de realizar el tipo, la consumación ocurrida antes de lo previsto, es por regla general, irrelevante para el autor.

En consecuencia, será punible a título de homicidio doloso consumado; en este supuesto, el resultado producido es consecuencia del peligro creado por su primera acción y si él conocía que éste entrañaba el suficiente peligro como para producir la muerte de la víctima, no habrá sustento para negar el dolo como esencia de la cognoscibilidad. La desviación será, en cambio, esencial, si el resultado se deriva de un acto preparatorio, aunque fuera objetivamente previsible, pues no aparecerá entonces como realización de la acción prohibida por la norma (el sujeto podrá incurrir únicamente en responsabilidad por un delito imprudente)³⁶³, pues la realización de la primera acción es constitutiva de un riesgo no permitido que se deriva de la inobservancia del deber de cuidado.

363 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 141.



7. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DEL INJUSTO

La producción de un resultado perjudicial, en cuanto afectación a un bien jurídico tutelado, no puede ser concebido únicamente, desde una perspectiva objetiva, pues la persona humana dirige su acción típica, persiguiendo una determinada finalidad, un propósito que se manifiesta en su esfera emotiva y psíquica.

La imputación delictiva no se agota, entonces, en el aspecto objetivo (la creación de un riesgo no permitido), sino que se extiende a escudriñar en los diversos «ánimos», que impulsaron y motivaron al autor a llevar a cabo su comportamiento jurídicamente negativo.

Ante todo digamos, como escribe JIMÉNEZ DE ASÚA, que excede del mero marco de referencias típicas taxativamente consignadas en la mera descripción objetiva³⁶⁴.

Determinadas tendencias, intenciones, propósitos que se encuentran al margen del dolo y, que el legislador los ha incluido expresamente como condición de caracterización típica de la parte subjetiva.

El deslinde de la antijuridicidad y la culpabilidad mediante el contraste objetivo-subjetivo se vio profundamente alterado por el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto³⁶⁵; se puso en cuestión, que ciertas figuras típicas (*delictivas*), contenían determinados elementos anímicos de especial trascendencia, ajenos al dolo del autor.

Junto al lado externo del injusto existe también un lado interno escribe MEZGER. Este lado interno, psíquico, subjetivo de la antijuridicidad se ha reconocido relativamente tarde. A él se refiere la

364 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal...*, T. III, p. 716.

365 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 120.

teoría de los elementos subjetivos del injusto³⁶⁶, (...) con frecuencia se trata, en estos elementos, de algo que no es, o que no solo es, un acontecimiento exterior sirio datos y relaciones internas³⁶⁷.

Es de verse, que la convivencia externa de las personas es siempre, al fin y al cabo, solamente la expresión de la actitud interna y psíquica de ellas³⁶⁸. Dicho así: *son aspectos de especial trascendencia subjetiva, cuya omisión valorativa por parte del juzgador, importarían una evidente subsunción errónea de la tipicidad, con la consiguiente frustración de concretos fines político-criminales*. Por lo que, el elemento subjetivo del tipo tiene una función en primer lugar constitutiva del tipo legal correspondiente (...) ³⁶⁹. A estos elementos, WELZEL los denominó «momentos típico-subjetivos de la acción».

Por consiguiente, la manifestación subjetiva del injusto, no se agota con la concurrencia del dolo, esto es, el legislador a efectos de dar por consumado determinados tipos legales, ha condicionado su realización típica a la presencia de elementos internos de un especial ánimo personal.

Cuando se hallan expresamente no funcionan con distinto sentido de las modalidades de la acción que el legislador hizo constar en la figura típica³⁷⁰, por ende, su significado conceptual, debe ser interpretado conforme a la orientación teleológica del tipo penal derivado de la función tuitiva de bienes jurídicos.

Además del Dolo, determinados tipos penales exigen una finalidad ulterior del agente, no abarcada por el dolo (no pertenecen

366 Cfr.; MEZGER, E. *Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-Penal*, p. 36.

367 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 201.

368 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 135.

369 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 185.

370 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal...*, T. III, p. 716.

a la Culpabilidad del sujeto infractor, sino, al injusto típico), son elementos subjetivos de la tipicidad.

La incorporación de los «elementos subjetivos del injusto», en el planteamiento del pensamiento sistemático de la dogmática penal, se remite, por tanto, a las concepciones ontológicas de la categoría de la acción, como nivel prejurídico; correspondiente al tránsito de un Injusto plenamente objetivado a un Injusto que habría de reconocer ciertos elementos subjetivos al nivel de la tipicidad.

En un sistema bipartito, determinado por la categoría del Injusto y la Culpabilidad (VON LISZT-BELING), solo este último nivel de la teoría del delito era penetrado por un elemento subjetivo, concretamente por la voluntad consciente (dolo) de vulnerar la norma jurídico-penal o de su forma inconsciente (culpa), a partir de relaciones psicológicas contrastables; por su parte el injusto suponía comprender a la tipicidad como un juicio positivo de confrontación entre la conducta descrita por el autor con el contenido descriptivo que se desprendía de la norma penal en cuestión; y, la antijuridicidad era un nivel de apreciación puramente negativo, esto es, la ausencia de causas de justificación habrían de complementar el desvalor antinormativo que deba lugar al Injusto.

Una sistemática del delito, penetrado por valoraciones naturalistas propias de las ciencias mecanicistas; pues se trató de explicar el fenómeno delictivo partiendo de procesos físicos y biológicos, ajenos a la estructura psicosocial del individuo. La acción, como comportamiento dominado por la voluntad, la tipicidad, como acontecimiento exterior descrito típicamente por el legislador, y la culpabilidad, que consistía en la relación psicológica del autor con su hecho, al ser “objetos materiales del mundo real”, habrían de poder ser constatados por el juez sin necesidad de incorporar juicios valorativos³⁷¹.

371 SCHÜNEMANN, B. *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, p. 44.

La tipicidad, cuyo análisis es trascendental para el trabajo en cuestión, era entonces un nivel puramente descriptivo, donde se describían las conductas delictivas, sin penetrar en el aspecto interior de la persona, es decir, el nexo subjetivo entre el autor y el hecho humano que da origen a la realización típica.

Planteamientos provenientes del Derecho privado importó el reconocimiento de ciertos añadidos en el injusto típico, en ciertos delitos habría que incluirse determinados “ánimos” a fin de complementar el juicio de tipicidad, so pena de reducir las descripciones típicas a meros procesos causales. Sin embargo, no se entendía cómo podían reconocerse elementos subjetivos a un nivel típico, y al mismo tiempo, reconducir el dolo y la culpa como nexos subjetivos del reproche de Culpabilidad.

Sin duda, es el concepto ontológico de acción, llevado por WELZEL y también por MEZGER, que supuso añadir a este nivel dogmático la incidencia como factor determinante de la tipicidad, el comportamiento humano generado por una voluntad dirigido a una finalidad predeterminada. MEZGER, como anota MUÑOZ CONDE, en ningún momento niega la acción ontológicamente considerada sea también, como decía WELZEL, un acto de la voluntad dirigida a un fin³⁷². La tentativa de circunscribir exactamente dentro de la “conducta humana” el suceso al cual se pueden conectar medidas jurídico-penales, se debe ajustar a los verdaderos acontecimientos de la vida. Por ello, dice MEZGER, el concepto de acción es un concepto ontológico, el ser jurídico³⁷³.

Por su parte, WELZEL señala que la “finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles

372 MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, p. 82.

373 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 87.



de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines³⁷⁴. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción³⁷⁵; de tal modo que la voluntad se constituye en el factor generador de la conducta de incidencia penal, lo que da lugar a una subjetivización del Injusto.

El hecho de que esta estructura prejurídica (es decir, previamente dada en la realidad) de la acción humana como ejercicio de la actividad final constituyera una estructura lógico-objetiva esencial para el Derecho penal resultaba para WELZEL de un análisis de las funciones e instrumentos de la legislación penal³⁷⁶. Lo único que niega, y en eso discrepa WELZEL, es que el contenido de la finalidad (es decir, lo que el sujeto quiere conseguir con su acción) tenga que ya ser objeto de valoración en la tipicidad, y no en la culpabilidad como él había propuesto en su Tratado y era doctrina dominante desde LISZT Y BELING en la dogmática jurídico-penal alemana³⁷⁷. Por lo expuesto, en la doctrina del Finalismo se revela una concepción más subjetiva del Injusto, mientras que la posición de MEZGER es aún objetiva, pero con ciertos matices subjetivos, como se verá más adelante.

MEZGER reconoce que el derecho se refiere, por lo general, a la conducta externa (objetiva y física), señalando líneas más adelante, (...) que la convivencia externa de las personas es siempre, al fin y al cabo, solamente la expresión de una actitud interna y psíquica de ellas. Añade que tampoco el derecho puede pasar por alto este aspecto; si el derecho no quiere ser y no debe ser, fundamentalmente, una “ordenación de los sentimientos”, puede y debe

374 WELZEL, H. *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 41.

375 WELZEL, H. *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 42.

376 SCHÜNEMANN, B. *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, p. 55.

377 MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, ps. 82-83.



incluir en sus apreciaciones también lo psíquico como origen de la conducta externa³⁷⁸; de ahí surgen los elementos subjetivos del injusto; (...), que en muchos tipos delictivos, incluso en la mayoría de los delitos dolosos, era necesario tener en cuenta para determinar la relevancia típica de la conducta algunos “elementos subjetivos del injusto”, como el ánimo de injuriar en las injurias, la conciencia de la falsedad en el falso testimonio, el ánimo de apropiarse la cosa mueble ajena en el hurto, el ánimo lascivo en los abusos sexuales, el propósito de consumar el delito en la tentativa, etc., sin los cuales la conducta en sí misma carecía incluso de relevancia penal³⁷⁹.

De los argumentos citados, se colige una contradicción en la propia sistemática de MEZGER, pues aún reconociendo la existencia de dichos elementos a nivel del Injusto, mantiene el dolo y la culpa en la Culpabilidad. Parafraseando a WELZEL, con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto se produjo una honda fisura en esta separación, aparentemente tan clara, de lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo, y en la asignación de los “externo” a lo injusto y de lo “interno” a la culpabilidad³⁸⁰.

Por consiguiente, el Injusto plenamente objetivizado que caracterizaba a una concepción causalista del delito, es desplazado por una caracterización ontológica, cuya incidencia habría de determinar la configuración de un Injusto más inclinado a su factor subjetivo.

Empero, al margen de las incoherencias sistemáticas que puedan haber presentado ambas posturas doctrinales, el análisis del tipo subjetivo del injusto debe partir de la siguiente premisa: que

378 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 135-136.

379 MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, p. 83.

380 WELZEL, H. *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 98.



los hechos descritos normativamente en los tipos penales deben corresponder con los planos cognitivos y volitivos del autor, es decir, el elemento que debe estar siempre presente, es definitivamente el dolo: conciencia y voluntad de realización típica; por lo que ambas esferas deben abarcar los elementos constitutivos del tipo penal, a efectos de declarar cumplida la realización típica.

El dolo es, sin duda alguna, un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo³⁸¹; dicho así: *el juicio de tipicidad supone en esencia la realización plena de los elementos objetivos y subjetivos de la construcción normativa en cuestión.*

Ahora bien, la afirmación del dolo como elemento subjetivo del Injusto es una afirmación del componente anímico del cual debe ir impregnado el juicio valorativo de la tipicidad; cuya presencia es la regla general, bajo la complementariedad de los tipos culposos (cuya punición está condicionada a la regla de la taxatividad expresa); constituyendo los denominados “elementos del ánimo”, un plus en el carácter subjetivo del Injusto, a fin de delimitar correctamente el ámbito regulativo de la tipicidad penal, pero subordinado al principio de legalidad, pues el intérprete no puede sustituir al legislador, incorporando elementos que no se condicen con la estructuración típica en cuestión. En el caso del ejemplo repetido del hurto, el tema es claro, pues al constituir un tipo mutilado en dos actos, se exige el ánimo de aprovechamiento, que aparece como elemento expreso de tipicidad subjetiva; mas cuestión distinta es pretender incorporar estos añadidos “anímicos”, en tipos delictivos, cuya construcción normativa no los reconoce como tal. Todo lo cual redundaría en una afectación flagrante al principio de legalidad y al principio de separación de poderes, pues el juzgador al condicionar la presencia de estos elementos a fin de dar cum-

381 WELZEL, H. *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 99.



plimentada la tipicidad penal, estaría asumiendo las veces de un legislador positivo.

Debe entenderse, entonces, que la presencia de dichos «elementos subjetivos del injusto», parte de un carácter excepcional de la regla, sujeto al principio de legalidad, tal como se verá más adelante. Incluso para MEZGER, estos elementos no eran más que excepciones, expresamente exigidas por el legislador para darle relevancia penal a conductas que objetivamente consideradas son ambiguas y no tiene claramente una significación típica penal³⁸²; de todos modos, puede coincidirse, en que la presencia de dichos elementos resulta indispensable a fin de acentuar la relevancia jurídico-penal de la conducta, con efectos a su delimitación con el injusto civil o en su defecto con otra conducta delictiva que tutela el mismo bien jurídico (hurto de uso).

Por su parte, WELZEL afirmaba que solo era posible insertar, además, en el tipo, con sentido y sin dificultad, los elementos subjetivos del injusto, reconociendo la necesaria inclusión del dolo como elemento constitutivo del tipo³⁸³. Sin duda, esta es la concepción sistemática más homogénea de acuerdo a una visión integral del delito, pues lo subjetivo debe estar ya presente al momento que el sujeto da inicio a la realización típica (tentativa).

Dicho lo anterior, se abre paso al ámbito fenomenológico³⁸⁴, para la determinación de la conducta relevante para el Derecho penal, cuya sobreexaltación fuera luego cuestionada por posiciones de mayor depuración conceptual de las ciencias jurídicas, pues las estructuras lógico-objetivas no constituyen, por sí mis-

382 MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, p. 83.

383 WELZEL, H. *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 100. Así, SCHÜNEMANN, B. *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, p. 55.

384 Al respecto ver, SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, ps. 59 y ss.



mas, elemento fundamental para la determinación de la conducta típica.

Así, MUÑOZ CONDE, al escribir, que tanto en relación con el concepto de acción, como con otros conceptos de la Teoría del Delito (causalidad, imputación objetiva, culpabilidad, etc.) domina hoy un planteamiento normativo que le ha quitado, por lo menos desde el punto de vista teórico y filosófico, prácticamente toda relevancia a los planteamientos puramente ontologistas de MEZGER y WELZEL³⁸⁵.

Ahora bien, el hecho de que se exija la concurrencia de determinados elementos del ánimo en el tipo subjetivo —en algunos pocos tipos penales—, no importa una postura a favor de un Derecho penal de autor (de sentimiento), en la medida que el hecho en sí (jurídico-penalmente desvalorado), perdería su esencia personal, si se desliga de su vinculación con la esfera personal del autor, por lo que se corresponde plenamente a las garantías de un Derecho penal del acto. Empero, su inclusión al margen de la descripción legal del tipo en cuestión, sí conmueve los principios de legalidad y de culpabilidad.

En cuanto a su ubicación sistemática, el desplazamiento del dolo y la culpa en la sede de la tipicidad supone entonces, su ubicación en dicha categoría dogmática, siendo equívoca cualquier pretensión de ubicarlo en sede de la culpabilidad. Se niega también la posición de ubicarlo en la antijuridicidad (MEZGER, JIMÉNEZ DE ASÚA), de acuerdo a nuestra posición adoptada en capítulos anteriores.

MEZGER reconoce en sus obras la existencia de tres formas de elementos subjetivos del Injusto: delitos de intención, delitos de tendencia y los llamados delitos de «expresión»³⁸⁶.

385 MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, p. 85.

386 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 136-137.



7.1. Elementos de tendencia interna trascendente

La finalidad va más allá de la realización de la realización típica, el elemento subjetivo no se agota con el dolo de la tipicidad penal; en algunas figuras delictivas, el legislador ha previsto legalmente determinados ánimos que impulsan la conducta prohibida del autor y, que en ciertas circunstancias permite la construcción de los tipos agravados.

En el caso del homicidio la concurrencia del ánimo de lucro por parte del ejecutor material (inducido), es necesaria para la configuración del tipo penal de Asesinato, contemplada en el inciso 1) del artículo 108°; circunstancia que no es comunicable al Instigador, tal como lo dispone el artículo 26° del CP, a menos que también participe en la ejecución típica del delito, por lo que siendo coautor, también podría ser penado por esta agravante, la cual por ser de mayor trascendencia valorativa desplaza a la Instigación.

Ejemplo: el ánimo de lucro en el hurto (*animus rem sibi habendi*) - art. 185° del CP, en cuanto a la finalidad ulterior de obtener un provecho del objeto material del delito, dando lugar a la fase de agotamiento del delito. La consumación del tipo penal no requiere la efectiva concreción del propósito o móvil guiado por el agente, la obtención de un provecho se constituye como la consumación material o agotamiento del delito; importa un delito de resultado o mutilado en dos actos.

Es de verse, entonces, el caso del tipo penal del artículo 185° del CP (Hurto simple), la efectiva realización típica supone la realización de dos actos delimitables típicamente entre sí; primero, el autor debe apoderarse del bien mueble, sustrayéndolo de la esfera de custodia del sujeto pasivo e ingresarlo a su esfera de custodia o de un tercero; hasta ese momento sólo habrá tentativa, pues su efectiva concreción típica presupone que el autor haya tenido la po-

sibilidad fáctica de obtener un provecho del bien objeto de sustracción, si falta ese momento estaremos ante un caso de imperfecta ejecución. Así lo ha entendido la Corte Suprema, de acuerdo a la sentencia que constituye precedente vinculante según lo previsto en el artículo 301°-A del C de PP, asumiendo la teoría de la «disponibilidad»³⁸⁷.

Por consiguiente, si el autor sustrae un bien mueble ajeno, sólo para usarlo por un tiempo determinado, se configurará pues el delito de Hurto de Uso (Art. 187°) y no el de Hurto simple. En esta variante de los elementos subjetivos del injusto, el designio trasciende la realización típica, en tanto, que en los segundos, el propósito se agota en la primera acción y resultados típicos: robo, estafa, etc³⁸⁸.

En el supuesto del tipo legal de Rebelión (art. 346°), la realización típica está subordinada a que el alzamiento en armas se realice con la finalidad (ulterior) de variar la forma de gobierno, deponer el gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional; por tales motivos, si el autor se alzó en armas como una forma de protestar por una ley injusta o es parte de una acción subversiva de asociaciones criminales, no se dará este tipo legal, sino otros, que en el último de los casos será más grave (terrorismo; no puede alegarse la concurrencia de este tipo legal, cuando se encuentra plenamente acreditado que el alzamiento en armas produjo la muerte de civiles y la destrucción del patrimonio (público y privado), aniquilamiento de civiles que solo puede ser reputado como crímenes comunes, atentando contra bienes jurídicos fundamentales.

387 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, ps. 171-173.

388 Así también, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*. II, p. 122; BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 186.



7.2. El tipo subjetivo del delito desde una formulación político criminal conforme los principios de culpabilidad y de proporcionalidad

– Conceptos previos

El análisis preclusivo que importan las diversas categorías dogmáticas que se desprenden de la teoría del delito; primero fijar con todo rigor si es que la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico es obra del agente, como un acto atribuible a su esfera de organización personal, fue de su competencia pues el origen del riesgo jurídicamente desaprobado y no obra del azar, el destino o la pura causalidad. Una vez ello, toma lugar la revisión de la vinculación anímica del autor con el hecho típico y penalmente antijurídico, en cuanto al dolo, la culpa y la preterintencionalidad, dependiendo para ello del nivel de cognoscibilidad y/o previsibilidad del riesgo no permitido generado por su conducta; quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva por el resultado, dando cuenta del principio de culpabilidad.

Bajo tal premisa argumentativas, es que los delitos dolosos han de recibir una pena más grave en comparación con los delitos culposos, pues el agente es más consciente de la lesividad social provocado por su comportamiento, ello en armonía con los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Así conforme el principio de mínima intervención y de expresa taxatividad legal que regulan la incriminación del delito culposo en nuestra ley penal.

Así también, de las consecuencias jurídico penales que se desprenden de la teoría del error de tipo (vencible e invencible).

El error puede recaer sobre cualesquiera de los elementos descriptivos y normativos del tipo legal: sea sobre la calidad del sujeto activo o sujeto pasivo, sobre el medio empleado, el objeto



material del delito y toda circunstancia que hace del tipo base una modalidad agravada.

Se ha abandonado pues en concepto clásico del “dolo”, como conciencia y voluntad de realización típica por el de conocimiento de una peligrosidad objetiva para con el bien jurídico tutelado por la ley; de manera que su probática en el proceso penal se infiere ahora de forma implícita o explícita.

a. La formulación político criminal en la ley penal conforme criterios de imputación subjetiva

Los delitos de Homicidio (“tipo base”) y su derivados (“contra la vida humana independiente), llevarían consigo las penas más severas, entre éstas la pena de cadena perpetua; sin embargo, al margen de los tipos penales de Feminicidio y Sicariato, que si cuentan con esta pena “indeterminada”, advertimos que la formulación de una política criminal, muy llevado al conyunturalismo y a la mediatización de la “noticia criminal”, en el marco de los delitos que afectan la Seguridad Ciudadana y el Orden Público, como el Secuestro, Extorsión y delitos contra la Intangibilidad sexual, vienen conminados con penas altísimas, mediando la elaboración normativa artificiosa de los tipos penales “preterintencionales”; donde el resultado más gravoso sobrevenido (la muerte o lesiones graves de la víctima), al sostenerse la atribución delictiva sobre el baremo de la “previsibilidad”, importa la imputación a título de culpa y no de dolo, lo cual genera problemas interpretativos ante la evidente manifestación de un “Conflicto aparente de normas”; donde el tipo penal aplicable, no hay que buscarlo en el marco de la conminación penal más severa, sino con arreglo a los principios de “legalidad” y de “culpabilidad”, en armonía con el contenido real de las categorías dogmáticas de la “Teoría del Delito”.

b. El delito preterintencional

Delito “preterintencional”, concurso ideal entre la tentativa de doloso de lesión con un delito culposo por el resultado; ¿Puede



haber coautoría en un delito preterintencional? codominio, fusión delictiva intelectual o convergencia criminal: Codominio del HECHO. Hay coautoría culposa?, la muerte de la víctima es a título de culpa, no hay coautoría en delitos imprudentes. Otra cosa, estar pre-adaptados los coautores, a un plan criminal preconcebida, un alto grado de probabilidad de dar muerte a la víctima ante sus resistencia a un robo: “Asesinato para facilitar otro delito”; en el RN N° 1591-2017-LIMA (Fundamento destacado) se señala que: “El Acuerdo Plenario 3-2009/CJ-1163 establece que la parte *in fine*, artículo 189 del CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. *Esta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o vis in corpore– le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado solo se le puede atribuir al agente a título de culpa* –la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisibles, está prohibida por el artículo VII, del Título Preliminar, del Código Penal–.

El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. *Como se advierte en la doctrina especializada la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado* (la muerte, en este caso, no fue fortuita) –es una situación de preterintencionalidad heterogénea–.



Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: *el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última*. Sin embargo, el substrato fáctico de la imputación es el siguiente: *“Un primer agravio para la rebaja de pena consiste en que su patrocinado y sus coacusados solo planificaron el robo, y no coordinaron causar la muerte al agraviado, ya que fue Daniel Campos Ricse quien disparó. Este agravio no es de recibo por este Tribunal Supremo, pues el condenado en juicio oral dio a conocer cada una de las funciones que estos realizaron con la finalidad de efectuar el robo del dinero, y que ante ello el agraviado opuso resistencia lo que originó el empleo del arma de fuego para apoderarse del bien, y que finalmente ocasionó su muerte. El resultado muerte sí era previsible, al habersele disparado tres veces, por lo que resulta de aplicación el Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116”* (Fundamento DÉCIMO PRIMERO). Máxime, considerando que se les condena como autores de un mismo hecho, pues si más de uno comparten el dominio del hecho de un delito han de ser reprimidos como coautores, y si se trata de un delito de preterintencional, al ser el resultado “muerte” atribuible en su faz culposa, no resulta legalmente admisible la coautoría, más aún si se habla de una convergencia intelectual que no es de recibo en un delito culposo.

A tomar en cuenta, que tanto el delito de Asesinato y el Parricidio, solamente se conmina la pena mínima, pero no se dice nada con la pena máxima; 35 años de ppl, en base a una interpretación sistemática con el artículo 29° del CP; principio de legalidad no solo tiene que ver con la conducta delictiva sino también con la pena.

El tipo legal de Lesiones graves seguidas de muerte fue el punto de partida, de esta modelo de PC, más llevado a la represión que a la prevención, que por las complicaciones que provoca en el proceso de subsunción típica (sub principio de “tipicidad”), requirió por parte de las instancias más altas de la judicatura, la elucubración

de criterios interpretativos, en el marco de Acuerdos Plenarios y de Sentencias Plenarias (doctrina “jurisprudencial vinculante”), en la aplicación del modelo “acusatorio”. (Vide, al respecto, la posibilidad de una Coautoría en el caso de un Robo agravado seguido de muerte; considerando que no se admite la confluencia de voluntades en el delito de culposo, donde el desvalor del injusto culposo reside en la falta de previsibilidad de los deberes objetivos de cuidado).

La tipicidad legal requiere la confluencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo; v. gr., cazadores de venados, en un lugar autorizado, uno dispara en un arbusto, da muerte no a un animal sino a un hombre; ¿Ha cometido Homicidio simple? objetivo y no subjetivo, dolo debe cubrir al agente consiente que está dando muerte a un ser humano: ERROR DE TIPO.

Tanto, en el Homicidio doloso como en el culposo, debe partirse de la premisa de la infracción de una norma de cuidado (Inobservancia del deber objetivo de cuidado, incidir en la generación del RJP), se indica en el FUNDAMENTO DÉCIMO de la CASACIÓN N° 912-2016: *“(...) se trata de un instituto dogmático liberador de responsabilidad penal, que nos permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo. Así es necesario reconocer que la sociedad en la que vivimos es una sociedad de riesgos pues en determinados ámbitos, haya la necesidad de un riesgo –un riesgo permitido– contra los bienes jurídicos. En tanto se actúe dentro del riesgo jurídicamente permitido, no se puede –normativamente hablando– quebrantar una norma”.*

Bajo tales consideraciones, los constructos normativos típicos son recogidos de las propias actividades socio-económicas-culturales que se desarrollan y suscitan en el quehacer cotidiano de los individuos (con evidentes limitaciones en el contexto del “COVID-19”); mas dicho revestimiento jurídico-penal no puede ser concebido desde un plano formal o causal del estado de las cosas, en

cuanto a lesiones o muertes de personas, sino a partir del baremo que fija precisamente las diversas estipulaciones legales que regulan una determinada actividad humana, por lo que si la lesión generada está dentro del margen normativo permisible no le puede atribuir dicho estado de desvalor al agente así como aquellas conducciones humanas que se sujetan a los roles predeterminados en sociedad.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En una sociedad, dinamizada, esencialmente por el intercambio permanente de bienes y servicios, por parte de los ciudadanos, la conjunción asociativa en tareas comunes es una manifestación propia de la sociabilidad del ser humano; el individuo necesita de sus prójimos para alcanzar los fines más valiosos: para lograr objetivos, metas y su propia superación personal necesita del apoyo de otros individuos.

Manifestación fenoménica que se traduce en concretas actividades socioeconómicas, cuando un individuo se asocia con otros para la consecución de un fin fijado de antemano; es imposible pensar, que en el marco de la descripción actual de la sociedad, el hombre pueda conseguir sus metas más preciadas de forma individual.

La conjunción asociativa es latente hoy en día, sobre todo, en el ámbito empresarial, donde la conformación de empresas (*personas jurídicas*), resulta el manifiesto de la voluntad de varios individuos, que compartiendo un objetivo común, constituyen una personalidad jurídica bajo un objeto social también determinado.

Importan corporaciones asociativas que se sujetan al marco legal, siempre y cuando actúen en el marco de la normatividad aplicable, son «asociaciones lícitas», en cuanto su actividad se ciñe al



marco estricto de la normatividad vigente; empero, la división de tareas, o mejor dicho la necesidad de asociarse no es una propiedad privativa de las corporaciones legales (naturales o jurídicas), sino que también en el plano de la criminalidad, los individuos se juntan con otros para la consecución de un fin ilícito, donde los participantes reparten las tareas a fin de dar rienda suelta a su plan criminal. De allí surgen como apunta BACIGALUPO, los problemas de diferenciación, que solo se presentan en la medida que varios concurren al mismo hecho, pues, donde alguien ha realizado por sí solo la acción típica, no hay problema alguno en distinguir entre quien ha cumplido el papel protagonista y aquel que sólo ha tenido una función secundaria³⁸⁹.

Es sabido, que en el marco de los delitos convencionales y también complejos, la tarea que se decide ejecutar no puede ser acometida por un solo hombre, no solo por el riesgo de ser capturado por las fuerzas del orden, sino también porque en algunos casos le será imposible realizar de «propia mano», todos los actos, que resultan necesarios para alcanzar la realización típica. Si un sujeto quiere robar un banco de cierta envergadura, en una zona urbana, deberá pensar en la cantidad de vigilantes que se sitúan adentro y afuera del banco, así como de los controles de seguridad y la posibilidad de aviso al exterior a los custodios del orden, también por la gran cantidad de dinero que pretende sustraer de la bóveda. En el caso de pretender secuestrar a un empresario, que ya de por sí cuenta con su propia seguridad, por lo que el enfrentamiento es inminente, máxime por la necesidad de tener que huir de forma rápida y efectiva.

Cuestión aparte merece la distinción criminológica, cuando se parte de estructuras asociativas que se forman precisamente

389 BACIGALUPO, Enrique. *La Extensión de la Tipicidad a la Participación en el Delito. Derecho Penal. Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 459.

para cometer una serie de delitos, que puede ser una asociación subversiva o una criminalidad organizada para-estatal; en cuanto a la estructuración de todo un engranaje criminal, portadora de una serie de características. Hablamos ahora de un injusto que desborda los marcos de la individualidad, para penetrar en la esfera de lo sistémico.

De hecho, en la actualidad, la política criminal moderna se dirige precisamente a combatir eficazmente las mafias criminales, v. gr., terroristas, narcotraficantes, trata de blancas, tráfico de inmigrantes y a las redes de corrupción estatales. Por consiguiente, el tema de la «Autoría y Participación», concita hoy en día mucho interés, no solo por interés científico, sino también por las propias necesidades político-criminales que deben traducirse en concretas medidas legislativas, y en la actividad jurisdiccional, a fin de aplicar el Derecho penal de acuerdo a criterios dogmáticos que deben buscar seguridad jurídica y efectos preventivos.

Es de verse, por tanto, que en el ámbito dogmático de la «Autoría y Participación» trata de averiguar quiénes participan en el evento delictivo, qué calidad estos tenían (delitos especiales propios e impropios), cuál fue la calidad del aporte realizado de común idea con su importancia para la realización típica (cómplices primarios y secundarios), quién ostentaba el dominio normativo del hecho (autoría mediata), quiénes tenían el codominio funcional del hecho (coautores), si solo puede ser considerado autor aquel que de forma naturalista realizó el tipo penal (delitos de propia mano) y, en qué medida no se pueden transmitir las cualidades que solo pueden fundamentarse en una determinada situación personal de uno de los participantes (incomunicabilidad de las circunstancias personales).

En resumidas cuentas, son varias aristas que se desprenden de esta temática, cuya concreción dogmática ha sido y sigue siendo aspecto medular de discusión científica, motivo por el cual se han



construido muchas teorías para plantear distinciones participativas, que de uno u otro modo han marcado el paso en las decisiones de los tribunales de Justicia.

Ahora bien, el tema de Autoría y Participación supone una relevancia de primer orden, en cuanto a los criterios que se adopten, repercutirán en el ámbito punitivo, toda vez que si nuestro Sistema Penal vigente asume una posición diferenciada de autor, es de recibo que el autor no puede ser penado con la misma pena del partícipe y, viceversa, por lo que las consecuencias jurídicas de un Derecho Penal democrático, debe asegurar que su aplicación (*ejecución*), sea revestida de los principios rectores del *ius puniendi*, de legalidad, de proporcionalidad, de lesividad, de culpabilidad y humanidad de las penas. Todos estos principios fundamentales, están comprometidos de algún modo con esta temática, por lo que su estudio debe realizarse en sistematización con los postulados del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como lo contempla nuestro texto ius fundamental, a fin de no conmover los cimientos jurídico-constitucionales.

Convenimos, en que los diversos tipos penales comprendidos en la PE del CP, hacen referencia a la realización del hecho punible por una única persona en forma anónima y singular, sin distinguir entre autor y partícipe: “*El que...*” Empero, la comisión de un delito no puede atribuirse siempre sólo de manera unitaria, siendo que en muchas oportunidades, son más de uno los que confluyen voluntades criminales –llegando a estructurar bandas y organizaciones criminales–, con el fin de facilitar la perpetración de hechos delictivos. Surge así la figura de otros actores que aportan una determinada prestación positiva, que puede finalmente llegar a ser esencial para la realización típica.

Se podría decir de una forma diferente, que el «autor» es el protagonista principal de la película y, los «partícipes» los actores secundarios, dando vida al evento criminal, a partir de las diversas

contribuciones, que cada uno de ellos aporta, en la consecución del objetivo trazado de antemano.

Desde un concepto amplio y general de la participación, tanto participan o tornan parte en el hecho los que son autores como los que ayudan a éstos a lograr sus designios criminales.

2. AUTOR Y SUJETO ACTIVO

«Autor» es aquel individuo que de propia mano, o a través de otros, ejecuta el emprendimiento legal contenido en el tipo legal, a quien la Ley le atribuye responsabilidad penal, por haber lesionado o puesto en peligro un bien jurídico —penalmente tutelado—, siempre que en sus manos ostente la conducción del evento en toda su complejidad.

Por su parte, «sujeto activo» es quien realiza la acción típica, en cuanto descripción formal del tipo penal, quien configura el tipo legal de común idea con los alcances normativos del injusto en cuestión, sin necesidad de distinguir grados de aportación delictiva, es autor en sentido lato o extenso, conforme al estado literal de los tipos de la Parte Especial del CP; puede decirse entonces, que en un delito especial propio, como la figura delictiva de Abuso de Autoridad, en el rubro del “sujeto activo”, autor solo puede serlo el funcionario o servidor público, en pleno ejercicio de cargo *funcionarial*, y, quienes intervienen sin tener dicha cualidad funcional, han de responder a título de “participación delictiva” o, en el caso de los delitos especiales impropios, quienes por su especial relación con la víctima, han de recibir una penalidad intensificada; *contrario sensu*, autor es sobre quien recae la responsabilidad directa por el hecho punible cometido, en cuanto sujeto que tuvo el dominio del acontecer típico, por lo que se puede decir que el hecho es atribuido como su obra.

La calidad de sujeto activo parte de la descripción dogmática que los Manuales de la PE estilan realizar, con arreglo a la siste-

matización de las categorías dogmáticas de la Teoría del Delito, encaminada a describir qué individuos pueden ser pasibles de realizar el tipo penal, considerando los especiales móviles que guían el accionar criminal, las especiales relaciones con el bien jurídico, su estatus funcional, el grado de energía criminal (dolo, culpa, preterintencionalidad, etc.

3. FORMAS DE AUTORÍA

3.1. Autoría Directa o Inmediata (Individual)

Es autor directo «el que realiza por sí el hecho punible» (art. 23° del CP), esto quiere decir, aquel que directamente con su acción realiza la acción típica —tanto los elementos objetivos como subjetivos del tipo—; aquel que de forma personal realiza la conducta descrita en el tipo penal³⁹⁰.

El ámbito natural, si se puede decir de la conducta, se corresponde con la esfera normativa en cuanto el individuo que jala el gatillo y mata directamente a la víctima, sin intervenir otros individuos o el influjo psíquico que pueda provenir de un tercero. Autor directo es quien ejecuta por sí mismo la acción típica³⁹¹.

En tales supuestos el dominio de la propia acción es indudable, si el agente ha obrado con dolo y han concurrido los elementos objetivos y subjetivos (especial cualificación del autor y especial propósito del autor) requeridos por el tipo³⁹².

Solo puede ser autor inmediato en el delito de Asesinato por lucro, aquel sujeto que elimina directamente la vida de otro,

390 ASÍ, VON BELING, E. *La Doctrina del Delito-tipo*, p. 60.

391 ROXIN, C. *Sobre la Autoría y Participación...*, p. 483.

392 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 471.

y concurriendo en la esfera subjetiva del injusto el ánimo de obtener un provecho económico u otra índole, quien paga al sicario una suma de dinero para que acometa el crimen, ha de responder a título de Instigador; así, también en el caso del delito de Hurto, no basta la acción lática de apropiarse de un determinado bien mueble, sino que debe aparecer también en la esfera psíquica el ánimo de aprovechamiento para sí o para un tercero.

“Señor del Hecho –dice WELZEL– es aquel que lo realiza en forma final en razón de su decisión volitiva. La configuración del tipo delictivo, expresado en el despliegue de una acción, conforme al plan criminal, es lo que transforma al autor en Señor del Hecho.

MAURACH apunta que es autor quien tiene el dominio del hecho, quien tiene dolosamente en sus manos el curso del suceso típico, pero, esta tesis no es absoluta, dependerá pues de la posición relativa del sujeto concreto respecto de los demás partícipes; sólo en la medida en que el sujeto pueda dominar, dirigir el suceso en su totalidad, como obra suya, se configurará “Dominio del Hecho”.

La «Autoría Inmediata» puede aparecer también en dos constelaciones de casos:

1. Cuando quien actúa adelante asume la calidad de mero cuerpo mecánico, en cuanto a una fuerza física irresistible, que hace desaparecer cualquier atisbo de elemento volitivo, el sujeto se convierte en una fuerza física dirigida e impulsada por el hombre de atrás o por un acontecimiento de la naturaleza.
2. En el caso de los delitos especiales propios, quiere decir, que sólo aquel sobre quien recae el deber público de realizar tareas propias de la Administración Pública (*injustos funcionariales*), puede ser considerado autor a efectos penales y, si este se sirve de un instrumento no doloso no cualificado, no se daría un caso de Autoría Mediata, pues el sujeto de adelante nunca podrá ser autor, por lo que solo es un medio,

como cualquier otro para que el *intraneus* pueda alcanzar la realización típica, en cuanto al quebrantamiento de sus obligaciones funcionales.

Ahora bien, nos preguntamos con razón: ¿Cuál es en realidad la diferencia entre la Autoría Inmediata y la Autoría Mediata? Es acaso puramente ontológica, normativa o simplemente naturalista.

Es de verse, que la configuración de diversos tipos penales supone una intervención directa de la víctima, quien obrando bajo error ejecuta los actos que describe de manera formal los tipos legales, no es que la víctima enciende el interruptor que da lugar a la explosión de la bomba, el conductor que encendiendo su vehículo da lugar a la detonación del explosivo, la víctima que bebe el brebaje envenenado por su enemigo, el sujeto pasivo que interviene en un negocio jurídico de naturaleza fraudulenta da lugar el mismo al desplazamiento del patrimonio a la esfera de custodia del sujeto activo.

¿Serían todos esos casos hipótesis de «Autoría Mediata»? si la víctima se halla bajo error o bajo un estado de inculpabilidad no hay problema alguno en admitir esta posibilidad, por cuanto se encuentra instrumentalizada por el hombre de atrás, (...) la propia víctima coloca una condición para la lesión y, en verdad, una condición de forma instrumentalizada, por lo que en puridad, habría que clasificarlos de autoría mediata³⁹³.

Todo partiría entonces, de una consideración fenoménica del delito; ambas autorías resultan penadas de *lege lata* por el CP, por lo que su distinción muchas veces puede ser improductiva, aunque necesaria en algunas veces para negar la responsabilidad del sujeto de adelante (víctima).

393 SÁNCHEZ-VERA-GÓMEZ-TRELLES. *El Denominarlo Delito de Propia Mano*, p. 92.

3.2. La Autoría en los Delitos Funcionariales

La dogmática se debate por un concepto adecuado, por una definición –que con suficiente rigurosidad dogmática y de política criminal–, pueda fundamentar el desvalor de los delitos perpetrados por los funcionarios y/o servidor públicos en el ejercicio de sus funciones; aquéllos que son perpetrados desde los fueros institucionales de la Administración Pública, por quienes se encuentran investidos de un cargo público, que fueran glosados normativamente por el legislador en el Título XVIII del CP de 1991, dando lugar a una tipificación específica y distinta a los delitos comunes.

La codificación punitiva identifica planos de actuación humana, que pueden ser cometidos por cualquier individuo, es decir, cualquier persona –al ser portados de un ámbito de libre organización individual–, está en condiciones de vulnerar los bienes jurídicos, que son objeto de tutela penal; v. gr., cualquiera puede eliminar la vida de su congénere, apropiarse de un bien ajeno, destruir la propiedad privada, engañar a otra persona para que le entregue un patrimonio, para ello se necesita únicamente ser portador de una libre conducción humana –susceptible de dominar el evento típico delictivo–, etc.; sin embargo, la vida cotidiana no se agota con dichos comportamientos disvaliosos, pues la propia organización política y jurídica, configura un ámbito específico de actuación del Estado, de naturaleza institucional, adquiriendo la estructura organizacional de toda una «Administración Pública», encargada de prestar servicios públicos a la población, a través de quienes la Ley la Constitución les confiere tales deberes, esto es, los llamados «funcionarios y/o servidores públicos». Por consiguiente, sólo aquéllos están en posibilidad de quebrantar los deberes públicos-institucionales, que encauzan el correcto funcionamiento de la Administración, los que pueden desembocar en la comisión de los denominados «delitos funcionariales»³⁹⁴.

394 Conforme dicho reconocimiento social e institucional, es que elaboran los llamados «delitos especiales propios», de cuyo cuño el legislador define una cualidad especial



Según lo anotado, aparece en el escenario dogmático, los llamados «delitos de infracción de un deber», de pluma del famoso penalista alemán Roxin (*Pflichtdelikte*), proponiendo una bipartición, con los clásicos delitos de dominio. Sobre este esquema conceptual, en los delitos de dominio, el criterio para determinar la autoría es precisamente el dominio del hecho, mientras que en los delitos de infracción de un deber es simplemente la infracción de un deber especial antepuestos en el plano lógico a la norma penal, es decir, que proviene de un ámbito extrapenal^{395 y 396}; (...) el fundamento de la sanción –indica Muñoz Conde– radica en que alguien infringe las exigencias de comportamiento que se derivan del papel social que desempeña³⁹⁷. La categoría dogmática de los delitos de infracción de deber no se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor (...) ³⁹⁸. Caracteriza a los delitos de infracción de deber que sólo es autor de los mismos quien infringe

que debe ostentar el autor, cuyo fundamento es su posición en determinadas instituciones, consagradas en la Ley y en la Constitución; se cierra el círculo de autores, a quienes detentan una especial vinculación con la estructura normativa de dichas instituciones; así en la Berdugo Gómez de la Torre y otros, al escribir que los delitos especiales son aquellos en los que el tipo limita el círculo de posibles autores a determinados sujetos, al incorporar entre sus requisitos ciertas características en el autor, que concurren en un número limitado de personas; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 298; en opinión de Gómez Martín, (...) aquellos delitos de los que solo puede ser autor aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades exigidos por el tipo; ¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho? En: *Dogmática actual de la Autoría y Participación Criminal*. Coordinador: Salazar Sánchez, cit., p. 324.

395 ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 385.

396 El mismo Roxin postula que en los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente (...), cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida (...); *Política Criminal y sistema de Derecho Penal*, cit., p. 63.

397 En la Introducción al libro de Roxin; *Política Criminal y sistema de Derecho Penal*, cit., p. 19.

398 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 29.



un deber especial jurídico-público o jurídico-privado. En estos delitos el obligado sobresale entre los demás intervinientes por una especial relación con el contenido del injusto del hecho, quien es autor³⁹⁹.

Será por tanto, la normativa administrativa y/o laboral, la que defina la relevancia jurídico-penal de la conducta imputada al funcionario público, como núcleo del desvalor del comportamiento prohibido, sin tomar en consideración los elementos constitutivos del tipo penal que componen la descripción típica del injusto *funcionarial*. Aspecto que ha llevado a un sector importante de la doctrina, ha rechazar esta construcción conceptual, al afectar el principio de legalidad, bajo el axioma del *nullum crimen sine lege praevia*. Así, cuando un sector importante de la doctrina colombiana, apunta que aceptar sin reservas la categoría de los delitos de infracción de deber podría significar echar por la borda los principios de legalidad, tipicidad y lesividad, establecidos, el primero como derecho fundamental, y los otros como normas rectoras⁴⁰⁰.

Consecuencia importante de esta postura doctrinal, es como afirma Muñoz Conde, mientras que en los delitos de acción sólo puede ser autor quien tenga el dominio del hecho, en los delitos consistentes en la infracción de un deber sólo puede ser autor quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del hecho (...) ⁴⁰¹ y ⁴⁰²; se advierte una desvinculación de la facticidad con la descripción típica de la conducta, en tanto sólo interesa acreditar la vulneración de un deber extra-penal. Existe un consiguiente riesgo, de que las conductas típicamente «activas» se conviertan en comportamientos «omisivos», sin de dejar de lado que en ciertos casos el tipo penal —ya de forma enunciativa—, exige ciertos deberes de protección, de salvaguarda y/o fomento del

399 SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, cit., p. 492.

400 SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, cit., p. 493.

401 En: ROXIN, C. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, cit., p. 20.

402 Vide, al respecto GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, cit., ps. 297-298.



intraneus, sobre el objeto material del delito, cuya infracción –al generar un riesgo no permitido–, puede generar responsabilidad penal, cuando otro se aproveche de ello, para proceder a la sustracción de un bien confiado a la esfera de custodia del servidor, dando lugar al Peculado culposo⁴⁰³. Es por ello que resulta indispensable fijar con toda precisión los ámbitos y/o esferas de organización institucional que recae sobre cada funcionario en particular.

García Caveró en la doctrina nacional, sostiene que la categoría de los delitos de infracción de un deber ha sido calificada (...), de una artificiosa, innecesaria y, en cierto modo, peligrosa construcción conceptual y sus criterios de solución en la autoría y participación se consideran inaceptables^{404 y 405}. De ahí que se diga que su construcción ha sido muy criticada y no puede afirmarse que se haya impuesto ni en Alemania ni en España⁴⁰⁶.

No basta –a nuestro entender–, que se identifique la contravención a un deber previsto en una disposición legal, por ejemplo el funcionario que no convoca de forma oportuna a una licitación pública, para la remodelación de una construcción⁴⁰⁷, sino que éste desarrolle y/o ejecute la materialidad típica recogida en el tipo legal, en este caso la tipicidad descrita en el artículo 387° del CP. Como pone de relieve Robles Planas, la teoría de los delitos de infracción de un deber

403 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 377-381.

404 GARCÍA CAVERO, P. *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro*, cit., ps. 368-369.

405 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, señala que la distinción entre delito de dominio y de infracción de deber no es según Roxin, una delimitación lógico-conceptual, sino una clara cuestión teleológica: a saber, una cuestión de interpretación de los tipos penales concretos; *Delito de Infracción de deber...*, cit., p. 34.

406 ROBLES PLANAS, R. *La Participación en el delito: fundamento y límites*, cit., p. 226.

407 Lo cual no supone –de ninguna forma–, la configuración típica de Colusión ilegal, como no haber especificado de forma adecuada los criterios técnicos propuestos en la licitación pública.

parte de una premisa altamente cuestionable: la de que existen ámbitos (instituciones) sociales donde el sujeto debe responder de todo lo que suceda solamente por ostentar un determinado *estatus*⁴⁰⁸.

La «infracción del deber» puede constituir un primer peldaño a saber, para definir la relevancia jurídico-penal de la conducta, en los injustos *funcionariales*, pues al develar una categoría meramente formal, requiere de algo más, de un fundamento de orden material; así, cuando se postula en la doctrina española, que tales deberes institucionales constituyen tan sólo elementos adicionales (que pueden o no concurrir) junto a los otros títulos de imputación (organización de la propia esfera de libertad y solidaridad), pero en ningún caso tienen en peso suficiente para generar por sí solos la imputación por las consecuencias del propio comportamiento organizador, genuinamente penal⁴⁰⁹.

A la formulación doctrinal planteada por Roxin, aparece la posición de Jakobs, quien también, propone una división bipartida, bajo la nomenclatura de delitos de «competencia por organización» y delitos por «competencias institucionales⁴¹⁰», buscando una definición más material que formal; por la primera, se advierten comportamientos que pueden ser cometidos por cualquier ciudadanos, en mérito a un ámbito de libre configuración personal^{411 y 412}, mientras

408 ROBLES PLANAS, R. *La Participación en el delito: fundamento y límites*, cit., p. 233.

409 ROBLES PLANAS, R. *La Participación en el delito:...*, cit., p. 237.

410 Críticamente SCHÜNEMANN, acota que un concepto de esta clase es el de la competencia, que no aporta nada para explicar los presupuestos de la autoría. En efecto, si se declara autor a quien es competente por el hecho, se ha formulado una pura tautología; *El Dominio sobre el fundamento del resultado*. En: *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio*, cit., p. 284.

411 A decir de GARCÍA CAVERO, los delitos de dominio son aquellas que castigan la infracción del rol de ciudadano, es decir, la organización defectuosa de la propia esfera de organización o de ámbitos ajenos pero libremente asumidos; *La discusión doctrinal en torno al fundamento...*, cit., p. 381.

412 Debiéndose añadir que en algunos casos, una persona ha de asumir también los defectos de organización de otros, cuando se advierta una relación de garantía,

que en los segundos, se aprecia un rol específico, sostenido sobre la plataforma de específicas vinculaciones de naturaleza institucional. En la responsabilidad por organizaciones imputan consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de una institución, por su parte existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor⁴¹³.

Vendría a determinarse la configuración de especiales deberes, conforme la subyacente relación entre el agente con ciertas instituciones, en el presente caso, la que se construye mediante la asunción de obligaciones, que como portador del cargo público ha de enfrentar frente a la Administración; es en tal virtud, que no cualquiera pueda asumir dichos deberes, sino únicamente los que están vinculados institucionalmente con la Administración; así García Caverro, al indicar que un delito de infracción de deber no puede ser cometido por una persona no vinculada institucionalmente, por más que ésta domine el hecho⁴¹⁴. No perdamos de vista, que esta postura se elabora sobre la defraudación de las expectativas normativas de la sociedad, de confiar que todos ajusten su quehacer conductivo, conforme a los roles —legalmente predeterminados—; es una misión comunicativa de la norma, no la protección de bienes jurídicos.

Punto importante a decir, es lo que subraya Sánchez-Vera Gómez-Trelles (escuela *jakobiana*), que delitos de infracción de deber para Jakobs, son (...), no sólo aquellos comportamientos que pueden ser subsumidos bajo el tenor literal de un delito de infracción de deber “positivado” (por ejemplo, un delito de funcionario), sino toda forma de conducta que lesiona una institución, en verdad, también —y aquí reside la ampliación decisiva—, aunque el tipo de la Parte

cuando el último de los mencionados no está en capacidad de asumir sus propios defectos de organización personal.

413 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Delitos de Infracción de deber...*, cit., p. 38.

414 GARCÍA CAVERO, P. *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático...*, cit., ps. 383-384.

Especial en cuestión haya sido formulado aparentemente como un delito común (...) ⁴¹⁵. A ello se critica, preguntándose lo siguiente: ¿Cómo se determina en el que una persona se halle vinculada a un bien de forma positiva o negativa? A mi modo de ver —responde Robles Planas— no se puede resolver esta cuestión de un plumazo, afirmando que existen (sin más) instituciones sociales que determinan tal vinculación positiva. Este planteamiento deja en manos de “la sociedad” (¿?) la decisión sobre cómo se vincula una persona a un bien. Tengo serias dudas acerca de si ello es así. Más bien, me parece que la vinculación con los bienes jurídicos debe partir del propio individuo ^{416 y 417}.

No puede caerse en el mismo círculo de la explicación teórica-conceptual, de construir la sustentación teórica fuera de los tipos penales ⁴¹⁸, es decir, basado esencialmente en los roles que ciertas personas, desde el momento en que se vinculan con ciertas instituciones (“Administración Pública”), pues se deja de lado, que la efectiva lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico, no puede sustentarse solamente desde la posición del sujeto dentro de un entramado institucional, sino que haya realizado una conducta o permitido que otro lo haga, en contravención a sus deberes inhe-

415 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Delitos de Infracción de deber...*, cit., p. 44.

416 ROBLES PLANAS, R. *La Participación en el delito...*, cit., p. 228.

417 También se ha sostenido en contra de la teoría de los delitos de infracción de deber, que en la medida en la que todas las norma imponen deberes y todos los delitos consisten en la infracción de una norma, se debería deducir que todos los delitos tendrían el carácter de delitos de infracción de deber, como apunta BACIGALUPO. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 469.

418 Al respecto, precisa SCHÜNEMANN, que son los tipos penales de la Parte Especial que describen el hecho y que, desde ese modo caracterizan como autor a quien pertenece a esa descripción. Esto resulta tanto de la lógica forzosa de la finalidad preventiva del Derecho penal, como también del origen de las leyes penales, cuya procedencia se halla en la Parte especial, mientras que el concepto de autor ha sido desarrollado sólo paulatinamente sobre esta base mediante abstracción; *El Dominio sobre el fundamento del resultado*, cit., p. 285.



rentes al cargo, con el añadido de haberse aprovechado de dicha vinculación funcional, para poder perpetrar el injusto *funcional*. A esto debe sumarse, que la misma Administración, comprende una serie de actuaciones, por tanto, delimita ámbitos funcionales que son asumidos por varios funcionarios, a su vez, el *intraneus* no puede responder por aquellas intervenciones que realicen personas ajenas a la institución pública; máxime, si el funcionario puede resultar siendo partícipe de un delito dominado por un *extraneus*, configurando un delito común⁴¹⁹, en cambio para la doctrina de la infracción del deber, siempre sería considerado autor, al margen de lo nimio e insignificante de su intervención. Al respecto Stratenwerth, en cuanto a la propuesta de operar en “los delitos de infracción de deber” con un concepto distinto del que corresponde a los “delitos de dominio”, (...) tiene la consecuencia de que cualquiera, aún la más lejana colaboración de un sujeto que tiene el deber especial en la realización de una acción, realizaría el supuesto de hecho del delito especial, dando lugar, por tanto, a autoría. Por el contrario, el supuesto de hecho típico presupone, por regla general, que el autor calificado realiza una determinada acción y, con respecto a la cuestión de si ha llevado a cabo o no, no se puede recurrir a un criterio distinto de los “delitos de dominio”. Conformarse con cualquier aporte al hecho sería lesivo al principio “nullum crimen sine lege”⁴²⁰.

Suárez González, señala que cabe oponer que el concepto de “institución” no se encuentra ontológicamente determinado y que, por tanto, no constituye ningún referente sólido para determinar si la acción desaprobada tiene como referente un deber institucional.

419 Así, SUÁREZ SÁNCHEZ, al indicar que si el sujeto no cualificado tiene el dominio del hecho es autor del delito común, a pesar que sea determinado o ayudado por quien ostente la posición jurídica especial, quien no será autor de delito de infracción de deber sino partícipe del delito común, porque en este caso quien domina el hecho no infringe deber especial y quien lo vulnera no tiene el dominio (...); *Autoría*, cit., p. 495.

420 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General I - El Hecho punible*, cit., p. 244.



(...) La falta de un criterio material en torno a cuáles son los contextos regulados preformados, y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites, constituye ciertamente una limitación para establecer un fundamento de la responsabilidad tan específico como el que se propone⁴²¹.

Siguiendo la línea argumental esbozada, consideramos lo siguiente: la infracción del deber⁴²², sea como remisión a la norma extra-penal o como competencias institucionales, puede constituir en un primer elemento a saber para definir la relevancia jurídico-penal (*injusto funcional*), mas insuficiente para llenar de contenido material al injusto, por su excesivo formalismo conceptual; entonces, debe precisarse —si es que el delito de Peculado nos referimos—, a una vinculación funcional entre el agente del delito (funcionario y/o servidor público), con el objeto material del delito y, seguidamente, verificar que merced a esa especial y particular relación funcional, el *intraneus* haya procedido a ejecutar la descripción típica contenida en el tenor literal del artículo 387° del CP⁴²³; es esa

421 SUÁREZ GONZÁLEZ, C. *Los delitos consistentes en la infracción de un deber*. En: La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública, cit., p. 230.

422 Explicando la naturaleza material de los delitos impropios de omisión, SCHÜNEMANN, postula que esa infracción del deber especial extrapenal es un fenómeno que solo habitualmente acompaña al ejercicio de dominio penalmente relevante; *El Dominio sobre el fundamento del resultado*, cit., p. 291.

423 A decir de SUÁREZ SÁNCHEZ, el concepto de realización ha de poseer, en ciertos casos, contenido valorativo que comprenda los aspectos normativos, propios del tipo, con lo cual pierde razón de ser en gran medida la distinción entre delitos de dominio del hecho y “delitos de infracción de deber”, porque se entenderá que en éstos el dominio del hecho sólo podrá tenerlo quien ostente una posición jurídica que fundamenta el vínculo especial con el bien jurídico protegido por la norma, que no lo tiene el *extraneus*, quien solo puede atacarlo de manera accesoria a través del *intraneus*. Este autor señala luego, que una teoría del dominio del hecho desarrollada conforme a una teoría del tipo con matices normativos no justifica la existencia de dos construcciones diversas para la autoría: una para los delitos comunes, y otra para los delitos de infracción de deber, consistente en la teoría de los delitos de infracción de deber; *Autoría*, cit., p. 494; no deja tener razón este autor, por la razón de que sólo podrá ostentar el dominio del hecho, aquel sujeto

misma posición frente al objeto material del delito (caudales y/o efectos), que le otorga al *intraneus* la posibilidad de dominar esa esfera de competencia institucional, por tanto de ostentar el *dominio sobre dicha esfera de organización*⁴²⁴. De no ser así, toda intervención marginal de un funcionario y/o servidor público ha de ser reputada como una actividad típica de autoría a pesar de develar una manifestación esencial de complicidad; piénsese en aquel servidor público que presta una contribución para que otro funcionario pueda proceder a la apropiación del dinero que se encuentra bajo su esfera de custodia, bajo la doctrina de la *infracción del deber*, dicha conducción tendría que ser penalizada a título de autoría, lo cual resulta inadmisibles desde un marco estricto de Justicia Material y a todas luces carente de la debida proporcionalidad.

En palabras de Suarez Sánchez, no es suficiente la infracción de un deber jurídico-público o jurídico-privado para que el especialmente obligado sea autor de infracción de deber, sino que se exige que domine la creación, el no control o aumento del riesgo objetiva y subjetivamente imputable; en otras palabras, que la infracción del deber especial se integre en el dominio del hecho⁴²⁵. Schünemann, que sigue una postura eminentemente material de autoría y participación, indi-

portados de una posición especial frente a la Administración, por lo que una cosa lleva a la otra, sin dejar de lado que el deber puede desarrollar cierta relevancia para determinar la clase y naturaleza de los deberes asumidos por el agente; para Robles Planas, se trata de la distinción entre aquellos delitos que son especiales por limitar el círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión (delimitación de la posición especial) de aquellos otros delitos que establecen limitaciones ya en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica; *La participación en el delito:...*, cit., p. 238.

424 Así, GÓMEZ MARTÍN, al apuntalar que debe serlo el sujeto que, además de ser formalmente el *intraneus*, tiene bajo su control *material* el ámbito funcional de dominio en el que se encuentre implicado el bien jurídico lesionado o puesto en peligro; ¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?, cit., p. 336.

425 SUAREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, cit., p. 494.

ca que el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, (...), no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el dominio del hecho en los delitos de comisión (*delitos impropios de omisión*). Finalmente, ofreciendo un solo ejemplo más, esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone⁴²⁶; (...), para Gómez Martín, (...), el injusto especial sólo debería ser imputado, a título de autoría, a aquellos sujetos que, además de presentar la condición de *intranei*, ostentan el dominio del riesgo típico⁴²⁷.

Lo sostenido doctrinariamente —llevado al caso que nos ocupa— determina concluyentemente que para atribuir responsabilidad penal como autor del delito de Peculado, por el solo de haber infringido un deber, —no haber devuelto el dinero—, no supone suficiente elemento a saber, por lo que ahora toca examinar sus presupuestos de configuración, lo que determinará si existe o no una relación posición especial (*vinculación funcional*) entre el sujeto y el caudal y, si conforme a ello, resulta admisible sostener que éste tiene algunas de las cualidades que el artículo 387° exige (perceptor, administrador o custodio). A ello, cabe ya la postulación dogmática, de que un funcionario y/o servidor público puede afectar bienes jurídicos convencionales, es decir, el patrimonio del Estado, dando lugar a una tipificación penal por un delito común.

Los argumentos delineados —cabalmente desarrollados por la doctrina que postula una unidad sistemática de autoría y participación—, vendría ser, como señala Gómez Martín, una “reconstrucción” de una teoría *unitaria* de la autoría⁴²⁸. (...) Frente a esto

426 SCHÜNEMANN, B. *El dominio sobre el fundamento del resultado*, cit., p. 295.

427 GÓMEZ MARTÍN, V. ¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?, cit., p. 366.

428 GÓMEZ MARTÍN, V. ¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?, cit., p. 331.



las teorías normativas del dominio del hecho se presentarían como concepciones que permitirían “recomponer” la teoría de la autoría. Explicarían la relación de autoría que debe existir entre el sujeto que realiza el tipo y al conducta típica de acuerdo con un único criterio aplicable a toda clase de delito. Se recuperaría para la teoría de la autoría, de esta forma, la idea de “sistema”, “abandonada” en cierto modo por la concepción, más tópica o casuística, de Roxin⁴²⁹.

Sin duda, el desarrollo vertiginoso e imparable de la ciencia *jurídico-penal*, de este tópico tan fundamental —que es la autoría y participación en los delitos especiales propios—, supone una temática que difícilmente impondrá un solo concepto en la dogmática penal, debido a los esquemas teóricos que se han acuñado en los últimos tiempos; empero, la construcción científica no puede abandonar conceptos esenciales del Derecho penal, de que la conducta del autor (*sea un delito especial o un delito común*), debe contrastarse, debe encajar con la descripción típica de la figura delictiva en particular, lógicamente partiendo con el reconocimiento de la especial esfera de actuación, donde se ubica el agente, lo que lo hace o no portador de este dominio del suceso típico. Una posición en contrario, trae consigo consecuencias indeseables en un Estado Constitucional de Derecho, al basar la responsabilidad penal en la mera constatación de la infracción de un deber o de la contravención a un deber positivo, dejándose vacío el principio del *nullum crimen sine lege*.

3.3. Autoría Mediata

a. *Naturaleza Jurídica*

La «Autoría mediata» es consecuencia directa de concepciones materiales a efectos de determinar quién es el sujeto

429 GÓMEZ MARTÍN, V. ¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?, cit., p. 332.

protagonista del evento delictivo, a partir del desarrollo científico del estudio del tipo subjetivo del injusto, pues es la voluntad finalmente la que se constituye en el pilar de esta teoría, sin que ello deba ser entendido en negar cualquier admisión de elementos objetivos, pues si se delimita la autoría conforme a la descripción del tipo penal debe contener necesariamente estos, y finalmente, la debida correspondencia entre ambos elementos constituye en realidad la naturaleza jurídica de la «Autoría Mediata».

La relación existente entre el autor y el dominio —como escribe HERNÁNDEZ PLASENCIA— puede definirse como subjetiva, si se precisa una conciencia o voluntad de dominio en el sujeto con respecto al hecho que realiza; puede ser objetiva, si el dominio del hecho deriva directamente de lo que hace del sujeto con independencia de que sea consciente o no de su dominio sobre el acontecimiento típico o de su voluntad de dominarlo; y, finalmente, también puede conceptuarse como objetivo-subjetiva, si no solo hay que dominar el hecho desde el punto de vista fáctico-objetivo, sino que es preciso también conocer que se ostenta dicho dominio⁴³⁰.

El autor no necesita cumplir por sus propias manos —señala WELZEL— el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no solo de instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro, en cuanto solo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. Se habla en estos casos, tradicionalmente, de autoría “mediata”⁴³¹.

*Autor mediato es el que admite que otra persona, de la que se sirve como instrumento, realice para él mismo, total o parcialmente, el tipo de un hecho punible*⁴³².

430 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. *La Autoría Mediata en Derecho Penal...*, ps. 67-68.

431 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 144.

432 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 309.



Dicho así: *la Autoría Mediata supone la intervención de dos sujetos: uno que ejecuta formalmente el tipo penal, sin saberlo o incurso en una forma de inculpabilidad y, el otro que sin realizar de forma fáctica el hecho en sí típico, ostenta el dominio del hecho, pues sólo de él y no del instrumento depende la concreción típica, quien a su vez tiene el poder de frustrar la realización típica.*

El autor mediato tiene el dominio del hecho porque consigue la instrumentalización de una persona, mediante la utilización de unos medios ante situaciones que inciden directa o indirectamente sobre aquélla, cuya actuación determina la comisión del delito⁴³³.

La autoría mediata se caracteriza como “dominio de la voluntad”: alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como “herramienta” en manos de este⁴³⁴; por lo tanto, la autoría mediata exige la presencia de, al menos, dos personas (sujeto de atrás e instrumento) concurrentes a la comisión del tipo penal y, como mínimo, una de ellas ha de estar instrumentalizada en relación con la otra⁴³⁵.

Siendo así, resulta por no menos decirlo «artificial» pretender delimitar la autoría mediata de la autoría inmediata en cuanto al número de sujetos participantes, en el sentido de que únicamente concurrirá la primera, o solo si intervienen tres sujetos: el hombre de atrás, el ejecutor material y la víctima del delito⁴³⁶; como se ano-

433 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, p. 68.

434 ROXIN, C. *Sobre la Autoría y Participación...*, p. 483.

435 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, p. 81.

436 Así, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, p. 85.

tó —líneas atrás—, lo realmente importante es delimitar ámbitos de responsabilidad, en el sentido de acreditar si el hombre de atrás es o no quien tiene el dominio del hecho, pues desde una postura meramente fáctica no hay problema en afirmar que cuando la víctima es instrumentalizada para autolesionarse sería un caso de autoría mediata. Una vez afirmada la imputación objetiva al hombre de atrás, la cuestión de si la autoría es calificada como mediata o inmediata, pasa a ser una cuestión absolutamente secundaria⁴³⁷, solo de interés terminológico; en el caso de la autoría mediata el hombre de atrás nunca realiza el tipo de forma fáctica, cuestión distinta es señalar que cuando la víctima es instrumentalizada para la afectación de un bien jurídico del cual es titular se da Autoría Mediata, cuestión discutible.

Dicho lo anterior, la caracterización de instrumento se deriva de su incapacidad de comprender con exactitud los hechos que está cometiendo, pues no sabe que su conducta es típica o simplemente no está en posibilidad de alcanzar dicho entendimiento, por una serie de factores u circunstancias, que lo someten a una situación de «error», sobre los elementos de su conducta, que la hacen típica (*delictiva*).

Si en principio el autor es el realizador material y la persona de atrás es solo partícipe («Inductor»), en la autoría mediata supone precisamente lo contrario; ella supone un aprovechamiento doloso del error de otra persona (el «Instrumento») —en el cual incurre el ejecutor material del hecho—, o cuando esta última por no poseer la cualidad especial de autoría exigida en el tipo legal.

Desde una concepción causal-objetiva no era posible fundamentar una imputación de autoría, que presentaba las peculiaridades de esta autoría, para ello la Doctrina jurídico-penal buscó cómo

437 SÁNCHEZ-VERA-GÓMEZ-TRELLES, J. *El Delito de Propia Mano*, p. 93.



fundamentar jurídicamente la punición del autor real del delito y no del instrumento.

El criterio basilar, fue el «Dominio del Hecho», pues no cabe duda que es el “Hombre de Atrás” (Autor Mediato) quien posee el dominio de realización típica; ejemplo: A le pide a B el favor que le alcance la cartera —el cual supone B que es de su propiedad—; toda vez que la cartera es “ajena”, A es autor mediato del delito de hurto (art. 185°), pues, quien ha tenido la intención de obtener un provecho indebido de un bien ajeno es el hombre de atrás, y B —como instrumento— ha obrado sin dolo, por ende, su participación no resulta punible.

Como anota DONNA, la autoría mediata se caracteriza en este contexto por el dominio de la voluntad de otro, por el uso, como instrumento de una tercera persona. Es el caso de la persona que realiza el tipo penal pero no de propia mano sino mediante otra persona —el instrumento— que le sirve a sus fines porque no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del autor mediato, con lo cual aparece como una herramienta en las manos de aquél. Lo relevante está dado por la voluntad del hombre de atrás que aprovecha su información, la mayor inteligencia, la fuerza o el *status* diferente⁴³⁸.

Distinto es el caso cuando el instrumento obra como un mero cuerpo mecánico (sin conciencia y voluntad), en este caso nos encontraríamos ante un caso de verdadera «Autoría Inmediata» del hombre de atrás, mas no ante una Autoría Mediata; este es un caso de «Ausencia de Acción» de quien obra materialmente, como lo es la fuerza física irresistible (Art. 20° inc. 6).

No cabría tampoco la posibilidad de la Autoría Mediata, en el caso del «injusto imprudente», porque el dominio del hecho me-

438 DONNA, E. A. El concepto de Autoría y la Teoría de los aparatos de poder: ob. p. 299.

diante la voluntad, exige el dolo del sujeto, y quien se sitúa atrás, jamás puede resultar autor si carece de esa voluntad conductora del hecho; por tal motivos, si A provoca en B la realización de una conducta de por sí peligrosa, v. gr., paracaidismo, B es un experto en esta actividad y A le entrega con engaño un equipo que éste no conoce, pero que en virtud de sus conocimientos especiales hubiera tenido la posibilidad de salir del error, por lo que lesiona su propio ámbito de organización al actuar de forma descuidada, por lo que no cabe admitir una autoría mediata, sino una Inducción a una acción imprudente que claro ésta necesita de su propia explicación por su aparente inconsistencia dogmática desde una perspectiva de *lege lata*.

La figura de la Autoría Mediata no puede utilizarse indiscriminadamente, la posibilidad de autoría mediata termina allí donde el instrumento mismo es un autor plenamente responsable —en este caso quien actúa directamente detenta el dominio del hecho— al cual se le debe atribuir la responsabilidad del hecho como autor, de modo que la intervención del hombre de atrás se calificaría a título de instigador, coautor o cómplice; así también, cuando es el instrumento que da marcha inicial al suceso típico y, luego dominado por el hombre de atrás. Mientras el instrumento o intermediario tenga conocimiento acerca de los elementos que hacen de su acción una de contenido típico, será Inducción o Complicidad en cualquiera de sus formas.

Tener el control o el dominio del hecho implica una planificación previa e instrumentalización hacia un fin: *querer el resultado típico*; una lesión del deber objetivo de cuidado sólo podría imputarse como autor a aquel quien lo infringe.

Ahora bien, para que pueda darse la autoría mediata, la conducta del ejecutor debe suponer el inicio de los actos típicos, pues propiciar un dominio del hecho, sin dirigir una conducta hacia la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en cuanto subsunción



de los hechos a lo descrito en el tipo penal es contrario a su propio fundamento: Dominio de voluntad de realización típica. A lo que habrá que distinguir aquellos casos en los cuales el hombre ejecutor obra de forma atípica pero si la acción es atribuida al hombre de atrás, la conducta es plenamente típica.

Si un individuo hace que otra tome un brebaje que está descompuesto y se produce una intoxicación estomacal, en este caso pareciera un caso de autolesión no conducible a los tipos de lesiones (arts. 121° y ss. del CP), por cuanto amerita la causación de una lesión por un tercero; empero quien determina la actividad fáctica es el hombre de atrás, por lo que es un verdadero «Autor Mediato».

En consecuencia, la autoría mediata entra en consideración recién en los casos en que el instrumento al menos ejecuta una acción que, ejecutada por el propio hombre de atrás, se habría correspondido al tipo objetivo de un delito de comisión doloso, pero que no cumple con el tipo subjetivo⁴³⁹.

En el caso de que el instrumento obre sin capacidad de acción, actuando como un mero cuerpo mecánico, no es un caso de autoría mediata, sino de autoría inmediata, al faltar el «dominio de la voluntad del hombre de adelante», en la medida que el que empuja al otro hacia un vidrio o lo impulsa hacia otro individuo para que le cause una lesión, en definitiva el hombre de atrás es quien realiza el tipo, donde el hombre de adelante solo se constituye en un medio de realización típica, como un mero objeto.

4. COAUTORÍA

La «coautoría» importa la atribución conjunta de un hecho delictivo, esto es, la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos,

439 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 380.

de dos o más individuos, quienes en «común acuerdo» se dividen la realización del hecho punible, con base en la delimitación de «roles» (*asignación de tareas delictivas*); todos ellos de igual importancia, en orden a alcanzar el plan criminal preconcebido o ideado de forma súbita.

En principio, tanto el «coautor» como el «partícipe» (cómplice), pueden concretizar su aporte en la etapa de ejecución delictiva, pero la diferencia entre ambos estriba en que solo el coautor tiene el dominio del hecho, quiere decir esto, que la coautoría se basa fundamentalmente en que el hecho es la obra de todos aquellos que de forma conjunta hicieron posible la realización típica. ROXIN la ha designado como “autoría funcional”; en este caso varios correalizan la ejecución en distintos papeles (funciones) de tal forma que sus aportes al hecho tomados en sí completan la total realización del tipo⁴⁴⁰.

Coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho, y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito⁴⁴¹. Su peculiaridad reside en que, además, ha habido un acuerdo de distribución funcional de las labores a cumplir respecto a la realización del hecho⁴⁴².

A fin de identificar la relevancia del aporte y el codominio del hecho, la conducta de cada de los actuantes debe ser confrontada con los elementos constitutivos de la tipicidad penal, a partir de una consideración material, mas no desde enfoques puramente objetivos o subjetivos. Siguiendo el ejemplo de STRATENWERTH, los dos ladrones del banco, uno de los cuales tiene en jaque a los

440 ROXIN, C. *Sobre la Autoría y Participación*, p. 487.

441 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 154.

442 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 288.



empleados y al público con un arma, mientras el otro recoge el dinero⁴⁴³.

Remitiéndonos al texto literal del artículo 189°-A del CP, el tipo penal de Robo agravado amerita la realización de las siguientes acciones a fin de completar la modalidad típica: a.-El ejercicio de violencia física o amenaza psíquica sobre el sujeto pasivo de la acción, a fin de doblegar sus mecanismos de defensa y, b.-La sustracción del objeto material del delito, que se consigue a partir de la conducta descrita en el numeral anterior; por lo tanto, las dos conductas deben ser valoradas como una “unidad” a fin de establecer la imputación recíproca a cada uno de los coautores por el evento en su totalidad; en la medida, que no podría aceptarse que a uno se le impute el delito de coacciones o lesiones y al otro el delito de hurto. De ahí radica la esencialidad y la particularidad de la coautoría, que cada aporte debe ser considerado en conjunto con los demás aportes, a fin de establecer la unidad delictiva.

El dominio del hecho reside aquí en manos del “colectivo” como tal; el coautor individual ha intervenido en él solamente como miembro del colectivo⁴⁴⁴; empero, el mismo ejemplo podría dar lugar a una resolución distinta, v. gr., quien aprovecha que A se encuentra liando a golpes con B y, le sustrae la billetera que cayó al piso, solo podrá ser responsable por el delito de hurto, pues su acción no forma parte de un plan concertado para sustraer el bien de la víctima.

De todos modos cabe advertir, que la «ejecución conjunta de un hecho», no presupone necesariamente que todos los coautores realicen de forma fáctica las acciones que se describen literalmente

443 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, cit., p. 398.

444 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 398.



en los tipos penales, pues el dominio del hecho parte de una visión material.

Dicho lo anterior, la «coautoría» importa la realización delictiva por un conjunto de personas, que participan voluntaria y conscientemente, acorde con una división del trabajo derivado del Plan Criminal.

Ahora bien, en la coautoría se exige que todos los coautores cumplan con los requisitos objetivos y subjetivos comprendidos en el delito en cuestión; al faltar uno de ellos se quiebra la unidad de imputación delictiva. En este sentido, el coautor debe tener en primer lugar el codominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto⁴⁴⁵; en el caso de los delitos de infracción de deber, sólo podrán ser considerados coautores, aquellos que al momento de la realización típica cumplieran con el requisito objetivo de la autoría (*intraneus*) y que hayan tenido una especial vinculación funcional con el objeto material del delito (*relación positiva*); la ausencia de cualquiera de ellos, hace decaer el codominio del hecho; a lo sumo podrá admitirse una participación (unidad en el título de la imputación).

También es posible advertir la concurrencia de coautoría en los casos en que se produce un reparto de roles, entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores no están presentes en el momento de la ejecución del delito, lo cual mostrará como imprescindible remitirse al Dominio del Hecho.

Lo decisivo en la coautoría importa que el «Dominio del Hecho» lo comparten varios participantes, que en virtud del reparto

445 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 472.

de funciones, todos ellos asumen igual responsabilidad por la realización típica. Por consiguiente, las distintas aportaciones delictivas deberán considerárseles como un «todo», como un suceso global, al cual debe atribuírsele a cada coautor, independientemente de su contribución material en la ejecución del delito.

El artículo 23° de nuestro texto punitivo describe la coautoría de la siguiente forma: *“los que cometan conjuntamente el hecho punible”*. Con base en lo preceptuado en líneas anteriores, consideramos que en principio no podemos interpretar el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible solo limitándonos a la fase ejecutiva, debido a que pueden existir aportaciones que, si bien no se plasman en la fase ejecutiva, constituyen un aporte esencial sin el cual no se hubiera podido configurar el tipo delictivo.

Por otro lado, no es fácil la labor de delimitar la zona de aplicación de la coautoría con una mera participación, por lo que la doctrina se ha esforzado singularmente a partir de la postulación de una serie de criterios. Se pretendió establecer la diferencia a partir de la tesis de la voluntad (teoría subjetiva).

Si se parte que tres sujetos se comprometen a realizar tal o cual acción, y al momento de la ejecución típica, uno de ellos desiste de su acción, no podrá ser considerado autor; por lo que la complicidad intelectual carece de consistencia para fundamentar la responsabilidad. Por eso, la delimitación debe basarse en puntos sólidos, que puedan fundar esta zona de delimitación: el aporte esencial al hecho (codominio funcional del hecho), que el aporte se haga efectivo en la etapa ejecutiva y posibilidad de frustración típica, este último elemento es esencial, en la medida, que el partícipe no tiene esa potestad.

En opinión de GIMBERNAT, es suficiente que alguien colabore en el delito con un aporte difícilmente reemplazable, y que su acción tenga el significado de remoción de un obstáculo será para la producción del resultado típico. Para ROXIN, alguien es coautor si ha

ejercido una función de significación esencial en la concreta realización del delito⁴⁴⁶.

De todos modos, vale la pena explicar en forma detallada cada uno de estos presupuestos:

- a) Codominio del hecho, que importa la decisión común y conjunta de realizar el hecho delictivo, esto es, los coautores parten de una unión que se basa en el engranaje que se estructura a partir del aporte que cada uno de ellos se compromete a realizar. Cada fracción (aporte) es unido de forma ideal, a fin de configurar un solo hecho que da lugar a la realización delictiva. Según ello, la decisión común produce ante todo una conexión entre las partes del hecho de varios intervinientes en un delito, que permite gravar a cada uno de ellos también con la parte hecha por los otros⁴⁴⁷.

El hecho para aparecer como la obra de varios, debe suponer la concreción material de los acuerdos efectuados por todos los coautores, pues no vale la promesa anterior si ésta no se efectivizó en actos concretos, más aún si se realiza un aporte de menor relevancia al esperado, no podrá admitirse una codeinfluencia, sino una mera participación.

Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito⁴⁴⁸); esto quiere decir, que tengan la posibilidad de frustración típica, quien tiene el codominio del hecho tiene siempre esta facultad, a diferencia del partícipe, a pesar de que su aporte puede resultar indispensable en algunos casos.

446 ROXIN, C. *Sobre Autoría y Participación...*, p. 489.

447 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 399.

448 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 472.



El acuerdo recíproco puede también establecerse solo durante el transcurso del hecho, después que el primer actor ya ha actuado una parte, lo que se ha llamado coautoría sucesiva⁴⁴⁹. Puede realizarse expresa o tácitamente con acciones concluyentes⁴⁵⁰.

Dicho así: el acuerdo debe adquirir materialidad antes o durante la etapa ejecutiva del delito, si el participante, plasma el acuerdo de dar su contribución después de la etapa consumativa, no podrá ser coautor, pues ya no tendría el codominio funcional del hecho, por lo que sus actos serían constitutivos de encubrimiento, o constitutivos de otras figuras delictivas; si crea una persona jurídica para cubrir de legalidad del patrimonio mal habido de un funcionario público no puede ser coautor del delito de enriquecimiento ilícito, sino de lavado de activos; de igual, quien adquiere el bien mueble sustraído ilegítimamente por un tercero, estará incurso en el delito de receptación y no en el de hurto.

Así también, si dos quieren ultimar a una persona, y por obra de la casualidad coinciden en la ejecución típica, no son coautores, sino se configura una coautoría concomitante; empero el acuerdo puede producirse de forma espontánea, sin que sea necesaria una planificación significativa. Por consiguiente, la voluntad de autor debe corresponderse con la concreción definitiva de una conducta, a fin de desencadenar la imputación recíproca del hecho.

Ahora bien, si se desborda el contenido del plan por parte de uno de los coautores, el exceso no puede ser atribuido a los otros: quien para asegurar el botín mata a uno de los ocupan-

449 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 155.

450 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 311.

tes de la casa, quien está realizando labores de vigilancia en las inmediaciones del lugar, no puede ser responsable de dicho exceso. *Contrario sensu*, bandas criminales que acostumbran cometer delitos graves (robos agravados, secuestros, lesiones, etc.), que en su accionar tienden a eliminar cualquier tipo de obstáculos, como la vida humana, si a pesar de no haberse acordado matar al guardaespaldas de la víctima y ésta se realiza por decisión única de uno de ellos, la imputación sí será recíproca, pues se trata de un acuerdo implícito de estas asociaciones delictivas, que se acredita con su habitual accionar.

- b) Contribución objetiva para la realización del hecho típico. El coautor debe haber aportado una contribución esencial para el éxito del plan criminal, sin el cual entonces no se hubiera alcanzado la perfección delictiva. La aportación objetiva que determina la existencia de un codominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse⁴⁵¹.

La cuestión discutida, empero, se da en el caso de aportes al hecho que son prestados ya en el estadio de la preparación del verdadero hecho o que sólo facilitan su ejecución⁴⁵².

Es de verse, que tendrá que considerarse la planificación del hecho criminal, el sentido de ejecución típica del tipo penal en cuestión, si manejar un auto luego de la sustracción del dinero de un banco es coautoría, el solo hecho de vigilar el lugar del atraco, proporcionar el plano del lugar, entregar las llaves del edificio, etc.

451 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 473.

452 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 404.



Sin duda, deberá estimarse el valor del aporte, a fin de dar la respuesta correcta, pero, la pregunta sería la siguiente: ¿El aporte que se presta en los actos preparatorios, puede dar lugar a una coautoría? Quien presta una contribución en la etapa preparatoria, difícilmente por no decirlo menos, puede tener el codominio del hecho, pues quien entrega los planos del edificio o la llave de sus puertas de ingreso, no se es seguro que vayan a ser utilizadas por el resto de intervinientes, puede que adquieran otros medios facilitadores, aún se utilicen efectivamente estos aportes, no puede darse una codelincuencia, por cuanto no tienen en sus manos la posibilidad de frustración típica; en el caso de nuestra legislación positiva, este aporte esencial puede ser constitutivo de una complicidad primaria sin ningún problema; quien conduce el vehículo para que se pueda dar a la fuga con el botín sustraído del banco, es coautor de robo agravado, pues la ejecución típica aún no se ha agotado; en el caso del “campana”, habría que analizar caso por caso, en tanto, puede producirse tanto una codelincuencia como una participación; (. ..), lo importante es saber si, la correalización estructurante del hecho tiene lugar en la preparación o durante la ejecución del hecho. Solo en este último caso, expresa ROXIN, puede existir una coautoría⁴⁵³, pues (...), es imposible que se pueda dominar un acontecimiento de ejecución cuando no se está presente⁴⁵⁴, presencia que no debe ser interpretada desde una visión naturalista, sino material (normativa).

JESCHECK sintetiza los caracteres de una codelincuencia, de la siguiente manera: “todo aporte al hecho tiene que ser un segmento de la ejecución del hecho. Una colaboración en la prepa-

453 ROXIN, C. *Sobre Autoría y Participación...*, ps. 490-491.

454 ROXIN, C. *Las Formas de Participación en el Delito*, p. 217.



ración y planeación del hecho no es suficiente, pues con ello todavía no ha sido aceptada una parte del dominio del hecho”⁴⁵⁵.

En tal entendido, la aportación objetiva en la etapa preparatoria no puede dar lugar a una codelinuencia, sino una complicidad, sin embargo, para STRATENWERTH, la respuesta a la pregunta de si un aporte al hecho fue esencial “en el estadio de ejecución” no puede basarse en el momento que fue prestado, sino solamente en la forma en que siga repercutiendo durante la ejecución⁴⁵⁶.

4.1. La coautoría en las organizaciones delictivas

Nuestro texto punitivo, como se ha venido sosteniendo, recoge la siguiente fórmula normativa, a la cual denomina como “Coautoría”, al disponer a la letra lo siguiente: “*son autores quienes cometen conjuntamente el hecho punible*”; ello importa que la configuración y/o comisión del hecho punible, importa una imputación recíproca de ambos autores, donde cada uno de ellos tiene el dominio funcional del hecho y ello sólo podrá verificarse, cuando se advierta que la contribución y/o el aporte de cada uno de los coautores fue imprescindible para la realización típica del delito, pero no sólo dicho dato a saber es fundamental, puesto que el cómplice primario también puede prestar una colaboración imprescindible para la materialidad del injusto típico, sino también que el coautor tiene la exclusiva potestad de frustrar la realización del delito, de no ser así no podría decirse con corrección que detenta el codominio funcional del hecho.

El desarrollo científico de la moderna dogmática jurídico-penal, define por tanto, el alejamiento a posturas que pretendían sos-

455 JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 453.

456 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 404.

tener la coautoría, basada en una contemplación meramente literal del tipo penal (“formal-objetiva”), a partir de dicha consideración valorativa únicamente aquellos que intervienen directamente en la ejecución del delito, pueden ser considerados “autores”; la orientación en la actualidad doctrinal, es de construir la imputación jurídico-penal sobre la base de aspectos materiales y normativos, esto es, no necesariamente el verdadero autor del injusto ha de estar presente en los actos ejecutivos del delito, pues al contar con una relación de dominio sobre el autor inmediato, el hecho punible ha de ser atribuido a su esfera de organización, por lo que el autor ejecutor queda exento de responsabilidad criminal.

Entrando ya de lleno a la figura de la “Coautoría”, se postula doctrinariamente, que para que este variante de codelincuencia pueda tomar lugar, debe concurrir de forma conjunta y concluyente lo siguiente: 1. Codecisión de realización típica, es decir, confluencia de voluntades criminales; 2. Una contribución esencial e indispensable en la ejecución del delito, sin la cual no se haya podido materializar el hecho punible; 3. Codominio funcional del hecho, lo cual significa la división de roles y/o tareas, que en conjunto y de forma global determinan la realización típica del delito, es así que el hecho delictivo supone una imputación recíproca a cada uno de los coautores y, 4. En cada uno de los coautores debe estar presente los elementos subjetivos del injusto típico. Así en la doctrina nacional, al alegarse que mayoritariamente se asume que la coautoría requiere tanto de un elemento subjetivo como de un elemento objetivo: el primero constituido por el denominado mutuo acuerdo, y el segundo por la intervención del agente en la fase ejecutiva del delito, aunque en este punto se discute la admisión de aportes no ejecutivos⁴⁵⁷.

457 MEZA HURTADO, D. *Los requisitos de la Coautoría en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Peruana*. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 33, marzo del 2012, ps. 73.

No hay duda, apunta Donna, de que el coautor es un autor, de modo que le corresponden todas las características del autor⁴⁵⁸. Conforme dichas proposiciones doctrinales, se señala que si bien es cierto que el acuerdo común es elemento constitutivo de la coautoría, también lo es que no es suficiente la intervención en el acuerdo para apreciar responsabilidad a título de coautor, porque ello significaría hacer coincidir el elemento subjetivo y el objetivo de la autoría⁴⁵⁹. Bajo tal entendido, debe quedar claro, que únicamente podrá ser reputado como “coautor”, quien aparte de planear la realización del hecho punible con el resto de los coautores, preste una contribución imprescindible en la etapa ejecutiva del delito. En la coautoría debe haber coincidencia entre lo que se quiso por cada uno de los coautores y lo que hizo el grupo, sin que sea suficiente la coincidencia entre lo que quiso el interviniente y lo que hicieron los demás, pues aceptar esto implicaría admitir el sólo desvalor de la acción y proscribir el de resultado, con un regreso a teorías subjetivas que se cree ya superadas⁴⁶⁰.

Por tanto, se dice que la estructura de la coautoría se basa en el principio de división del trabajo, conforme a un plan común para la realización conjunta del hecho, es decir, en la acumulación de esfuerzos y correlación de contribuciones individuales que tomadas en sí complementan la total realización del tipo. Existe, por tanto, una interdependencia funcional de los distintos aportes al hecho, que permite afirmar la existencia de un hecho en común realizado y perteneciente al colectivo de personas como tal; por ello, la coautoría —escribe Pérez Alonso— se fundamenta en el principio de imputación recíproca y horizontal de esfuerzos y contribuciones, y no en el principio de accesoriedad propio de la participación⁴⁶¹.

458 Donna, E.A. *La Autoría y la Participación Criminal*, p. 42.

459 Suárez Sánchez, A. *Autoría*, p. 371.

460 Suárez Sánchez, A. *Autoría*, p. 371.

461 Pérez Alonso, E.J. *Derecho Penal. Parte General*, p. 713-714.



Según lo anotado, se infiere que el coautor debe formar parte en la ejecución típica del delito, sino no tendría sentido atribuir a este individuo, el codominio funcional del hecho, a lo más sería considerado “partícipe”; de ahí, que Stratenwerth indique que la cuestión de si alguien toma parte en la decisión común al hecho tiene que ser resuelta, principalmente, en vista del rol que él asume (voluntariamente) para la ejecución del hecho. Este rol tiene que estar constituido de tal forma que “haga que su aporte al hecho aparezca no como mero apoyo al obrar ajeno, sino como una parte de la actividad de todos, y las acciones de los demás, correspondientemente, como un complemento de su propia parte en el hecho”⁴⁶². Y, ese mero apoyo, no puede ser comprendido desde una acepción esencialmente *formalista*, en cuanto a una intervención que se adecue literalmente a la composición normativa, pues un verdadero *codominio del hecho*, significa algo más, en cuanto una *participación que no necesariamente tome lugar en la etapa ejecutiva del delito*.

Punto importante a saber, es que cada coautor, no sólo ha de prestar una contribución esencial, para que el injusto penal pueda adquirir perfección delictiva, sino que a su vez, debe ser consciente de que su intervención, sumada a la de las demás, está configurando un hecho global, dando lugar a la llamada «imputación recíproca». En cuanto a la acreditación del componente subjetivo, Jescheck sostiene que no basta con el consentimiento unilateral, sino que todos deben actuar en una cooperación consciente y querida⁴⁶³.

Es de recibo, *por mor*, que la doctrina es casi coincidente, en que la contribución del coautor en la realización del plan criminal, ha de tomar lugar necesariamente en la etapa ejecutiva del delito, pues sólo así se puede afirmar que éste tiene el codominio funcional del hecho; sin embargo, en organizaciones criminales, que cuen-

462 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*, I, ps. 399-400.

463 JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal*, p. 941.



tan con una estructura compleja en su soporte de actuación delictiva, las cosas acontecen de forma particular y singular, por lo que se debe apreciar atentamente, si quienes se sitúan en la cúspide de la organización (empresas), puede responder a título de coautoría, siempre y cuando se cumplen con ciertos presupuestos a saber; el codominio funcional del hecho se sustenta en la división de los roles, que unidos como un engranaje perfecto, hacen del hecho punible un todo, susceptible de ser imputado de forma general a todos los co-autores.

En el RN N° 5385-2006-Lima, se expone al respecto lo siguiente: *“(La instrumentalización) no ocurre en el actor subordinado de una organización terrorista como en la que militan los coautores bajo juzgamiento, ámbito de codelincuencia en el que el dominio del hecho es codominio o, dicho de otro modo, el dominio del hecho en su conjunto ‘solo es poseído por el colectivo involucrado, pues se trata de una comunidad colectiva conectada objetivamente de cara a los propósitos y logros de daño a la sociedad, a quienes se puede objetivamente imputar el resultado previsto por el tipo penal tocado (...) Los ejecutores materiales de los hechos probados (...) son sujetos que plenamente responsables exhiben condiciones y aportan lo suyo en el marco de una división organizada de trabajo global, del que son coautores”*.

Tomando en cuenta lo anterior, debe destacarse el hecho, de que en agrupaciones delictivas –jerárquicamente organizadas y estructuradas funcionalmente bajo la división de tareas–, se identifican sujetos que son los jefes o dirigentes, encargados de tomar las decisiones y de dar configuración positiva a los hechos criminales que pretenden cometer y, en otro lado, se sitúan quienes son los encargados de ejecutar formalmente el tipo penal; siendo así, desde una visión formal-objetiva, sólo los que aparecen en el escenario estrictamente ejecutivo, podrán ser considerados autores, mientras los dadores de la orden instigadores o cómplices, lo cual puede resultar político criminalmente insatisfactorio. Una visión

material-normativa, puede dar solución a estos casos, siempre que se encajen ciertos elementos, tanto objetivos como subjetivos, y que se advierta un control y/o dominio en la ejecución de los actos de la organización delictiva. Vemos así, que la actuación de los jefes y líderes de la organización, tomaría lugar en una fase típicamente preparatoria y no ejecutiva.

Al respecto, Muñoz Conde (partidario de la teoría del dominio del hecho), es de la opinión que la figura de la coautoría se adapta mejor que otras categorías de autoría y participación a algunas formas de realización del delito, en las que el cerebro o principal responsable no está presente en la ejecución, pero controla y decide su realización, al no exigir para la autoría la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito, bajo el entendimiento de que el requisito de la co-ejecución no es más que la consecuencia de una teoría objetiva-formal que ya se ha mostrado insuficiente (...), incluso, para explicar el concepto mismo de autoría; por consiguiente, dentro de una coautoría no solo cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial, sino también otras formas de realización conjunta del delito en las que alguno o algunos coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución⁴⁶⁴. Se entiende así, que el fundamento de la coautoría es el llamado “dominio funcional del hecho”, lo importante no es sólo la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que alguien tenga de su realización, así no intervenga en su ejecución;⁴⁶⁵ de manera que

464 MUÑOZ CONDE, F. *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial*. Derecho penal económico. Manuales de formación continuada 14, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 192.

465 Al respecto, MEZA HURTADO señala que en cuanto a la “esencialidad” del aporte, la doctrina indica que lo más importante no es el momento en el cual se ha efectuado dicho aporte, sino el modo en que se producen sus efectos; *Los requisitos de la Coautoría en...*, p. 76.



extiende la cualidad de coautoría en las actuaciones criminales características de grupos, organizaciones o bandas como un dominio funcional del hecho, basado en el reparto de roles y al que todos deben atenerse, conforme al cual unos tienen funciones de dirección, apoyo o vigilancia, mientras otros llevan a cabo las acciones propiamente ejecutivas del delito⁴⁶⁶.

De forma general, se argumenta en la doctrina especializada, que cada coautor responde penalmente por su propia conducta, sin embargo, la responsabilidad penal derivada de dicha conducta en ningún caso está limitada al ámbito de ejecución material llevada a cabo por el sujeto. Habrá que valorar tanto objetiva como subjetivamente. Dicho juicio normativo dependerá en gran medida del contexto en el que se enmarque la intervención judicial⁴⁶⁷.

Resulta importante citar la RN N° 890-2010-Lima, la cual desarrolla la tesis de la coautoría sin intervención en la fase ejecutiva del delito de la siguiente forma: *“La coautoría es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente, por lo que se señala que el dominio es común a varias personas, interviniendo cada uno de ellos de forma relevante, asumiendo por igual la responsabilidad de la realización del hecho delictivo (...) Se requiere de un reparto de funciones (principio de reparto funcional de roles) entre los que intervienen en la realización del delito (dominio funcional del hecho), dándose casos en los que algunos coautores no están presentes al momento de la ejecución, hecho que no los descalifica como autores (...) Desde el plano subjetivo, la coautoría implica la comunidad de intencionalidad y, desde el plano objetivo, supone una distribución de roles en el momento de la comisión del delito”*.

466 Muñoz Conde, F. *Problemas de autoría y participación en el...*, p. 192.

467 García del Blanco, M^a. *La Coautoría en Derecho Penal*, p. 433.

Lo interesante a todo esto, es lograr establecer la estrecha y directa vinculación entre los actos preparatorios que aporta el líder de la organización, con los actos formalmente denominados como ejecutivos, que son cometidos por quienes estén en un plano de subordinación frente a los primeros; en tanto y en cuanto, los actos atribuibles a los miembros de la cúpula de la organización hayan sido necesarios e indispensables para la perfección delictiva del injusto penal en cuestión. Consecuentemente, no sólo debe verificarse la posición que el agente (líder, jefe) ocupe dentro de la pirámide organizacional del aparato criminal, sino también que fije las condiciones para que los planes criminales puedan adquirir concreción, esto es, premuniendo de los datos, información, instrumentos, logística y otros elementos indispensables, a los autores inmediatos, lo que nos otorga la estrecha vinculación entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos y a su vez, un plano de verticalidad entre unos y otros.

A decir de Roxin, el jefe de la banda podrá ser coautor cuando coopere de alguna forma relevante en la realización del hecho en la fase ejecutiva, como cuando el jefe de una banda de contrabandistas imparte por teléfono las órdenes a los grupos operativos, mientras que no podrá serlo aquel cuya actividad se limite a planear los delitos y deje a los demás la ejecución⁴⁶⁸.

Para Stratenwerth, la planificación y organización de un delito ejecutado por varios deben fundamentar la coautoría, dicho a modo de ejemplo, aun cuando el organizador ya no esté durante la ejecución en comunicación telefónica con los autores: el plan predetermina la conducta del interviniente en el estadio de la ejecución, conforma los roles individuales y hace intervenir al organizador, por eso mismo, en el dominio del hecho. El suministrar los instrumentos, armas, etc., o indicar las oportunidades para cometer

468 ROXIN, C. *Autoría...*, p. 308.

el delito, por el contrario, no significa una decisión anticipada acerca de si será ejecutado el delito y, en su caso, de qué modo, por tanto, queda como mera complicidad⁴⁶⁹; siguiendo dicha postura, se tendría que la cualidad de co-autor no se define por su necesaria intervención en la etapa ejecutiva del delito, sino por su esencial contribución en ella. De forma, que el jefe de la organización no sólo debe saber con toda seguridad la forma de cómo se va a realizar el delito, por ello, no deja en manos de los ejecutores la forma de realización típica, sino que de haber aportado una contribución que enlaza a las de la etapa ejecutiva, darán cuerpo material a su ejecución; piénsese en los cárteles y mafia de la droga, donde los líderes de la organización, ni transportan, ni poseen ni comercializan la sustancia prohibida, sino los órganos ejecutores, que se sitúan bajo una relación de subordinación, es más que evidente que dicho sujeto tiene pleno dominio y control en el desarrollo y ejecución de las actividades ilícitas que se idean y preparan desde la cúpula de la estructura criminal, por lo que aquél debe ser penalizado como un verdadero co-autor.

Como anota Donna, también es coautor quien objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho; por eso, tiene que comprobársele en forma especial la participación en la decisión delictiva, para lo cual se invocará como indicio el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del hecho. El minus de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con un plus de participación especial en el planeamiento del delito⁴⁷⁰; se refiere al conductor de la organización, quien distribuye las tareas del resto de los miembros, traza los objetivos, por lo tanto, ostenta plenamente el codominio funcional del hecho.

469 STRATENWERTH, G. *Derecho penal. Parte general*, I, p. 404.

470 DONNA, E.A. *La Autoría y la Participación criminal*, p. 44.

Aspecto importante, que debe destacarse en el presente caso, es la necesidad o no del “acuerdo previo” para que se pueda configurar la coautoría, sabedores que algunos de los procesados se encontraban en una relación de subordinación frente a los otros, lo que nos obliga a reformular ciertos conceptos, que se quiera o no, desbordan una acepción meramente subjetiva, para adentrarse en una postura básicamente “normativa”. Así, cuando se postula que debe rechazarse la necesidad del mutuo acuerdo para considerar al sujeto autor del hecho realizado conjuntamente, afirmando, aunque pueda parecer contradictorio, que responderá del hecho en virtud del principio de responsabilidad personal de su propia conducta. La valoración jurídica que debe hacerse de dicha conducta dependerá del entorno en que se inserte⁴⁷¹. Según dicha afirmación, en ciertas hipótesis, no tiene porque requerirse un acuerdo expreso entre cada uno de los co-autores, sino que la valoración jurídico-penal, importará la suma de contribuciones de cada uno de ellos, siempre que sea esencial y determinante para la configuración típica del delito en cuestión. Al respecto, se indica que la comunicación entre las personas, la transmisión de voluntades, de intenciones, de ideas, en multitud de ocasiones no necesita de una materialización formal, viéndose condicionada por las circunstancias del contexto en el que se mueven sus participantes⁴⁷²; siendo así (...) el aceptar el mando impuesto por una orden no exige una respuesta formal afirmativa, sino que bastará en muchos casos con la actuación conforme con lo mandado⁴⁷³.

De hecho, ni siquiera es necesario que los sujetos que organizan su co-actuación mediante mutuo acuerdo se conozcan personalmente entre si (...) como anota Jescheck, no es preciso que los coautores se conozcan entre si, en la medida en la que cada uno

471 GARCÍA DEL BLANCO, M^a. *La Coautoría en Derecho Penal*, p. 432.

472 GARCÍA DEL BLANCO, M^a. *La Coautoría en Derecho Penal*, p. 435.

473 GARCÍA DEL BLANCO, M^a. *La Coautoría en Derecho Penal*, p. 437.

de ellos resulte ya consciente de que junto a él va a colaborar uno u otros, y éstos se hallan imbuidos en la misma conciencia⁴⁷⁴. Es necesario, por tanto, tener conocimiento de que se va a ejecutar conjuntamente un plan delictivo con otros sujetos guiados por la misma finalidad delictiva, a los que no hay por qué conocer⁴⁷⁵. O como apunta Mir Puig, que el caso límite es el que el sujeto sepa que otro u otros están realizando un delito y contribuye a él por propio iniciativa. Si los demás advierten y aceptan, siquiera tácitamente, su intervención, no hay duda de que existe coautoría —aunque no lleguen a conocerse—⁴⁷⁶.

En la jurisprudencia nacional, pueden citarse ciertas ejecutorias que dan detalle de los esbozos doctrinarios —invocados líneas atrás—; en el RN N° 828-2007, en la cual se postula la doctrina del codominio del hecho, se dice que *“son coautores los que de común acuerdo toman parte en la ejecución del delito codominando el hecho, los agentes intervienen en la correalización de la acción típica. Salvo muy contadas excepciones, los condenados en general, adoptaron una decisión conjunta del hecho típico, que es lo que permite vincular funcionalmente los distintos aportes al mismo que llevaron a cabo; cada aportación objetiva al hecho en el estadio de ejecución está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta, y sus aportes fueron tales que sin ellos el hecho no hubiera podido concretarse. Su aporte durante la realización del delito, en su fase ejecutiva, tuvo un carácter necesario, difícilmente reemplazable, esencial o imprescindible; bien condicionó la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien redujo de forma esencial el riesgo de su realización (...) Es de insistir, por lo demás, que lo decisivo para la coautoría (...) no es la importancia de los aportes de todos*

474 JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal*, p. 942.

475 PÉREZ ALONSO, E. J. *Derecho Penal. Parte General*, p. 718.

476 MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 387-388.



los miembros de la organización en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho”.

5. PARTICIPACIÓN

5.1. Naturaleza Jurídica

Siendo varios los que intervienen conjuntamente en la comisión de un delito, realiza el tipo en sentido estricto quien formalmente domina la acción típica, pero, surgen a la vez otras aportaciones –menos relevantes– que contribuyen de cierta manera a la realización típica; v. gr., quien suministra al autor el arma homicida o quien entrega la llave de una casa, para hurtar bienes muebles.

La «participación» es considerada, entonces, como una intervención en un hecho ajeno principal.

La entrada en vigencia de *lege ferenda* de una teoría objetivo-material gracias a WELZEL, habría de reconducir la teoría de la participación sobre bases materiales sostenidas en la voluntad final del autor, en este caso el “dominio del hecho”. Para WELZEL, el autor final es el señor de su decisión y de la realización de esta, y, con ello, señor sobre su hecho que conforma en su existencia y en su ser-así con finalidad consciente⁴⁷⁷.

La esencia de la complicidad consiste en la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho⁴⁷⁸; entonces, en esta posición dogmática la voluntad como elemento psíquico que controla y domina los actos del individuo,

477 WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11ª edición. Traducción del alemán por los profesores Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ. Editorial Jurídica de Chile, 1976, ps. 142 y ss.

478 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (PG)*, *Ibidem*.

pasa a convertirse en el factor gravitante que determina la posición del *participante* en razón del injusto cometido. Sin embargo, no basta una voluntad del *participante* en estos términos para ser considerado autor, es decir, el dominio del hecho no debe ser considerado de forma «naturalística» sino «normativa», en tal sentido autor, es quien con sus actos manifiestamente materiales está en posibilidad de dirigir el hecho punible en su totalidad, como una unidad inescindible, el cual puede hacer fracasar el plan en cualquier momento, mediante una intervención que no necesita de la intervención de los demás partícipes.

En una moderna teoría de Imputación global del hecho punible, el aspecto subjetivo debe tener su referente objetivo, pues, si esto no es así, deja de ser un criterio válido de imputación; el problema de los Finalistas, es que quieren mantener el tipo como un problema de congruencia entre la mente del autor (dolo) y tipo objetivo, de ahí fracasan al momento de fundamentar el injusto imprudente; en tal medida, el primer filtro de imputación es el tipo objetivo, análisis que deberá también realizarse a efectos de fundamentar la punición del «interviniente-partícipe».

Como se subrayó en párrafos precedentes, nuestro sistema de punición, se rige bajo un concepto restrictivo de autor, esto quiere decir, que aparte del autor, se identifican a otros intervinientes, que al resultar marginal y/o accesoria su participación, son calificados como “cómplices”; y ello es, así en tanto y en cuanto el dominio del hecho sólo lo tiene el autor, pues en sus manos está la posibilidad de que el plan criminal pueda o no adquirir concreción material. Dicho dominio del evento típico, le permite al autor, frustrar en cualquier momento la realización típica; potestad que no cuenta el partícipe (cómplice). Siendo así, se distingue el autor del cómplice, por dos elementos a destacar: primero, que la contribución objetiva al hecho, la presta el autor necesariamente en la etapa ejecutiva del delito, mientras que el cómplice la efectúa en la etapa preparatoria y/o ejecutiva del delito y, segundo, el hecho delictivo como tal le



pertenece al autor, por lo que la intervención del cómplice es accesoria⁴⁷⁹ y dependiente de aquel. El injusto penal se le atribuye al autor, al cual el cómplice coadyuva y/o colabora, para que éste pueda exteriorizarse en el mundo fenoménico. Por mor puede decirse, que la participación significa dependencia del hecho de partícipe al hecho del autor, y este nexo de dependencia es el que permite hablar, precisamente, de la naturaleza accesoria de la participación⁴⁸⁰.

Peña Cabrera apunta que los instigadores y cómplices reciben el nombre de partícipes (en sentido estricto) debido al carácter accesorio de sus acciones en relación con los autores y coautores que reciben el nombre de ejecutores directos por cuanto realizan la acción delictiva directamente⁴⁸¹; llevada dicha idea a las siguientes palabras: *autor será por lo general aquel que emprende de forma personal el injusto penal, cabiendo una instrumentalización del ejecutor inmediato, cuando el hombre de atrás ejerce una suerte de dominio sobre el curso causal del evento típico*.

Dicho lo anterior, una vez que el injusto penal adquirió perfección delictiva, ya no se admiten formas de participación delictiva. Por ello, el hecho, al momento de la participación, como regla general aún tendrá que estar sin consumarse⁴⁸².

Es partícipe aquel que contribuye a la realización del hecho delictivo de otro. Es quien convence a otro para que cometa un delito que no tenía pensado realizar, o quien proporciona los medios o cualquier tipo de colaboración para que otro lleve a cabo un hecho delictivo⁴⁸³. La teoría de la participación (...) descansa sobre dos pre-

479 Así, STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*, I, ps. 415-416.

480 PÉREZ ALONSO, E. J. *Derecho Penal. Parte General*, p. 729.

481 PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, p. 319.

482 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*, I, p. 417.

483 FERRÉ OLIVÉ, J. C. y otros. *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, p. 517.

supuestos: *el principio de la unidad en el título de imputación y el principio de la accesoriadad*⁴⁸⁴.

Visto así las cosas, debe afirmarse que la redacción normativa que se describe en la literalidad de los tipos penales tiene como destinatario al “autor”, es decir, los hechos enunciados en la figura delictiva han de ser ejecutados (formal y/o materialmente), por el autor. Específicamente, el concepto de autor debe ser establecido en concordancia con los tipos delictivos⁴⁸⁵; la intervención del partícipe (cómplice), se deduce de una interpretación sistemática entre la composición típica del delito en particular y el artículo 25° de la Parte General del CP.

Siguiendo con el hilo conductor de las ideas, se infiere un rechazo a posiciones subjetivas y/o formal-objetivas –sobre autoría y participación–, que desencadenaban consecuencias dogmáticas desafortunadas, contrarias a las bases programáticas de un “Derecho Penal del Acto”. En la variante de la tesis subjetiva, se recurre al *criterio del interés*, según el cual la voluntad de autor se identifica con el interés en la ejecución del delito. El punto de partida de esta concepción subjetiva de la autoría es la teoría de la equivalencia de las condiciones, en cuyo contexto no cabe una distinción entre causas y condiciones⁴⁸⁶; en base a ello, toda contribución –por más alejada que se encuentre de la ejecución típica–, bastando que se actúe con dicho interés, habría de ser calificado como “autor”. De plano, la introducción de conceptos materiales y normativos, determinan el rechazo por una teoría, sustentada en las leyes de la naturaleza y en la ideación humana. En la medida en que la reducción de la realidad social a categorías naturalísticas fue puesto en duda, en el concepto de ilícito se introdujeron

484 RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y otro. *Derecho Penal. Parte General*, p. 806.

485 PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, p. 320.

486 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 465.



elementos valorativos, la equivalencia valorativa ya no pudo ser deducida sin más de la equivalencia causal⁴⁸⁷. Con una postura – así concebida–, se castiga al autor como cómplice y viceversa, lo que significa extender el concepto de autor hasta un punto que afecta la función de garantía de la ley penal. Además, al relevarse la actitud interna de los intervinientes como criterio diferenciador entre autoría y participación, conduciría a entender este problema equívocamente fuera del tipo, como una problemática de culpabilidad⁴⁸⁸. La responsabilidad penal en un orden democrático de derecho, exige una plena correspondencia entre el plano subjetivo con el objetivo, el hombre, así, no puede ser penado por un acto que llegó a exteriorizar en la realidad y que no fue direccionado volitiva y cognitivamente hablando.

Es conforme a la “teoría del dominio del hecho^{489 y 490}”, postura adoptada mayoritariamente por la doctrina, la que define y sustenta la cualidad de “autor” a efectos penales; bajo tal entendimiento, el partícipe nunca tendrá el dominio ni el codominio del hecho (co-autoría)⁴⁹¹. Este es un criterio diferencial general que proviene de la realidad (es la base óptica de la autoría) (...) ⁴⁹². Así, en la doctrina especializada, cuando se apunta que el partícipe no realiza el hecho prohibido –en sentido estricto– ni tiene el dominio del hecho. Por eso mismo, nunca podrá lesionar directamente el bien jurídico

487 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 465.

488 PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, p. 333; Vide, al respecto, ROXIN, C. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, p. 68.

489 Cfr., ROXIN, C. *Problemas actuales de Dogmática Penal*, ps. 208 y ss.

490 FERRÉ OLIVÉ y otros, apuntan que la exigencia del dominio es fundamental, ya que sobre él se podrá diferenciar la responsabilidad de los demás intervinientes que no son autores, sino partícipes; *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, p. 506.

491 Así, ZAFFARONI, E. R. *Estructura básica del Derecho Penal*, p. 140.

492 ZAFFARONI, E. R. *Estructura básica del Derecho Penal*, p. 134.



tutelado⁴⁹³ y ⁴⁹⁴. En palabras de Welzel, la característica general de autor: el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva⁴⁹⁵.

Siguiendo a Bacigalupo, diremos que la “teoría del dominio del hecho” (*material-objetiva*), entiende que no se trata de la causación de efectos en el mundo exterior, sino de la realización de un fin, que es el resultado de una elección entre diversas alternativas y posibilidades de acción en relación al fin que el agente se propone⁴⁹⁶. Se desvincula la contemplación valorativa de un aspecto de mera formalidad y/o literal normativa, para ingresar a un ámbito donde los individuos manejan posiciones de dominio, que les permiten realizar el tipo penal, sin tener que ejecutar el delito de propia mano.

El criterio del dominio del hecho entendiéndolo en sentido normativo, es el elegido como “concepto que aglutina los elementos que convierten en más estrecha la relación de un determinado interviniente con el hecho”⁴⁹⁷. Lo relevante para que un sujeto puede ser calificado como autor será entonces configurar o determinar decisivamente uno de los tres elementos comunes a toda realización típica: la realización directa del tipo, la definición del hecho o la decisión sobre la producción del delito⁴⁹⁸.

El dominio del hecho consiste objetivamente en el poder de configurar y determinar el sí y el cómo de la realización del tipo —el

493 FERRÉ OLIVÉ, J. C. y otros. *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, ps. 518-519.

494 Así, BACIGALUPO, al indicar que condición esencial de la participación es que el partícipe no haya realizado la acción típica. Estad delimitación negativa no debe entenderse en un sentido formal, sino material: es preciso que el partícipe no haya tenido el dominio del hecho (...); *Derecho Penal. Parte General*, p. 485.

495 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán. Parte General*, p. 145.

496 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 467.

497 ROBLES PLANAS, R. *La participación*, ps. 268-269.

498 GARCÍA DEL BLANCO, M^a V. *La Coautoría en Derecho Penal*, p. 207.



hecho está en manos del autor—, mientras que subjetivamente el autor ha de tener conocimiento de las circunstancias objetivas que fundamentan su dominio sobre el hecho⁴⁹⁹.

En consecuencia, el fundamento de la punibilidad de la participación sólo se puede buscar, en principio, (...), en el hecho de que el instigador y el cómplice colaboran en la realización de lo ilícito cometido por el autor (*teoría de la participación en lo ilícito*)⁵⁰⁰, o llevado a otros términos “principio de accesoriedad en la participación”.

De manera, que la intervención del partícipe es dependiente de la del autor, pues, éste interviene en un injusto ajeno, que es materialmente dominado por el señor del hecho, por ende, su intervención es accesorio a la intervención principal llevada a cabo por el autor, pero, a partir de su intervención delictiva pasa a ser partícipe de un solo injusto jurídico-penalmente desvalorado.

Tal accesoriedad (dependencia) hace a la esencia de la participación y se liga con su concepto por una lógica necesidad; en efecto, no hay coautoría si no existe otro autor, ni hay instigación ni complicidad si no existe otro como autor⁵⁰¹.

Siguiendo el hilo conductor, el «partícipe» no puede vulnerar una norma independiente a la vulnerada por el autor, éste se encuentra encadenado y ligado indisolublemente al comportamiento típico del autor, y, por lo general, la conducta del partícipe viene a regularse mediante las fórmulas establecidas en los artículos 24° y 25° del CP, en el sentido que los tipos penales de la PE hacen únicamente referencia a la persona del autor, excepcionalmente hacen

499 PÉREZ ALONSO, E. J. *Derecho Penal. Parte General*, p. 711.

500 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*, p. 260.

501 MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General* (Libro Estudio). Traducción de la 6ta. edición alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, p. 302.

mención expresa del partícipe (a veces impune), en los casos de «participación necesaria».

La accesoriedad significa, pues, que para la existencia de la participación es indispensable que se dé un hecho principal, que es el realizado por el autor⁵⁰². Para fundamentar la punición de la conducta del partícipe, basta con que el hecho principal sea típico y penalmente antijurídico (Accesoriedad Limitada).

5.2. Principio de Accesoriedad

Significa que la participación requiere para su existencia, de un hecho principal que es realizado por el autor.

Accesoriedad en la participación quiere decir, entonces, dependencia del hecho de los partícipes respecto del hecho del autor o los autores⁵⁰³, vinculación directa del partícipe (instigador, cómplice), con el hecho principal dominado por el autor, por lo que, la conducta del partícipe nunca puede dar lugar a una tipificación autónoma.

En el caso de los delitos especiales propios, el *extraneus* podrá ser considerado partícipe, siempre y cuando el hecho sea obra de una infracción del deber del *intraneus*, deber que se basa en la función de naturaleza institucional que no puede ser contravenida por obra del particular, de tal suerte que si se sigue la unidad en el título de la imputación, la intervención será constitutiva de complicidad (primaria o secundaria), pero si el hecho ya estaba consumado, pues los caudales o efectos ya habían sido sustraídos de la esfera de dominio público, a lo más un delito de encubrimiento o en su defecto, receptación o lavado de activos, ya no se admite forma de

502 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ª Edición, aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989, p. 289.

503 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 487.

participación alguna, toda vez que la participación importa la contribución a un hecho en fase de preparatoria o ejecutiva. Solo con el logro de la intención delictiva están materialmente consumados, de modo que hasta entonces es posible la participación⁵⁰⁴.

Asimismo, el hecho principal debe alcanzar cierto grado de perfección delictiva, a efectos de que la participación sea punible, esto es, que se dé inicio al *iter criminis*; basta entonces con la tentativa para alcanzar el estadio de punición, pues de *lege lata* no se exige de ningún modo, que el hecho en sí sea consumado; la norma sólo prescribe la contribución dolosa a la realización de un hecho punible y, si esta voluntad no adquiere concreción objetiva, no por ello debe dejar de ser punible, y sólo castigar al autor, lo cual resultaría equivocado desde un plano de responsabilidad y culpabilidad.

5.3. Principio de Accesoriedad Limitada de la participación

Significa que el hecho principal del autor debe ser típico y anti-jurídico (injusto), sin la necesidad de que sea responsable penalmente (calificación personal incommunicable a los demás), por lo que se adopta una «Accesoriedad Limitada» de *lege lata*, se descarta pues la Accesoriedad Máxima, ello incluye la exigencia de que se cumpla el tipo subjetivo, por tanto, en los delitos dolosos, de que también se dé el dolo del autor⁵⁰⁵; de este modo se salvan las contradicciones tanto de la accesoriedad máxima como la mínima, la primera porque utiliza un presupuesto que va más allá de lo que es un injusto (un delito) y la otra porque parte de algo que todavía no es un injusto (delito)⁵⁰⁶.

La imputación individual, entonces, no es un factor comunicable al resto, por lo que no puede condicionar la punibilidad

504 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 160.

505 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 416.

506 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 290.



del partícipe; v. gr., si un adulto contribuye a la realización de un robo dominado por el menor infractor de la ley penal, el primero debe ser penado a título de partícipe según las reglas de la Parte General del CP.

Conforme lo anotado, no resulta necesario que el autor sea culpable, ya que la responsabilidad es una calificación de naturaleza individual (el autor puede ser menor de edad o sufrir de alguna anomalía psíquica) que en nada afecta la responsabilidad del partícipe, que es una valoración estrictamente individualista.

El texto punitivo peruano, en sus artículos 24° y 25°, que regulan la instigación y complicidad, exigen que estas formas de participación para que sean punibles vengan precedidas por el dolo del partícipe, no se admite pues la participación imprudente.

5.4. Instigación

La «Instigación» supone la realización de un influjo psíquico por parte del inductor, creando en el inducido la voluntad de realización típica, esto es, a diferencia de la autoría mediata, es el hombre de adelante (inducido), es quien tiene el dominio del hecho, y no el hombre de atrás que solo hace aparecer en el inducido la decisión de cometer un injusto penal; por tales motivos, diremos que la «Instigación» está condicionada a que el inducido sea capaz de conducirse conforme a sentido, quiere decir, que si a éste le falta dicha capacidad, sea por defectos estructurales (inculpabilidad) o por estar en error, o bajo una causa de justificación, no podrá darse una Inducción, pues, será un caso de autoría mediata.

“Determinar” significa provocar en el autor la decisión de cometer el hecho⁵⁰⁷; generar el dolo en la esfera decisoria del «Instigado», para que este último cometa un hecho punible.

507 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 420.

La inducción implica necesariamente que el instigador tenga plena conciencia del hecho en el cual participa, por eso tiene que ser necesariamente dolosa, de ahí que se llamara autor intelectual, pues es quien ha concebido realmente el delito y se lo transmite a otra persona, el autor⁵⁰⁸.

Es decisivo originar la decisión al hecho en el autor, no necesariamente también dar origen al plan del hecho⁵⁰⁹, toda vez, que puede desviarse el plan criminal a otra más grave; quien ya está determinado individualmente a cometer un homicidio, pero luego es inducido a un asesinato, pues el medio comisivo importa una acción alevosa o con veneno, también habrá inducción, pero, si el autor lo comete de forma simple, no será punible la inducción, pues no habrá provocado los efectos volitivos que se esperaba.

«Determinar» significa haber dado lugar en el autor a la decisión de cometer el hecho⁵¹⁰, es provocar una determinada actitud conductiva en el instigado, conforme un obrar antijurídico. En tanto, que para MEZGER, instigador de un hecho punible es el que hace surgir en otro, con voluntad de instigador, la resolución de cometer un hecho, y da lugar, de tal manera, a que cometa el hecho como autor⁵¹¹, quien es determinado a cometer el hecho punible cuenta con el dominio funcional del hecho, por lo tanto, en sus manos está la posibilidad de consumir o frustrar la realización típica, a diferencia de lo que sucede en el autor-instrumento.

Se ha sostenido en líneas generales, que en el caso de la Inducción, es el hombre de adelante quien detenta el dominio del hecho, por lo tanto, este último es penado como autor del delito en

508 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 292.

509 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 166.

510 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal Parte General*, p. 264.

511 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 313.

cuestión; empero, sucede en algunos casos, que el legislador deja impune la conducta del autor inmediato si se puede decir de algún modo, en la medida que el hombre de adelante se presenta como la “víctima”, al ser el titular del bien jurídico objeto de tutela.

Vemos, que el artículo 113° del CP tipifica la conducta de quien determina a otro a eliminarse, es decir, el instigado provoca en la persona de un autor libre y responsable, la autodeterminación a suicidarse; lo cual no suena muy lógico, en un sistema de identidad cognitiva, donde cada quien debe responder por su ámbito de organización interna, pero el pretendido carácter indisponible del bien jurídico «vida» por parte del ordenamientos ius fundamental, provoca estos ámbitos de punición, pues la vida humana merece una tutela en suma intensificada; JAKOBS, siguiendo el orden positivo en Alemania, donde las formas de participación al suicidio son impunes, señala que el suicidio entendido como muerte de propia mano, no se incrimina, ni realiza ningún tipo delictivo; la participación en el suicidio tampoco es, conforme a las reglas generales, un hecho típico y no hay reglas especiales que contradigan las reglas generales (...) ⁵¹², discusión que será abordada con mayor énfasis en el capítulo sobre las causas de justificación; en el caso de que el hombre de adelante (suicida) sea un sujeto portador de deficiencias cognitivas, sería un caso de autoría mediata, o quien se aprovecha de un estado de depresión y angustia, que serían límites entre la autoría mediata de asesinato e inducción al suicidio; claro que si el suicida no logra su intención de autoeliminarse, en este caso, la tentativa de inducción al suicidio no puede ser punible.

La intervención psíquica del interesado, debe ser eficaz, idónea y lo suficientemente intensa, para poder provocar una actitud delictiva en la persona del Inductor, en la medida que este aporte subjetivo

512 JAKOBS, Günther. *Suicidio. Eutanasia y Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 39.

haya sido el determinante para la comisión de este delito, pero no importa si tuvo que emplear muchas energías en persuadir al hombre de adelante, o si fue algo sencillo debido a la propensión del instigado a la comisión de delitos, su predisposición criminológica; sin embargo, no estamos ante una instigación cuando la persona ya se encuentra determinada a ejecutar el hecho, en éste la resolución de cometer el hecho, no puede ser instigado el que ya ha resuelto la comisión del mismo (*omnímodo facturatus*)⁵¹³. En tal caso solo queda por analizar si pues tratarse de una tentativa punible de instigación⁵¹⁴.

En consecuencia, la concurrencia de la instigación no puede descartarse por la predisposición que tiene el instigado de cometer esta clase de delitos⁵¹⁵, es decir, quien ha hecho del delito su *modus vivendi*; debe entonces, el instigador, haber contribuido subjetivamente de forma significativa en la psique del instigado, a efectos de provocarle una resolución criminal.

Es una forma de participación, pero en virtud de su relevancia conductiva, el efecto de la sanción punitiva es equiparado al mismo nivel que la autoría.

Instigar comporta provocar, en otro, un dolo de autor –la decisión de cometer un hecho punible–, es decir, el instigado debe haber formado su voluntad delictiva como producto de la acción instigadora promovida por el instigador, –los medios por los cuales se vale son irrelevantes, es decir, se puede lograr el convencimiento de la otra persona no solo por medios puramente intelectuales, sino, por ejemplo, utilizando grabaciones, películas, etc.⁵¹⁶–; no opera pues, en el caso en que el autor ya estaba decidido a cometer

513 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 315.

514 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 493.

515 Así, STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*, p. 266; Reaño Peschiera, p. 82.

516 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 293.

el delito. Lo que la distingue con la Autoría Mediata, es que en la instigación el instigado domina el suceso típico, por lo cual verdaderamente es un autor.

Al instigador le alcanza el castigo en tanto que la conducta del instigado sea calificada como «típica».

Como señala FRAGOSO, se ejecuta la instigación a través del mandato, la persuasión, el consejo, la orden, la amenaza, etc.

El artículo 24° exige en el tipo subjetivo del autor el dolo, a fin de lograr la consumación típica (instigación culposa no es punible, asimismo no es posible la Inducción por Omisión). El hecho principal del autor debe llegar a su realización típica (consumación) para que la instigación llegue a ser punible.

Se exige que la instigación sea personal y directa, no cabe la «Inducción en Cadena».

Podrá admitirse instigación en los casos de líderes espirituales, que convencen con promesas de la vida eterna a los peregrinos, para que éstos se suiciden (art. 113° del CP), en este caso, la influencia psicológica que ejerce el líder religioso hacia sus peregrinos, si bien lo hace de forma general y no determinada, los alcances del mensaje tienen la suficiente idoneidad, como para provocar el dolo de realización típica en cualquiera de los presentes; (...) en este aspecto se exige, en general, que los destinatarios al menos formen un grupo cerrado que el instigador percibe⁵¹⁷.

Bajo los principios del Estado de Derecho, no es concebible que las ideas, los mensajes y las concepciones que se tengan sobre variados aspectos de la vida humana, sean objeto de represión por parte del Estado; el Derecho Penal no puede penetrar en la esfera interna del individuo, toda vez que el principio de ofensividad lo prohíbe

517 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal*, p. 425.



terminantemente. Sin embargo, consideraciones de orden político-criminal, incidieron para que el legislador penalice los denominados actos de «apología al delito», en cuanto a la retórica discursiva que se dirige a enarbolar el delito en sí, sobre todo, a la realización de injustos graves, contra la seguridad y tranquilidades públicas, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, tal como lo prevé el artículo 316° del CP.

Entonces, si hemos convenido que las ideas, los pensamientos así como las posturas políticas no pueden ingresar al ámbito de punición, nos preguntamos inmediatamente lo siguiente: ¿Cómo es que en un régimen de libertades, puede ser penalizada la «Apología a delinquir»?; respuesta nada fácil de elaborar, considerando la tensión que se produce entre el bien jurídico que tutela el artículo 316° del CP, con el derecho que se vería mermado (“libertad de expresión”), con la puesta en escena de la presente penalización.

Una posible justificación solo puede residir en una propuesta de política criminal, de intensificar la protección punitiva hacia aquellos intereses jurídicos, de mayor valor constitucional, es decir, ante atentados contra la Humanidad, la Tranquilidad Pública, etc.

El TC, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0102-2002-AI/TC, en su fundamento 83, señaló que: “(…), *debe considerarse que las referidas libertades no son absolutas, sino que, por autorización del propio texto constitucional, pueden ser limitadas por ley (“bajo las responsabilidades de ley”). La limitación de estos derechos constitucionales solo se justifica si existen otros valores de igual rango que deben ser protegidos.*

Ingresamos a un plano de bienes jurídicos en conflicto, que ha de ser resuelta, vía los principios de *ponderación y/o proporcionalidad*.

No se trata exactamente de una inducción, pues no se dirige a una persona determinada y, no es necesario que el receptor del mensaje materialice en actos típicos los hechos que el provocador

ha enarbolado. La legitimidad constitucional es de dudosa aceptación, más aún en el caso de la Apología al delito de terrorismo que se encontraba previsto en el artículo 7° del DL N° 25475, ameritó una declaratoria de Inconstitucionalidad (Exp. N° 010-2002-AI/TC) del 04 de enero del 2003, que propició finalmente la modificación del tipo penal antes aludido, incorporándose la apología al delito de terrorismo en su segundo párrafo.

a. Agente Provocador

En el marco de la lucha contra la criminalidad más grave, v. gr., terrorismo, narcotráfico, es común que las agencias de persecución penal infiltren a estas organizaciones delictivas, efectivos policiales, a fin de adquirir medios de prueba suficientes para poder sostener la incriminación o para desbaratarlas, haciendo mella en sus estructuras internas; de tal modo, que el agente infiltrado (encubierto) incita a estos sujetos a la realización de un hecho punible, pero no con voluntad de consumación, sino sólo a la tentativa quien induce a un tercero con el objeto de que éste cometa un delito, no es punible pues el obrar del agente provocador, la inducción requiere una voluntad dirigida a lesionar a un bien jurídico, así como un actuar doloso.

Se parte de la premisa que el inductor debe impulsar su obrar en base a un dolo de consumación, basta dolo eventual, por lo que el dolo debe alcanzar el grado de perfección delictiva; siendo así, la conducta del agente provocador no puede ser punible, pues solo se revela un dolo de tentativa, que no alcanza la intensidad volitiva exigida para la Inducción; al menos que se manifieste un dolo de consumación que sí sería punible.

Solo podría plantearse una instigación culposa, que no es posible conceptualmente⁵¹⁸; la punibilidad del agente provocador solo

518 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 293.



se podría fundamentar en la teoría de la participación en la culpabilidad⁵¹⁹.

La exención de punición puede fundamentarse también, en el hecho de que el agente provocador obra en el marco de un precepto de autorización: en la realización de un cargo u oficio, pues es la propia ley la que autoriza a la realización de este tipo de conductas, por lo que sus efectos dañinos son minimizados por su utilidad social: “la persecución del crimen”.

El artículo 341° del nuevo CPP establece la figura del «agente encubierto»⁵²⁰ como un acto especial de investigación, mediante el cual el Fiscal autoriza a miembros de la Policía Nacional, teniendo en cuenta los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

La realización de ciertos hechos punibles por parte del «agente encubierto», sea en su fase de imperfecta ejecución o en su perfección delictiva, son sustraídos del ámbito de punición, por cuanto constituye la manifestación de una causa de justificación, concretamente del precepto permisivo que se comprende en el inc. 8) del artículo 20° del CP: el ejercicio de un oficio o cargo y/o el obrar por disposición de la Ley; en tal medida, las actuaciones del agente especiales, serán justificadas siempre y cuando se circunscriban a una esfera de legitimidad, sujetas al principio de proporcionalidad y a la prohibición de exceso. Puede justificarse la intermediación de sustancias ilícitas, contrabando de armas, interceptaciones telefónicas, falsificación de documentos, etc.; mas no podrá de ningún modo ampararse bajo esta justificación, conductas constitutivas de lesiones u homicidios, sea quien fuere la víctima, a menos que se trate

519 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 494.

520 Título IV de la Sección Primera del Libro Tercero.



de una legítima defensa, pues la finalidad de una investigación nunca podrá ser la eliminación de vidas humanas. En consecuencia, la actividad de los agentes infiltrados en el marco de las investigaciones de delincuencia organizada y la eficacia posterior en el proceso de los elementos de prueba obtenidos, quedará condicionada por el respeto a los principios del proceso penal, esencialmente el derecho de defensa y la presunción de inocencia⁵²¹.

Conforme lo anotado, no necesariamente el «agente provocador» es un «agente encubierto», por lo que su convalidación en términos sustantivos y procesales, es fuertemente cuestionada.

Ejemplo: el policía que se introduce en una banda de narcotraficantes con el fin de captar evidencias incriminatorias, provoca una intermediación de droga, pero antes de su consumación, interviene y evita así que se ejecute el negocio ilícito.

b. Exceso del Inducido

La limitación de responsabilidad al hecho inducido y la no responsabilidad por el exceso del autor se deriva del principio de culpabilidad⁵²², la responsabilidad del instigador debe tener correspondencia del dolo provocado en la mente del autor, con los hechos que este finalmente realiza, más allá de lo determinado psíquicamente no puede ser imputado a este.

Si al autor se le instiga a cometer un hurto, pero perpetra un robo, solo se está ante instigación del injusto de hurto⁵²³; no es necesario en la Inducción que los medios a utilizar en la perpetración delictiva como el objeto del ataque esté previamente definido; (...)

521 RIFÁ SOLER, J. M. y otros. *Derecho Procesal Penal*, p. 285.

522 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 495.

523 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 168.



debe ser suficiente que el inductor trace previamente (vorzeichnet) la dimensión del injusto, es decir, la forma del ataque y la magnitud aproximada al daño⁵²⁴.

Ejemplo: quien induce a matar a su enemigo, responde por la muerte de este, pero, no de las otras personas que el inducido haya podido matar por su propia cuenta y resolución delictiva, a menos que haya sido posible estimar con cierto grado de certeza que el inducido vaya a exceder el plan criminal generado por el autor, basta pues el dolo en la persona del Inductor.

5.5. Complicidad

A diferencia del Instigador, el cómplice sí participa activamente en la realización del hecho punible, pero a diferencia del autor, el primero no tiene del dominio del hecho, por eso se dice con corrección, que la complicidad es una participación accesorio y dependiente del hecho del autor, por lo que no puede dar lugar a una tipificación penal independiente.

Es cómplice quien dolosamente haya prestado ayuda a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico⁵²⁵; de ahí, que en la complicidad rija el principio de «accesoriedad limitada», pues éste responde penalmente sólo si la conducta realizada por el autor es constitutiva de un injusto penal, sin interesar el juicio de imputación individual del autor.

El cómplice favorece al autor, mediante la contribución de determinados actos de colaboración, tendientes a permitir la realización típica, un aporte que para ser punible, debe ser objetivamente verificable, no basta pues el apoyo psíquico, que podría sostenerse en un Derecho penal del ánimo.

524 ROXIN, C. *Las Formas de Participación en el Delito*, p. 207.

525 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 427.



“Favorecer” significa prestar una colaboración causal para la comisión de un hecho principal, luego en los delitos de resultado también una colaboración para el resultado⁵²⁶.

La complicidad importa la prestación de una colaboración que puede o no resultar indispensable para la perfección delictiva, pero aún siendo imprescindible, no supone el dominio del hecho; por tales motivos, la distinción entre codeinfluencia y complicidad, parta del momento del *iter criminis*, donde se efectúa materialmente el aporte; en tal virtud, para ser coautor, el aporte debe materializarse necesariamente en la etapa ejecutiva del delito; (...), quien no aporta una contribución tan importante en el estado de preparación, será siempre cómplice; él no puede tener dominio sobre la acción típica, pues no está en su realización: la ejecución misma elimina su dominio, porque el hecho ya ha salido de sus manos previamente⁵²⁷.

El cómplice le presta al autor un mecanismo, un dispositivo, un arma, un instrumento, una llave, planos o proporciona ciertos datos de relevancia, medios apropiados para que el autor pueda realizar el hecho delictivo en cuestión; v. gr., el conductor que moviliza a los autores para escapar del lugar del robo, puede ser un cómplice, siempre y cuando no posea el codominio funcional del hecho, pues si su aporte podía ser efectuado por otro, salen los autores y encañonan a un taxista para que los lleven, es un acto típico de complicidad. Esta fuera de duda la posibilidad de complicidad (psíquica) por consejo técnico, como datos sobre los usos y costumbres de la víctima, instrucción sobre la utilización adecuada de instrumentos, referencias sobre dispositivos de seguridad, etc⁵²⁸.

526 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 171.

527 ROXIN, C. *Sobre la Autoría y Participación...*, p. 490.

528 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 428.

Cuando el partícipe realiza la violencia que el tipo penal del artículo 170° exige para la vulneración del bien jurídico (agresión sexual), como se dijo en apartados precedentes, no podrá ser calificada como una complicidad, toda vez, que importa en realidad una coautoría.

Comporta también una variante de participación, que se encuentra prevista en el artículo 25° del CP; en principio, es toda aportación realizada, tanto en la etapa preparatoria como en la ejecutiva, es definida como una complicidad. No hay (...) una complicidad posterior a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa anterior⁵²⁹. Siendo la contribución de este, de menor relevancia que la del autor principal, puede recibir una pena atenuada (Complicidad Secundaria).

En consecuencia, el cómplice ayuda y auxilia al autor para que este pueda finalmente cometer el delito.

Por otro lado, la complicidad solo es punible a título de dolo. El cómplice debe saber que presta una aportación a la ejecución de un hecho punible⁵³⁰, por lo que no se admite la posibilidad de una complicidad culposa.

De igual forma que el caso de la Inducción, el cómplice no puede responder por los excesos del autor, si este presta una colaboración dolosa para un delito de hurto y, finalmente, se comete un robo, solo se responde por el primero de ellos, pero la tentativa de complicidad no es punible; de igual modo, cuando el instrumento que presta el cómplice resulta inidóneo para la realización típica.

529 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 498.

530 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 496.

Ahora bien, en el caso de los delitos especiales propios, donde el fundamento del injusto típico recae en la infracción de un deber funcional, se dijo que autor (inmediato y mediato), solo puede ser aquel que asume una actividad pública y partir de ella se convierte en Garante del interés jurídico, por lo que un *extraneus*, nunca podrá ser autor a efectos penales. Sin embargo, la calidad de partícipe (concepto restrictivo de autor), no se desprende de los tipos penales de la Parte Especial, sino de los preceptos reguladores de la PG, por lo que, bastará que se cumpla con la condición exigida en el artículo 25°, para ser considerado cómplice (primario o secundario) en estos delitos especiales, pues solo calidad de autor se restringe a las calidades especiales que fluyen del tenor literal del delito en cuestión y, no en el caso del cómplice.

Convenimos, que siguiendo la tesis de la «Unidad en el título de la imputación», el *extraneus* podrá ser sancionado a título de cómplice, siempre y cuando, su colaboración la preste en la etapa preparatoria o ejecutiva del delito, pues después de su consumación, sería constitutivo de otra infracción criminal.

a. Actos de Cooperación

La cooperación prestada puede consistir, tanto en actos materiales como intelectuales, los primeros serían: facilitar medios de vigilancia, proporcionar medios de fuga, llaves maestras, reducción del personal de seguridad, etc., mientras que los segundos serían: documentación, disponibilidad de personas, planos, etc.

La cooperación debe ser definitivamente dolosa, si A presta a B un revólver sin saber que va a matar a C, no es cómplice. El cómplice debe saber que presta una aportación a la ejecución de un hecho punible y dicha aportación debe ser co causal respecto al hecho principal. No hay cooperación punible en los delitos culposos.



b. Clases de Complicidad

- Complicidad «Primaria» y «Secundaria»

La distinción de cómplices primarios con secundarios, decía CARRARA que era imposible; para poder distinguirlos habrá necesariamente que remitirnos al grado de relevancia de la aportación delictiva, finalmente esencial para la realización típica.

Sin duda, la fórmula legislativa al prescribir la complicidad primaria, como aquella prestación dolosa para la realización de un hecho punible, sin la cual ésta no se hubiera realizado; de ello se deduce, que dicha contribución delictiva debe ser insustituible por su carácter de esencial para el suceso típico, pues de acuerdo a una supresión mental hipotética, la perfección delictiva no se hubiera podido alcanzar.

La participación delictiva a título de “complicidad primaria”, supone una sindicación que manifieste la realización de un aporte objetivo, indispensable para que el autor —que tiene el dominio del hecho—, pueda ejecutar su plan criminal con todo éxito; por tales motivos, ha de efectuarse una valoración de supresión mental hipotética, en el sentido de si la no aportación del cómplice primario, hubiese frustrado la realización típica del delito. Sin ese dato a saber, no podremos fijar con toda corrección, el juicio de imputación delictiva, por el título de complicidad primaria, en cuanto a datos objetivos que así lo corroboren. En consecuencia, una conducta neutral u otra que no signifique la aportación de una contribución imprescindible en la etapa preparatoria o ejecutiva del delito, ha de negar este título de participación delictiva, con arreglo al principio de estricta legalidad.

El carácter «indispensable» de la contribución del cómplice primario, debe efectuarse en forma concreta y desde una perspectiva *ex ante*, esto es, ponderados los factores concomitantes del

hecho en sí, en cuanto prescindencia del aporte para la realización típica.

GIMBERNAT formula la teoría de los “bienes escasos”, si lo que contribuye es abundante será simple complicidad, si es escaso habrá complicidad necesaria⁵³¹. Así, la siguiente ejecutoria (Exp. N° 488-2001-Lambayeque): *“Ha quedado debidamente demostrado que la participación del encausado se circunscribe a la de cómplice primario y no la de instigador, dado que dolosamente prestó auxilio en la realización del hecho punible, quien manejó el vehículo con que pretendieron darse a la fuga, lo cual no se produjo porque la llanta quedó atorada en una zanja, siendo capturado el mismo”*⁵³².

Si bien el legislador de *lege lata* ha equiparado la pena del cómplice primario a la del autor, consideramos que el juzgador en base al ámbito discrecional decisorio que posee, puede ponderar premisa normativa y rebajar la sanción punitiva, conforme los principios de proporcionalidad y culpabilidad, pues si esto no fuese así, no tendría utilidad práctica alguna la distinción dogmática entre autoría y complicidad, por regla general, debe ser atenuada.

En cambio, la complicidad secundaria será aquella prestación sustituible por cualquier otro participante en la comisión del suceso delictivo, por ende, no esencial para su realización típica: quiere decir esto, que la contribución del cómplice es de naturaleza sustituible en algunos casos, y en otros, no imprescindibles para alcanzar la perfección delictiva.

Ejemplos: del que suministra información o datos a los ejecutores del delito, o instrumentos para su realización, sin los cuales el hecho punible no se hubiera perpetrado. Un caso no muy claro, se

531 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal*.... p. 294.

532 En: “Jurisprudencia Penal”. Director: José Luis Castillo Alva. Asesor: José URQUIZO OLAECHEA. Jurista Editores, Lima, junio del 2005, cit. ps. 211 y ss.

configura con los actos de vigilancia: la persona que vigila mientras otros roban; son sin duda las características particulares del caso las que indicarán su necesidad o no necesidad; si solo son dos los que roban, la vigilancia del segundo será sin duda necesaria, pero, si son varios, esta aportación podrá ser sustituida fácilmente por otro interviniente («Cómplice Secundario»).

Así la siguiente ejecutoria (Exp. N° 3418-2000-Amazonas): *“Tal como se aprecia de autos, la participación del acusado resulta ser la de cómplice secundario, toda vez que su intervención no era imprescindible para que sus coencausados lleven a su cometido, por lo que para el citado encausado resulta aplicable el artículo 25° del Código Penal”*⁵³³.

En el caso del cómplice secundario, el legislador sí ha previsto la obligación de que la pena sea disminuida prudencialmente, lo cual resulta correcto, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, quien con su actuar no ha tenido en sus manos la realización típica o no ha contribuido de forma determinante a la realización típica debe recibir una pena mitigada en correspondencia con el autor y con el cómplice primario.

6. LA COMPLICIDAD PRIMARIA Y SU DISTINCIÓN CON LA COAUTORÍA Y LA COMPLICIDAD SECUNDARIA

El Código Penal peruano recoge un concepto restrictivo de autor, de manera que aparte de éste, se reconoce otras formas de participación delictiva, de quienes intervienen también en la realización típica del delito, pero a diferencia del autor, no cuentan con el dominio del hecho; esto quiere decir, que al ser el autor, —el protagonista principal del hecho punible—, no en vano se postula que el injusto penal le pertenece propiamente a él; es por tales motivos,

533 En: Jurisprudencia Penal; FRISANCHO APARICIO, Manuel, p. 251.

que ha de recibir una sanción punitiva de contornos más severos, en comparación del partícipe, quien al ostentar una intervención más marginal que aquél, determina la imposición de una sanción de menor intensidad punitiva, lo cual se corresponde plenamente con los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

La distinción entre autores directos y cooperadores reside en que estos no realizan actos típicos nucleares, sino periféricos, anteriores o simultáneos a la ejecución del delito⁵³⁴; ello en otros términos, supone determinar que la intervención del coautor, debe necesariamente, —con ciertas excepciones—, tomar lugar en la etapa ejecutiva del delito. No debe olvidarse que la coautoría es una forma de autoría en sentido estricto que exige la realización de la conducta punible, la cual sólo se cumple a partir de la ejecución del hecho (...) en la coautoría (...) debe producirse tal intromisión de manera directa y conjunta y no a través de otros, como ocurre en la participación, lo que sólo se logra mediante la realización de la conducta típica a partir de los actos ejecutivos y no solo de los preparatorios⁵³⁵.

Si el apoyo es prestado en el marco de la participación que se tenga del dominio colectivo del hecho y respecto del acontecer delictivo global (...), existirá una coautoría⁵³⁶.

Siendo así, se distingue el autor del cómplice, por dos elementos a destacar: primero, que la contribución objetiva al hecho, la presta el autor necesariamente en la etapa ejecutiva del delito, mientras que el cómplice la efectúa en la etapa preparatoria y/o ejecutiva del delito y, segundo, el hecho delictivo como tal le pertenece al autor, por lo que la intervención del cómplice es accesorio y dependiente de aquel. El injusto penal se le atribuye al autor, al

534 SAÍNZ CANTERO, J. A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 193.

535 SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, cit., p. 379.

536 MAURACH, R. / ZIPF, H. *Derecho Penal. Parte General*, 2, cit., p. 453.



cual el cómplice coadyuva y/o colabora, para que éste pueda exteriorizarse en el mundo fenoménico. Por mor puede decirse, que la participación significa dependencia del hecho de partícipe al hecho del autor, y este nexo de dependencia es el que permite hablar, precisamente, de la naturaleza accesoria de la participación⁵³⁷.

Conforme lo anotado, la calidad de «coautores», sólo la pueden tener aquellos que intervienen en la etapa ejecutiva del delito, esto quiere decir, los agentes que de propia mano realizan el tipo penal. Ello es lo que revela una coautoría, que debe ser conjunta y necesaria a la vez y, así poder sostener válidamente el codominio del hecho; por ende, quienes intervienen en una fase anterior a ello, de ningún modo podrá predicarse dicho dominio compartido, de forma, que su participación ha de ser calificada como complicidad y no como coautoría.

Ahora bien, —se tiene—, que entre las diversas variantes de participación delictiva, esta la «Complicidad», quien colabora y/o coopera de forma decidida, para que el hecho punible pueda tomar perfección delictiva; cuya característica principal, que lo distingue de una típica forma de autoría, es que el cómplice no cuenta con el dominio del hecho, es decir, en sus manos no está la posibilidad de frustrar la realización típica, cosa que sí ostenta el autor. Así, en la doctrina especializada, cuando se dice que complicidad es el auxilio doloso a otro en su hecho antijurídico y dolosamente realizado⁵³⁸. El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno, no participa en el dominio del hecho y el autor no necesita conocer el apoyo que se le presta. En este punto se diferencia la complicidad de la coautoría, puesto que ésta requiere el dominio del hecho, sobre la base de una resolución común de cometerlo⁵³⁹.

537 PÉREZ ALONSO, E. J. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 729.

538 JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 64.

539 DONNA, E. A. *La Autoría y la Participación Criminal*, cit., p. 107.

Dicho lo anterior, es una labor imprescindible de la dogmática penal, poder distinguir con toda propiedad de hermenéutica jurídica, al cómplice primario del cómplice secundario, pues conforme se desprende del artículo 25° del Código Penal, el primero puede recibir la misma intensidad de pena que la del autor (dominio del hecho), mientras que al segundo, se le puede disminuir prudencialmente la pena. Siendo así las cosas, debe indicarse que la construcción distintiva, ha de tomar lugar, no en el momento en que se manifiesta el aporte y/o la colaboración, sino desde un plano cualitativo, nos referimos a su grado de relevancia, conforme a su necesaria o no prestación, para que el delito pueda adquirir consumación. Así, Donna, al sostener que el cómplice primario o el cooperador necesario es el que en la etapa de la preparación o ejecución del hecho aporta una contribución, sin la cual el delito no hubiere podido cometerse⁵⁴⁰. El elemento que caracteriza a esta forma de complicidad, es la intensidad objetiva de su aporte al delito, ya que sin éste el hecho no habría podido cometerse de la forma en que se lo hizo⁵⁴¹; es a tal efecto, que puede procederse a una suerte de supresión mental hipotética, donde si se entiende que la no prestación de dicha ayuda, hubiere implicado que el hecho punible no hubiese adquirido perfección delictiva, estamos sin lugar a dudas, ante un típico caso de complicidad primaria. Pero, —ello no es suficiente—, en el sentido de que siempre se podría decir, que la colaboración del cómplice pudo ser realizada por otro, sino que a ello debe aparejarse otros datos a saber, que han de develarse de las circunstancias concretas del caso en particular, nos referimos a si ese aporte era escaso (teoría de los “bienes escasos” o de la “esencialidad en la contribución”) o mejor dicho si otros hubiesen estado en la posibilidad de realizarlo.

Bajo estos parámetros puede interpretarse ya la necesidad del acto mediante el criterio de la esencialidad de la contribución, que

540 DONNA, E. A. *La Autoría y la Participación Criminal*, cit., p. 113.

541 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 530.

opera como un principio regulativo (concepto abierto), por lo que deben ser los jueces quienes lo determinen en cada caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes. El cómplice necesario, es por tanto, quien presta una contribución esencial para el sí del hecho⁵⁴².

Siguiendo la hilvanación de las ideas, es que Gimbernat, propone precisamente la solución de la *teoría de los bienes escasos*, según lo cual lo esencial no es que el autor hubiera podido realizar el plan de una u otra manera, sino que lo determinante es que la aportación del cooperador sea difícilmente obtenible⁵⁴³. Es a través de esta teoría que se evita caer en soluciones circulares, de modo generalizado, sino todo lo contrario, de valorar en los casos concretos, que dicho aporte haya sido en realidad esencial y que no se haya podido obtener fácilmente por otros medios.

Por su parte, la complicidad secundaria, importa identificar un aporte y/o colaboración, de naturaleza más marginal o dígase accesorio, a diferencia de la complicidad primaria; donde su no prestación, deja intacta la posibilidad de que el delito se hubiese podido haber cometido, mediando otra actuación participativa. Según la postura de Nuñez, son cómplices necesarios aquellos sin cuyo aporte el hecho no hubiera podido cometerse. Cómplices secundarios son aquellos cuya intervención no era necesaria para que el hecho sucediera como sucedió⁵⁴⁴.

7. LA INCOMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS Y CUALIDADES PERSONALES

La atribución de un injusto penal a la persona del autor importa una atribución exclusivamente personal, de que en él concurren

542 PÉREZ ALONSO, E. J. y otros. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 742.

543 Citado, por QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 630.

544 NUÑEZ, R. *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., ps. 290-291.



los presupuestos (objetivos y subjetivos), necesarios para fundar la imputación individual.

En el marco de la teoría del delito, hemos transitado por una serie de categorías, que suponen una especial calificación del autor, una especial forma de comisión delictiva, la relación personal que pueda subyacer con la víctima, los ánimos internos que puede llevar imbricada la de terminación delictiva del autor.

Dicho lo anterior, las valoraciones (subjetivas y objetivas), que pueden atribuirse al autor, no sólo se desprenden de la culpabilidad de aquél, en cuanto el reproche que recae sobre la persona misma del infractor –juicio eminentemente individual–, sino también, el propio injusto revela propiedades objetivas y esencialmente subjetivas, que dan cabida a la propia modalidad típica, pues sin su presencia el tipo no puede ser concretado o en su defecto importa su remisión a un tipo penal básico o genérico.

No puede concebirse un injusto puramente objetivo, sino que en el plano de la tipicidad y de la antijuridicidad también se comprenden elementos subjetivos, que el legislador ha decidido incluirlos en la estructuración típica del tipo legal en cuestión.

Todas estas circunstancias (objetivas) y elementos subjetivos del injusto no pueden sin más, ser extendidas a los otros partícipes (autores y cómplices), toda vez que importan una valoración estrictamente personal; claro está, que ello no impide que en algunas circunstancias pueda revelarse su concurrencia en todos los partícipes del evento criminal, pero para ello deben darse ciertos presupuestos que deben ser verificados por el juzgador, pues su reconocimiento puede dar lugar a una agravante o atenuante en la respuesta punitiva.

Es de verse, por tanto, que el juicio de «imputación individual» resulta en puridad intransferible a los otros participantes, sobre todo, el ámbito estricto de la imputabilidad, en la medida, que trata sobre una condición psicofísica que por su propia naturaleza orgánica no es susceptible de transmisión al resto de sujetos participantes; mientras, que los «estados de inexigibilidad» sí resultan extensibles,

siempre y cuando el partícipe conozca que está contribuyendo a un estado de necesidad disculpante o en el marco del miedo insuperable; mas en el caso del error de prohibición solo puede beneficiarse aquel que actúa bajo el defecto cognoscitivo. Mientras que el caso de las causas supresoras legales de punibilidad, estrictamente la prevista en el artículo 208° (Excusa absolutoria), de ningún modo es transmisible, pues se funda en una condición personal del autor con la víctima (relación de parentesco); por consiguiente, se sigue la suerte del principio de «accesoriedad limitada».

Ahora bien, el legislador en el precepto en comento, se limitó en describir, que las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de los autores y partícipes, no son comunicables al resto, sin entrar en detalle, de qué tipo de cualidades y circunstancias refiere, esto es, de aquellas que agravan o atenúan la pena.

El artículo 65° del CP español establece que las agravaciones o atenuantes de la pena que provengan de circunstancias especiales del autor no se extienden a los partícipes, habiendo en detalle, previsto una serie de condiciones y circunstancias.

El art. 48° CP (*argentino*) dispone que las relaciones (v. gr. arts. 80°, inc. 1, 279 CP), circunstancias (art. 81°, inc. 1, CP) y calidades personales (ej., sacerdote, tutor), cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan como señala BALCARCE. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueran conocidas por el partícipe⁵⁴⁵.

Finalmente, el CP chileno, en su artículo 64°, dispone la incommunicabilidad de las circunstancias personales para la concurrencia de las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas⁵⁴⁶.

545 BALCARCE, F. *Participación Criminal*, ps. 546-547.

546 POLITOFF, L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, p. 425.

A fin de dar y fijar un alcance correcto –del enunciado in examine–, debemos remitirnos a las diversas circunstancias y calidades personales que se pueden configurar en el caso de nuestro CP.

El artículo 106° tipifica el delito de Homicidio Simple, y cuando subyace un nexo de parentesco entre la víctima y el agresor, se traslada la tipificación al delito de Parricidio - artículo 107°; se trata, como otras figuras de «delitos especiales impropios», donde el fundamento de la agravación radica en determinadas circunstancias de carácter personal o familiar (institucional), que importan una mayor culpabilidad. Así, si Pedro mata a su cónyuge en contubernio con Ana (su amante), si ambos poseen el codominio del hecho, no queda más que imputar autoría por el art. 107° a Pedro, y autoría por el 106° a Ana; pero si se revela que esta última solo aportó una contribución no imprescindible para la realización típica, será cómplice del artículo 107° y no del 106°; podrá ser Inductora del delito de parricidio, pues como se sostuvo en líneas anteriores la calidad de autor que especifica el tipo penal de la PE, como condición de punición, no se extiende a los partícipes, quienes siguen la suerte del principio de accesoriedad y de unidad en el título de la imputación⁵⁴⁷.

Igual situación ocurre, en el caso de las lesiones a menores de edad, donde la agravación resulta también de una relación personal del autor con la víctima (arts. 121°-A y 122°-A).

En el caso de atenuantes, como el delito de infanticidio (artículo 110°), la menor pena radica en las especiales condiciones psicofísicas que se encuentra la madre, que en definitiva no pueden ser transmisibles a los otros autores, quien tiene el codominio del hecho será punible según el artículo 106°, pero no resultaría incorrecto político-criminalmente, quien solo colabora en el

547 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I., ps. 117-119.



acto de la parricida, sea también beneficiada con una atenuación punitiva⁵⁴⁸; todo esto al margen de lo absurdo que resulta en un Derecho penal democrático la preservación de ambos tipos penales (parricidio e infanticidio), que conllevan una fuerte carga de simbolización ético-social, que en el segundo de los casos, podría incluso fundamentar una mayor agravación. Situación que ha sido resuelta en la legislación comparada, con su despenalización, reconviniendo estas especiales circunstancias personales en el marco de las circunstancias agravantes y atenuantes de la PG.

El artículo 108° del CP tipifica un homicidio agravado (calificado), cuya tipificación autónoma ha dado lugar a un *nomen iuris* distinto "Asesinato": donde el injusto presupone determinadas «circunstancias objetivas y predisposiciones subjetivas del autor», que importan una desvaloración jurídica más intensa que la conducta del art. 106°. Primero, se precisa un carácter puramente subjetivo: por ferocidad, lucro o por placer, por lo que al constituir un factor subjetivo, solo perjudica en quienes concurren; en el caso del tercero que determina al sicario mediante ventaja a la muerte de una persona, será Instigador de este delito, pero podrá ser un coautor si es que también aporta objetivamente al hecho, y su conducta fue impulsada por un ánimo de lucro; quien tiene el codominio del hecho de un homicidio cometido por el otro con ferocidad o por placer, responderá por el artículo 106°, a menos que concurren las otras circunstancias que se detallan en el artículo 108° (asesinato).

En cuanto a las «circunstancias objetivas», facilitar u ocultar otro delito, con alevosía o mediante veneno, por lo mismo que se asocian al delito, en cuanto se refieren al momento o materialidad de la acción, no benefician o perjudican sino a aquellos de los copar-

548 Posición político-criminal extensible al tipo penal de Homicidio por emoción violenta, homicidio atenuado, contemplado en el artículo 109° (*in fine*); Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*. T. I., ps. 133-134.

típicos que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito⁵⁴⁹; de tal modo que rige en este caso, el principio de «prohibición de exceso», por lo que la conducta del coautor, se traslada a la del art. 106°.

El homicidio con gran crueldad importa un carácter más objetivo que subjetivo, por la que la solución por los fundamentos antes expuestos, sería codelincuencia, sin necesidad que uno de ellos no actúe corporalmente, basta que aporte un hecho importante y que conozca la forma de ejecución típica.

En el caso del hurto simple (art. 185°), la concurrencia del especial elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente, es sin duda, como su propio nombre lo describe, de naturaleza subjetiva, por lo que el autor que no tiene dicho ánimo, podría ser conducido al artículo 187° (hurto de uso), aunque como se sostuvo, dicho ánimo puede darse cuando se pretende el aprovechamiento de un tercero; difícilmente puede darse en la práctica estos casos, pues por la generalidad quien sustrae un objeto es para obtener un provecho; las excepciones serían las de Robin Hood; STRATENWERTH no encuentra coherencia en que los elementos subjetivos del injusto deben llevar a la misma fórmula que los referidos al juicio de culpabilidad, pues estarían referidos al “valor” y no elementos personales especiales referidos en el sentido del § 28⁵⁵⁰; pues trata de elementos que tienen que ver con lo ilícito y con la culpabilidad. Para evitar consecuencia “-justas, señala el autor. (...) no se puede descartar que un elemento subjetivo afecte también a la culpabilidad⁵⁵¹.

En cuanto, a los casos de los delitos «especiales propios», aquellos comprendidos en el Título XVIII del CP, donde el funda-

549 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal*. T. 1, p. 195.

550 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 442.

551 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 443.



mento de incriminación radica en la infracción de un deber *funcional*, que se deriva de una relación de naturaleza institucional, entre el autor y el objeto material del delito, sólo el *intraneus* puede ser autor a efectos penales, por lo que el particular (*extraneus*) no puede ser autor, pues el deber que da lugar a estos injustos no puede ser quebrantado por este; sin embargo, la participación en estos delitos, a partir de una inducción o una complicidad sí es posible, a partir de la tesis de la unidad en el título de la imputación, de conformidad a los argumentos esgrimidos a lo largo de toda esta capitulación. Puede haber complicidad de un delito de peculado y también inducción a un delito de prevaricación.

¿Cuáles son las circunstancias y cualidades personales que afectan a la penalidad?⁵⁵² Siguiendo la orientación dogmática del principio de «Accesoriedad Limitada», tanto el juicio de reproche de la culpabilidad y la determinación del *quántum* de pena a imponer, es un juicio meramente individual y no colectivo.

En síntesis, las diversas características y particulares circunstancias que puedan presentar los imputados deberá analizarse de manera individual y específica: “*nulla poena sine culpa*”.

8. FUNDAMENTOS Y LINEAMENTOS DOGMÁTICOS SOBRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Para ser autor, con ello dar cuenta del dominio del hecho, no es necesario o dígase indispensable, que el protagonista principal del evento delictivo esté presente en el escenario de los hechos, ello da cuenta de descripciones criminológicas que abonan en concepciones de materialidad fáctica del ilícito penal, alejadas de una estricta visión de una materialidad formal del delito.

552 PEÑA CABRERA, R. *Estudio Programático de la Parte General - Teoría del Delito*.

— A modo de introducción

La realización de un delito no puede ser visto como un suceso en la que participa una sola persona, esto es el “autor” (*un agente que de manera directa dispara un arma de fuego y mata a su víctima o quien golpea salvajemente a su pariente*); una sociedad caracterizada por una variedad de actuaciones de los ciudadanos, su unión, conjunción o dígame convergencia de voluntades delictivas es prototipo de la descripción criminológica de la sociedad actual, en el marco de la inseguridad ciudadana, del crimen organizado y de las diversas manifestaciones delictivas que afectan bienes jurídicos de diversa esencia y naturaleza. Se puede decir entonces, que el crimen es ahora prototipo de una conjunción o agrupamiento de personas, bajo diversas manifestaciones criminológicas.

El hecho punible por tanto es un escenario fáctico (“relato histórico”), donde intervienen varias personas; cada una de ellas se encarga de un determinado rol y función, cuyas piezas dan como engranaje la comisión de un determinado delito, como una “unidad” ha de ser atribuido a todos sus intervinientes como una imputación recíproca cuando son coautores, mas cuando es un solo autor (dominio de la “acción”), el injusto (*acción u omisión típica y penalmente antijurídica*) solo le pertenece a él, por tanto si se advierte la presencia de otros participantes en el hecho punible, que solo coadyuvaron, auxiliaron u apoyaron al autor para que pueda perfeccionar su plan criminal, por tanto no tienen el codominio del hecho habrán de responder como cómplices u instigadores (participes en sentido estricto) y bajo el mismo título de imputación delictiva (unidad de tipificación legal). Todos pues, que intervienen o participan bajo diversos roles, y en los estadios del suceso delictivo, deben de responder por el mismo tipo legal.

De manera, que la participación delictiva tiene como rasgos esenciales: accesoriedad, dependencia y complementariedad; in-

tervienen pues en un hecho punible que le pertenece al “autor”; dicho en otras palabras, colaboran en un injusto penal propio del autor, pues solo él tiene el dominio del hecho.

Si esto es así, y si sobretodo en delitos de cierta complejidad material («corportivización crimen») intervienen varios agentes –desde diversos grados de relevancia aportativa–, resulta fundamental identificar a sus protagonistas principales (autores) de los secundarios (partícipes), con arreglo a los principios de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad. Así, en concatenación con un concepto restrictivo de autor y el sistema “diferenciado” que acoge nuestra ley penal; consideramos por tanto, que siempre el autor debe recibir una pena más grave que la del partícipe, al ser portador de un mayor reproche de culpabilidad (mayor énfasis los delitos especiales “propios⁵⁵³” e “impropios⁵⁵⁴”). Una cosa es la pena legal y otra muy distinta la individualizada, la cual debe sostenerse fundamentalmente por el principio de culpabilidad (art. 45° del CP).

En consciencia, establecer con todo grado de rigurosidad conceptual quien es autor y quien es partícipe, vas mas allá de una pretensión estrictamente científica, sino político criminal, de que quienes han tenido sus manos, quienes tienen el control del aparato criminal y quienes forman parte de la estructura de mando del poder de la organización, respondan como “autores” (autoría mediata, coautoría, etc.)⁵⁵⁵. De hecho, quienes cuentan con el dominio y control del desarrollo de la ejecución delictiva –que es emprendida por

553 Aquellos que sostienen el estado de desvalor conforme la posición del agente en el marco de una institución.

554 Aquellos que se construyen a partir de una modalidad “base”, conforme añadidos en la estructuración típica, determinados esencialmente sobre la relación entre el autor y el sujeto pasivo del delito.

555 De ahí, llevada tal rigurosa valoración en el plano de la determinación e individualización de la pena, con arreglo a los principios de culpabilidad, de lesividad, proporcionalidad y razonabilidad.

otros—, no pueden responder como partícipes sino como autores, lo cual resulta acorde con su nivel de responsabilidad penal.

8.1. La Coautoría no Ejecutiva

Cabe destacar la idea, de que no necesariamente para ser “autor” se debe estar presente en el lugar de los hechos (coautoría no “ejecutiva”); sin duda, ese acápite de la teoría del delito es de especial relevancia hoy en día, tanto por motivos criminológicos (crimen organizado, banda criminal, delitos de sangre, violaciones sexuales, sicariatos, extorsiones, robos, etc.), por razones de orden procesal (principio de “imputación necesaria”) y por últimos por objetivos de justicia, esencial en un orden social y democrático de derecho. Así, cuando toma lugar una suerte de adaptabilidad a un plan criminal preconcebido, donde entendiendo a la coautoría, fuera de un escenario estrictamente fáctico, pueden ubicarse personas - *agentes*, *que sin dar inicio a los actos típicamente ejecutivos, igual compar-ten el codominio del hecho, aún no emprendiendo las formalidades previstas en la tipificación lugar en particular.*

Con ello, percibimos a la «coautoría» como una imputación recíproca del hecho delictivo como una “unidad”, donde este compartimento delictivo no requiere necesariamente de que uno de los coautores realice actos típicamente ejecutivos. En la doctrina especializada, Muñoz Conde, también manifiesta que “... la ubicación de los casos de dominio funcional entre los genuinos supuestos de autoría resultaría así plenamente justificada en cuanto que, también el coautor no ejecutivo ostenta un dominio del hecho”. A decir de Roxin, “Es coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Asimismo, refiere que “Es coautor aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso causal del hecho, dirigiéndolo”. No poder manos



sobre la obra delictiva, de manera fáctica y formal, no importa asumir que este agente no tenga el codominio del hecho, en el sentido de su intervención en la decisión del plan criminal, en cuanto a la asunción de los resultados que ello va a generar, en términos lesivos, de comprometerse a la realización del mismo, ante una falta de ejecución de los otros coautores y donde su contribución no puede ser entendido bajo una caracterización plenamente fáctica y formal.

Acogimiento teórico, se observa en el Recurso de Casación N° 173-2018 Puno, en cuyo Fundamento Jurídico 4.5, se ha establecido en un cuadro comparativo la diferencia entre autoría mediata y coautoría, indicando en relación a la coautoría, lo siguiente: “1. *Se es parte del plan criminal que se confecciona entre la pluralidad de intervinientes, de modo que, cuando se ejecuta, el aporte de cada quien cobra sentido, aunque uno de ellos no esté presente durante la ejecución.* 2. Organización menor que por lo general no alcanza la categoría de aparato organizado de poder. 3. Tiene mayor margen de maniobra para esquivar la responsabilidad penal por los “excesos” de los ejecutantes. 4. El control que detenta es superior, pues conoce los pasos a seguir para ejecutar el plan criminal 5. Estructura horizontal.”; mientras, que en el RN N° 3048-2012, La Libertad, de fecha 7 de marzo del 2013, que en su Fundamento Jurídico 4, se señala que “(...) *en la coautoría no se requiere que uno de los coautores realice todas y cada una de las acciones típicas específicas, esto es, dispare y mate o hiera a la víctima, basta el dominio funcional del hecho, su aporte personal al resultado típico y estar en el entendimiento común de perpetrar el delito, que fue lo que ha ocurrido en el caso de autos, a tenor de la acusación fiscal*”.

De manera, que la ejecución de un determinado delito no puede ser visto desde un plano meramente óntico o causal, sino percibido desde su engranaje conductivo y volitivo, donde el codominio del suceso delictivo puede darse desde la comunidad delictiva, llevada a la predisposición de materializar el hecho punible, en orden a los determinados factores que pueden presentarse en

la escena criminal o quien ejerce un grado de influencia y arraigo sobre los ejecutores de delito, lo que no exige su presencia personal en el plano ejecutivo del delito en cuestión.

A decir de ROBLES PLANAS la ejecución es un concepto normativo y significa comienzo de inferencia en una esfera jurídicamente garantizada. El paso de la fase preparatoria a la ejecutiva puede no decidirla el autor, sino un tercero. Y ese tercero puede, a su vez, obrar de forma típica y entonces ser coautor o partícipe o bien obrar de forma atípica, esto es, amparada por el riesgo permitido, neutral, o en error. Significa lo anterior que la ejecución es un concepto que vincula a todos los intervinientes, si hay pluralidad de ellos. Significa que es en la ejecución donde se exterioriza la relevancia jurídico-penal de sus aportaciones

8.2. La distinción entre la Autoría Directa con la Coautoría

El hecho punible puede ser visto con la puesta en escena de un determinado acto (por acción u omisión), que lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado por la ley penal. De manera, que dicha descripción fáctica al momento que es recogida por un determinado tipo legal (homicidio, asesinato, parricidio, etc.), asume la categoría de una conducta delictiva, que puede ser obra de una o más personas.

Así, el artículo 23° de la PG del CP, asume diversas formas de “autoría” a ser construidas desde un plano “material” y “normativo” a la vez, desgajado de toda visión naturalista o causalista. El delito es un comportamiento atribuible al agente como “autor” pues a él le pertenece, él es quien ha dado curso al evento fáctico portador de lesividad social y sólo él tiene capacidad de frustrar la realización material del delito.

Entonces, la primera manifestación de “autoría directa”, en cuanto al dominio de la acción del agente, implica que solo a una

persona se le puede atribuir la comisión del acto delictivo, sin defecto de poder identificarse “participes”, pero ellos no tienen el dominio del hecho.

Ahora bien, si identificamos desde un plano material y fáctico, que la realización del delito es producto de la obra de más de una persona (“ejecutiva o no”), estamos ante un hecho delictivo que le pertenece por tanto a agentes en grado de “coautoría”; una suerte de imputación recíproca del hecho como una “unidad”, siempre que las aportaciones de todos los intervinientes sea esencial para la materialidad del delito, en el marco de una división de roles o funciones que permite construir el denominado “codominio del hecho”.

En palabras del maestro sanmarquino PEÑA CABRERA una hipótesis de coautoría requiere la presencia de dos condiciones: la co-ejecución (objetiva) y el acuerdo de voluntades (subjetiva). En cuanto a la condición objetiva, es necesario que la ejecución del hecho se realice conjuntamente, estructurándose un todo⁵⁵⁶.

Si esto es así, si la víctima es cogoteada por uno y el otro se apropia de sus pertenencias son pues coautores; igual si mientras un agente reduce a la ofendida mediante la amenaza a su vida con arma de fuego y el otro la accede carnalmente. Igual, si los tres miembros de un comité de selección se coluden con los licitantes (proveedores de bienes y servicios) en evidente codominio funcional del hecho.

En consecuencia, no se podría alegar válida y legítimamente que dos personas que mataron a mansalva y salvajemente a su víctima son autores de un asesinato o, decir que son autores quienes en división de roles en la etapa ejecutiva del delito logran desapoderar al sujeto pasivo de su bien mueble con destreza o a título de “auto-

556 PEÑA CABRERA, R. *El concurso de personas en el delito*. En: Debate Penal - 5, 1988, mayo, junio, julio, agosto, Lima-Perú, cit., p. 348.

res” quienes en contubernio con los representantes de la empresa licitante, esto es los miembros del Comité de Selección de una determinada entidad pública defraudan patrimonialmente al Estado (colusión ilegal); ello sin defecto de que se precise con todo detalle y exactitud cuál fue la labor, la tarea que ejecutó cada uno de los coautores, en sujeción al principio de «imputación necesaria». Así, cuando en la Casación N° 173-2018 (Fundamento 3.2 D): “Desvinculación” - “La indicación del título de intervención delictiva forma parte fundamental en la construcción del principio de imputación necesaria”.

En todos los casos descritos, se trata pues de una COAUTORÍA, donde se estaría quebrando el hecho como una “unidad” así como una suerte de “copropiedad” del hecho en base a una imputación recíproca. No resulta pues legalmente admisible, atribuir un hecho delictivo como “autores” cuando comparten el codominio del hecho, siendo por tanto verdaderos “coautores”. Sin duda, el substrato fáctico y jurídico es distinto de una autoría con las diversas manifestaciones de la «coautoría», según los diversos compartimentos que se desprenden de los diversos tipos legales, según su estructuración legal-normativa, sin defecto de no poder admitir coautoría en tipos legales como la bigamia, falsedad testimonial en juicio, conducción bajo la influencia de alcohol o sustancias psicotrópicas y el enriquecimiento ilícito⁵⁵⁷.

— Conclusión

En resumidas cuentas, desentrañar quienes pueden asumir responsabilidad penal a título de autor o quienes a título de coautores, es algo que requiere de una valoración que trasciende el

557 A decir de PEÑA CABRERA, en estos delitos lo ilícito del supuesto de hecho tiene lugar cuando el autor realiza personalmente la acción. *El concurso de personas en el delito*, cit., p. 344.



plano fáctico, naturalístico y causal, donde precisamente la dogmática jurídico-penal ha elaborado posiciones teórica conceptuales a tales efecto, sin vulnerar el principio de legalidad y sobre todo para alcanzar los fines político criminales que se tienen de una justicia penal sometida a los principios del Estado constitucional de derecho.

9. ANÁLISIS AL ACUERDO PLENARIO N° 08-2019 Y LOS RETOS DEL DERECHO PENAL FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO⁵⁵⁸

El crimen organizado constituye un grave flagelo en el umbral del siglo XXI, de impactos devastadores a los valores democráticos, en particular a una coexistencia social pacífica; por lo tanto, el modelo de política criminal adaptado en la ley penal⁵⁵⁹, por un lado, protege bienes jurídicos fundamentales, como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, el patrimonio, etc. Es de esta forma, que el legislador, consideró el factor criminológico para dar cuenta de una circunstancia de agravación, cuando el agente es integrante de una organización criminal (cambia la denominación con la Ley N° 30077⁵⁶⁰); por otra parte, ya en tópicos de la Parte Especial, propiamente en delitos contra la Paz y la Tranquilidad Pública, en el plano de bienes jurídicos de orden supra-individual, como es el tipo legal de Organización a delinquir (Art. 317° del CP) encaminados a fortalecer los intereses jurídicos personalísimos de las personas, constituyendo injustos “sistémicos de organización”, donde el adelantamiento de las barreras de intervención del “ius-puniendi” estatal es significativo. Ello resulta legítimo, conforme se tiene del

558 A propósito del Conversatorio realizado ante el Colegio de Abogados de Lima del 02 de enero del 2021: “Los Retos Actuales del Derecho Penal frente a la Criminalidad Organizada y los delitos de Lavado de Activos”.

559 Bajo la consideración de que la legitimación del Derecho penal en una sociedad democrática de derecho es la protección de bienes jurídicos.

560 Antes integrante de una organización delictiva.



primer numeral del Título Preliminar de la codificación penal⁵⁶¹, lo cual no implica barajar la posibilidad de un “Derecho penal del enemigo”, pues la técnica legislativa empleada es propia de un orden democrático de derecho, que son los delitos de peligro (*abstracto*) como la penalización de los delitos de “pertenencia criminal”.

A lo dicho, en el marco de una política criminal en constante movimiento y dinamicidad, dada la coyuntura criminológico que se arrastra nuestras sociedades de tiempo atrás, donde el estado de violencia que se vive en todo las urbes y zonas rurales del país, genera conmociones y percepciones cognitivas en la mente de los ciudadanos, quienes atemorizados por esta escalada de violencia (sociedad de sujetos pasivos), claman a las autoridades públicas competentes, una intervención más enérgica y severa del aparato punitivo del Estado. Así, un legislador preocupado y atento ante tales demandas, procede al ajuste legal que viabilice tal pretensión punitivista, incidiendo en el año 2016 a la incorporación del delito de “Banda Criminal”, bajo la cobertura legal del artículo 317°-B del CP, bajo una estructuración normativa ciertamente deficiente, pues el desvalor de la conducta incriminada viene dada por la no concurrencia de alguno de los presupuestos de configuración legal previstos en el artículo 317° del CP, al margen de las instituciones de autoría y participación regladas en la PG del CP.

Estando a lo anterior y siendo que la Ley N° 30077 regula un tratamiento procesal especial a los delitos cometidos por integrantes de organizaciones criminales, a la par del respeto a las garantías sustanciales de un Derecho penal democrático, es que el Tribunal Supremo procede a esbozar criterios interpretativos (de cuño *dogmáticos*) a fin de diferenciar las instituciones penales involucradas y así proveer de insumos jurídicos a los operadores jurídicos, para

561 La protección de la sociedad frente al crimen.



que puedan subsumir la conducta incriminada (siempre en consonancia con el principio de legalidad) así se impongan las consecuencias jurídicas aplicables.

– Análisis

Se alega entonces, en el AP N° 08-2010, por parte de la Corte Suprema, (...) *que la legislación penal vigente contiene hasta cuatro clases de preceptos que hacen referencia directa o indirecta a la delincuencia organizada.*

Sobre todo, a la criminalización de delitos de organización criminal y al **tratamiento penal que debe aplicarse a los delitos cometidos desde una organización criminal.**

En efecto, en primer lugar, está el delito de organización criminal tipificado en el artículo 317° del Código Penal, el cual ha sido construido como un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, que sanciona los actos de constituir, organizar, promover o integrar una organización de tres o más personas destinada a cometer delitos - “Injusto sistémico de organización”. Se trata de un delito de “estatus”, de mera pertenencia a la estructura criminal, sin necesidad de que deba acreditarse la comisión de un hecho punible en particular, eso sí debe identificarse que el aparato cuente con logística, con los recursos humanos y engranaje piramidal, que le permita cometer los delitos que se planifican desde los vértices de la cúpula de la organización. De ahí, que se diga que inclusive importa la penalización de actos muy alejados de los estrictamente “preparatorios”, pero que por la naturaleza y esencia del bien jurídico –penalmente tutelado– (*supraindividual*), se encuentra plenamente legitimado.

A esta disposición legal se le agregó, en segundo lugar, con el Decreto Legislativo 1244, de 27 de octubre de 2016, otro tipo penal contenido en el artículo 317-B para reprimir un inédito delito de

banda criminal, y que se regula de manera subsidiaria o alterna⁵⁶² al delito de organización criminal (conforme lo expresa la CS). Un tipo penal que en principio da cuenta de una organización a delinquir “imperfecta”, que a distinción de esta última no cuenta con las herramientas para poder perpetrar hecho punibles de cierto grado de sofisticación, pero igual tiene una enorme potencialidad lesiva para con los bienes jurídicos fundamentales de la persona, lo que se manifiesta en la comisión de graves ilícitos penales como el Asesinato, Sicariato, Robo, Extorsión y Secuestro; en cuya materialidad típica se realiza conforme las características de una “coautoría”.

Además, en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno igualmente se incluyeron circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión de diferentes delitos realizados desde una organización criminal. Estas agravantes toman en cuenta, para su configuración y eficacia punitiva, que la realización de tales hechos punibles haya sido ejecutada por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización criminal. Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 186, párrafo segundo, inciso 2 (delitos de hurto); 189, párrafo in fine (delitos de robo); 297, inciso 6 (delito de tráfico ilícito de drogas); 10, inciso e, de la Ley 28008 (delitos aduaneros) y 4, inciso 2, del Decreto Legislativo 1106 (delitos de lavado de activos).

De recibo, ha sido una constante en la política criminal, en el modelo de la “Inseguridad Ciudadana”, la construcción de circunstancias de agravación basadas en la peligrosidad que se revela cuando el agente acomete el crimen desde un aparato criminal, distinto claro está, desde la “pluralidad subjetiva” que toma lugar cuando el delito es cometido por más o tres personas. Estos subtipos agravados, para que pueda confirmarse su configuración legal debe darse primero la modalidad del tipo base, es decir, debe el agente haber

562 Como una suerte de salida, de alternativa de los operadores jurídicos, para evitar impunidad o sanciones ejemplares, cuando no resulte posible la acreditación de todos los elementos de configuración legal del delito de Organización a delinquir.



cometido el Robo o el Hurto, a distinción de la organización a delinquir cuya perfección delictiva no requiere tal condición legal. No olvidemos, que aun cuando algunos delitos como la Extorsión no hayan reglado de forma expresa esta agravación, igual nos podemos remitir a la circunstancia agravante genérica del artículo 46° del CP, luego de la reforma producida por la Ley N° 30076 y así recoger esta agravación criminológica.

- (i) *Las circunstancias agravantes por pluralidad de agentes y por integración a una organización criminal son incompatibles. La primera se configura sólo a partir de un supuesto de autoría funcional o coautoría, por lo que exige la intervención concertada y con codominio del hecho de dos o más agentes en la ejecución del robo; sin defecto de poder admitir una coautoría no ejecutiva. Estamos ante una suerte de relación horizontal en el marco de su estructuración delictiva, a diferencia de la pertenencia a una organización criminal, pues acá sí es necesario advertir rasgos de verticalidad, donde los líderes, jefes, cabecillas o dirigentes, de hecho, no intervienen en la etapa ejecutiva del delito, pudiendo manifestarse la autoría mediata en estructuras organizativas de poder y la coautoría no ejecutiva.*
- (ii) *La realización del robo con el agravante de ser integrante de una organización criminal, excluye la posibilidad de un concurso ideal con el delito de peligro abstracto contemplado en el artículo 317° del Código Penal; acá el contenido del injusto se absorbe, se consuma, esta ya contenido en los subtipos agravados, por lo que su duplicidad aplicativa supondría la afectación al principio del *ne bis in idem*. Es más, el delito de integración en una organización criminal, que prevé dicho artículo, sólo puede operar como tipo penal subsidiario del delito de robo con agravantes (difícil pues que los operadores jurídicos procesen a estos agentes solo por el tipo penal de organización a delinquir); esto quiere decir, que ha de optarse*

por los subtipos agravados, por lo que la residualidad, operará cuando no se verifique que el miembro de la estructura criminal haya cometido un determinado delito; claro está, que también se entrecruza con la circunstancia del artículo 46° del CP, cuando la agravante no se encuentra prevista en la figura delictiva en cuestión.

- (iii) El artículo 317° del Código Penal permite el concurso real homogéneo de delitos, siempre que una misma persona integre de modo sucesivo o simultáneo varias organizaciones criminales independientes. Así, al tratarse de un delito “permanente”, los delitos que se cometan desde su estructura delictual, significaría una unidad de “acción”, que a nuestra consideración da lugar a un concurso ideal de delitos y no real; sin defecto de reconocer que un solo agente puede pertenecer a varias organizaciones criminales a la vez, y acá si estamos ante un concurso real de delitos (pluralidad conductiva), como bien lo propone el Tribunal Supremo.
- (iv) “Ahora bien, en aquellos delitos comunes que ejecute la banda criminal y en los cuales no exista la agravante específica de organización criminal (...) se podrá calificar a tales conductas punibles como constitutivas de un concurso real de delitos y aplicarse las reglas y efectos que el artículo 50 del Código penal establece para tales casos.” (F. J. 24°). Se entiende de este modo, que igual, el delito de Banda criminal aparecería como una manifestación del crimen organizado, de particular estructuración, ramificación y operatividad delictiva, de manera que se iría en concurso real, v. gr., con la Extorsión o el Secuestro.
- (v) “No obstante, cuando hechos punibles como el hurto, robo o similares, hayan sido ejecutados por pluralidad de agentes que actúan en concierto criminal, pero entre los cuales no exista adscripción o dependencia alguna a una banda criminal, tales actos ilícitos serán reprimidos únicamente como delitos de hurto o robo (...) serán reprimidos únicamente como deli-



tos de hurto o robo, respectivamente, con la concurrencia de la agravante específica o genérica (artículo 46, numeral 2, literal “i”, del Código Penal), que también para esos supuestos de coautoría funcional ha consignado el legislador nacional como “pluralidad de agentes” para ejecutar el delito cometido.” (F. J. 25°) No habría pues el engranaje criminal y el *modus operandi*, que de manera ocasional debe tomar lugar para que estemos ante esta figura delictiva, no hay pues un proceso de adaptabilidad común de quienes cometen hechos punibles graves, mas solo predicable bajo el régimen de la coautoría, por tanto, la punición es de contornos menores.

— A modo de conclusión

En resumidas cuentas, los retos y desafíos del Derecho penal frente al crimen organizado han de ser vistos, desde un modelo político criminal que ha traído consigo una serie de reformas legales en la ley penal, por lo que la dogmática —como ciencia—, debe de suministrar los criterios interpretativos que permitan a los operadores jurídicos, aplicar con corrección y legalidad las diversas instituciones jurídicas, que de una u otra forma están relacionados con el “Crimen Organizado”; desde la acepción contenida en el artículo 2° de la Ley N° 30077, del delito de Organización a delinquir, del tipo penal de Banda criminal, de los sub tipos agravados de la Parte Especial así como las instituciones propias de autoría y participación. Esto último, incide también en la aplicación e incidencia de construcciones teórico-conceptuales, como la autoría mediata en estructuras organizativas de poder, coautoría en organizaciones delictivas como la coautoría no ejecutiva (en el plano de las Bandas criminales).

Esta eficacia y eficiencia que se busca alcanzar a través del modelo político criminal frente al Crimen Organizado, no puede suponer el desmantelamiento de las garantías materiales y procesales que tanto esfuerzo costaron a la ciencia del Derecho penal desde las escuelas de la Ilustración y el Iluminismo.

ITER-CRIMINIS

1. CONSIDERACIONES DE ORDEN GENERAL

¿Qué debemos entender por «*Iter-criminis*»? Para alcanzar una explicación lógica y epistemológica, debemos remitirnos necesariamente a la esfera interna del autor, esto es, a la personalidad misma de quien decide cometer un delito.

La determinación a delinquir parte y se construye desde un proceso psicológico harto complejo, pues penetrar en el ámbito interior del individuo no es empresa fácil, en él conviven una serie de sentimientos, deseos, ansias reprimidas, frustraciones, que no siempre se condicen con el ámbito externo; explorar en el Ego, el Alter y el Súper Yo, importa en realidad un análisis psico-analítico que desborda el plano puramente jurídico. Sin embargo, no se puede dejar de relevar, que el Derecho penal reprime a un individuo con sanciones sumamente severas, por lo que el fundamento de la pena parte por delimitar aquellas zonas del individuo que son objeto de valoración por parte del ius *puniendi* y, es que en un orden democrático de derecho la punición se encuentra contenida por una serie de límites y presupuestos, que en conjunto importan revestir de legitimidad a la intervención del Estado en la esfera de libertad de los individuos.

Por consiguiente, la consideración ontológica es imprescindible, pues la estructura «lógico-objetiva» identifica cuando estamos



ante una conducta que corresponde a una decisión autónoma del individuo, en la medida, que debemos atribuir responsabilidad *punitiva*, pero para delimitar la zona de punición del comportamiento prohibido, es necesario ingresar a la esfera interna para luego efectuar el contraste con la esfera externa.

Las ideas que corren en la mente humana trasuntan lapsos de tiempo muy cortos, cuya aprehensión es a veces prontamente desvanecida por el sujeto pensante.

En la esfera interna se abrigan las ideas más tortuosas y a veces las más horrendas, hasta el mortal más pacífico puede idear en un arranque súbito de emotividad el crimen más horrendo; si las ideas fueran penalizadas en nuestra sociedad, de seguro que todas las cárceles estarían abarrotadas de los ciudadanos más honestos e inofensivos. DOSTOYEVSKI era un criminal por sentimiento de culpabilidad, al haber ocultado en su faz interna un propósito parricida. Ideas que pueden diluirse en la esfera interna y en otras oportunidades trascender esta esfera y manifestarse en actos concretos de peligrosidad y lesividad para los bienes jurídicos fundamentales.

En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, este puede rechazarla o no. Y en el primer caso, la idea puede volver. El sujeto ya delibera. Piensa en el pro y el contra. De esta deliberación puede salir rechazada la idea de nuevo. Pero puede determinar una resolución criminal, que aún no es manifestada exteriormente, es capaz de sufrir dos procesos. Uno, quedar anulada en el agente. Otro, salir de él; por ejemplo: propone a otro el robo, provoca, incita, conspira... Con esto ha quedado agotado el proceso interno y se entra en los actos externos⁵⁶³. Dos fases por las cuales fluye la determinación delictiva y su efectiva concreción típica.

563 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. III, p. 228.

En todo caso, la delimitación de la fase de resolución criminal con la propiamente ejecutiva es fundamental para establecer las zonas de punición, mediando criterios estrictos de intelección dogmática.

Se le denomina en la doctrina como *Iter-Criminis* al proceso, en parte mental y en parte físico, que va desde la decisión de cometer un delito hasta su consumación.

Este complejo proceso tiene una vertiente interna (conciencia del autor) y, una externa que se exterioriza en la realización concreta de los actos que dan lugar a la plasmación típica; únicamente esta fase es recogida por el Derecho penal para sustentar el juicio de atribución, de conformidad con el principio de ofensividad.

Las distintas etapas del «*Iter Criminis*» describen el comienzo de la creación de un peligro de lesión al bien jurídico objeto de protección hasta el momento anterior a su consumación, estadio este último que se corresponde con la denominada “Tentativa acabada”.

La resolución criminal, entonces, solo será susceptible de punición, cuando esta voluntad se manifieste en el mundo exterior, con actos que son constitutivos del inicio de ejecución del tipo legal.

Una decisión de acción, con cuya realización aún no se ha comenzado, queda simplemente impune⁵⁶⁴; las deliberaciones decisorias que no trascienden la esfera interna del agente, simplemente no son recogidas por la ley penal, conforme al principio de «ofensividad».

Nuestro sistema de punición, tiene al acto como base material fundamental, que condiciona la respuesta criminal, sin un acto que conlleve un probable estado de lesión, no hay posibilidad de sanción, pues un Derecho penal del acto lo proscribe de forma tajante.

564 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 326.



No existen para el derecho penal moderno delitos sin acción o de mera sospecha, pues él no penetra en el campo de la conciencias⁵⁶⁵.

Desde los albores del saber jurídico-penal, se determinó de forma inalterable, que los actos que no implican consumación no podían ser punibles, pues la base de imputación delictiva manifestaba una acentuada objetivización del Injusto, es decir, poniéndose mayor énfasis en la parte externa desvalorada en el disvalor del resultado. Por lo tanto, la punición del comportamiento delictivo que no supone consumación, resquebrajaría la máxima esgrimida por ULPiano "*cogitatione poena nemo patitur*" (los pensamientos no pueden ser castigados), es decir, en un Estado de Libertades, los pensamientos, las ideologías, así como el deseo o el mero propósito pertenecientes a la esfera interna de los ciudadanos, no puede ser irrumpida por el Estado a través del Derecho penal y finalmente punibles por carecer de una manifestación externa, susceptible de provocar una situación lesiva o un estado de riesgo *jurídicamente desaprobado*, en cuanto a su relación con la integridad de un bien jurídico.

Los pensamientos pertenecen a la esfera constitutiva de la persona, como paradigma de una persona libre, del basilar ius-fundamental.

En un ordenamiento de libertades, una persona es un ciudadano con derechos y deberes, quien ejerce en exclusiva la dominabilidad de su esfera interna. En opinión de BACIGALUPO, este principio no debe aplicarse a la cuestión de la propaganda política, ya que representa un acto externo y que en principio no puede constituir delito alguno en un Estado que tiene por base un pluralismo ideológico⁵⁶⁶, y, la tolerancia como sostén fundamental en un orden de

565 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal*.... cit., p. 179.

566 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*..., p. 163.



valores basado en el Estado Democrático de Derecho. Empero, la apología al delito, va más allá de una consideración política, pues cuando trata de difundir injustos que atentan contra bienes jurídicos de importancia, según el listado de valores constitucionales, se pone en riesgo los fines superiores de un orden democrático de derecho, que ameritan una protección particular por parte de la norma jurídico-penal.

Por lo general, las codificaciones punitivas, en su Parte Especial, describen los tipos legales en su estadio consumativo; empero, el interrogante, surge a partir de la premisa: ¿A partir de cuándo o de qué fase del delito se ingresa al ámbito de lo punible? Es decir, cuáles son los fundamentos que legitiman al Derecho penal sancionar conductas que aún no se han cumplimentado en todos sus elementos típicos, son finalmente los puntos de discusión en la dogmática penal, que son abordados líneas adelante.

2. *ITER-CRIMINIS*

Como se sostuvo, el «*Iter-Criminis*» comprende las distintas etapas o fases de toda actividad delictiva, en otras palabras: el umbral de la punición, en cuanto al ingreso de la conducta al ámbito de lo punible; aquel ámbito, que por su *objetiva peligrosidad*, merece ser alcanzado por una pena, siempre que se debele un sujeto infractor libre y consciente de la norma jurídico-penal.

La definición de esta institución jurídico-penal, depende de la naturaleza del injusto en cuestión; para tal efecto, resulta relevante establecer delimitaciones desde el momento en que la acción del autor ingresa al ámbito de protección del tipo y su fase de culminación (Consumación: formal y material), a fin de graduar la penalidad atribuible al sujeto pasible de imputación, tomando en cuenta los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

Constituyen cuatro etapas identificables entre sí:



2.1. Ideación (fase interna del autor)

Importa la elaboración mental delictiva, en la cual el agente concibe y planifica su resolución criminal; donde se gesta el plan delictivo, desde un plano meramente intelectual.

Se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlos⁵⁶⁷; supone el acto de resolución criminal que de manera interna se configura en la persona del autor, cuya concepción importa un acto deliberativo propuesto en el plan criminal.

En el marco de un «Derecho Penal del Acto», se prohíbe penalizar las ideas, los pensamientos y las opiniones; por no evidenciar estos lesividad material alguna —no se exteriorizan en el mundo físico—, a partir de concretos estados de lesión; *contrario sensu*, significaría la intervención del Derecho penal en una esfera de libertad del individuo que caracteriza a regímenes autoritarios, donde la libertad es restringida en márgenes intolerables.

2.2. Preparación

Debe entenderse a los «actos preparatorios», como los primeros pasos que el autor materializa de acuerdo a su ideación criminal y, en correspondencia a la naturaleza del ilícito penal que se pretende cometer.

Dicho de otro modo: constituyen las primeras acciones que el autor realiza, a fin de dar inicio al plan criminal —idealmente elaborado—, los cuales no importan generalmente de modo formal, el inicio de la ejecución típica por lo que resultan “impunes”.

567 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 163.

Fundamento de la impunidad del acto preparatorio, es el principio de reserva (*nullum crimen nulla poena sine lege*), la protección del individuo frente a la posible arbitrariedad judicial, ya que el acto no importa la violación de una norma jurídica⁵⁶⁸.

Dicho lo anterior, con el inicio de los actos preparatorios aún no se quebranta la norma penal, pues no se ingresa al radio de acción de los tipos penales, por lo que su impunidad radica esencialmente en su no contravención con la Ley.

Los actos preparatorios, entonces, se configuran con anterioridad a los actos ejecutivos. Si se define la preparación como una conducta que antecede temporal y materialmente a la verdadera ejecución típica del delito y a la tentativa correspondiente, entonces, ya conceptualmente es el estadio previo no punible (aún) del hecho punible⁵⁶⁹.

Ahora bien, la negación de la punición de los actos preparatorios, importa una cláusula general de carácter abierta, pues aparecen ciertas conveniencias político-criminales que determinan un adelantamiento de las fronteras de punición, a partir de criterios estrictamente materiales, que serán analizados renglones más adelante, pero son excepciones como apunta STRATENWERTH. Pues la acción de preparación, materialmente entendida, está en general, según su imagen de manifestación externa, en total consonancia con el ordenamiento social (...) ⁵⁷⁰.

En esta fase el autor selecciona los medios necesarios con la perspectiva ya, de dar inicio a la ejecución del delito; aquellos que según su representación son idóneos para poder concretizar exitosamente su plan criminal, cuya real efectividad solo podrá constarse

568 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal...*, p. 180.

569 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 327.

570 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 327.



en las etapas subsiguientes del *iter criminis*. El autor se procura de los medios necesarios para dar concreción efectiva a la ejecución típica, merodear el área geográfica del secuestro, la compra del arma o del veneno con el que piensa matar a su víctima, la obtención de un documento falsificado para lograr el reconocimiento de un derecho, llaves, ganzúas y cualquier otro instrumento que sirva para la ejecución del designio criminal.

Como tal, todavía no resulta un delito, formal, al cual se pudiera aplicar una pena; por una parte, porque objetivamente no es (o apenas) ofensivo, pero sobre todo, porque la permanencia en estas acciones preparatorias no manifiesta todavía un poder delictivo real de la voluntad, luego un dolo delictivo⁵⁷¹.

2.3. Ejecución

Evidencia ya el inicio formal de los actos ejecutivos, acorde con el tipo legal previsto para un determinado delito, en base al plan criminal previamente ideado.

La ejecución importa en realidad la concreción material de la resolución criminal, que media entre los actos preparatorios y la etapa consumativa; es constitutiva del emprendimiento del plan perseguido por el autor, que debe corresponder con la descripción formal del tipo legal, por lo que su determinación debe hacerse en correspondencia con el principio de legalidad.

Como lo injusto punible reside no sólo en la producción de una lesión a un bien jurídico, sino justamente en la forma de perpetración (el desvalor de la acción), que se circunscribe plásticamente en el tipo, el hacerse acreedor de pena empieza con la actividad con que el autor se pone en relación inmediata con la acción típica⁵⁷².

571 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 260.

572 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 260.



Injusto típico se desdobra en dos planes íntimamente ligado pero de singular valoración, en la medida que la iniciación del plan criminal supone ya la puesta en peligro del bien jurídico objeto de tutela, por lo que la imputación de un riesgo no permitido es constitutivo del inicio de los actos ejecutivos.

En tesis existen tipificaciones penales autónomas, cuya punición no está condicionada a la realización de resultado alguno, donde la acción agota ya de por sí la descripción legal del tipo coincide plenamente con la realización típica o, son conductas —cuya peligrosidad objetiva—, es materia de punición, por cuanto son estadios previos de lesión merecedores de pena (delitos de «peligro» o de «mera actividad»).

En el caso de los primeros, constituyen realización de expresiones injuriantes o difamantes, que no suponen materialidad alguna en la esfera corpórea del bien jurídico, dada su trascendencia intersubjetiva llevada a la personalidad humana, v. gr., injuria (art. 130°), calumnia (art. 131°) y difamación (art. 132°) y otros injustos penales que atacan bienes jurídicos *supraindividuales*.

Los actos ejecutivos deben ser considerados como: *el inicio material de la resolución criminal del autor, que da cabida a una conducta que revela una objetiva peligrosidad a la esfera de intangibilidad de un bien jurídico, una puesta en peligro concreta al interés jurídico objeto de amparo legal, que ingresa al radio de acción del tipo penal en cuestión.*

En ciertos casos, la delimitación fronteriza entre los actos ejecutivos y los actos preparatorios se muestra como de difícil interpretación. BACIGALUPO escribe que “precisar su distinción sólo tiene sentido a partir del límite trazado por el legislador ante lo punible y lo no punible, es decir, en relación a los tipos penales individuales de la ley penal”⁵⁷³.

573 BACIGALUPO. E. *Principios del Derecho Penal*. Akal Ediciones, ps. 334 y ss.



Quiere decir, con lo anotado, que su delimitación será el producto de una interpretación teleológica de los tipos penales, para así poder identificar cuando ya el inicio de la acción ingresa al ámbito de prohibición prescrito por la norma.

«Preparación» y «ejecución», como conceptos relativos, son variables subordinadas —a la postura que adopte el legislador—, para fijar el comienzo del amparo legal del bien jurídico; será a veces importante, dependiendo de la naturaleza del delito, por razones estrictamente político-criminales penalizar los actos preparatorios, cuando éstos en sí ya evidencien una suficiente peligrosidad para el interés jurídico —objeto de tutela—.

2.4. Consumación

En principio, tanto la ideación como la preparación son irrelevantes y por ende, no son punibles, dependiendo de la estructura del tipo penal en cuestión.

Las etapas que sí ingresan al ámbito de consideración punitiva, son la Ejecución y la Consumación; cuando el agente da rienda suelta a su deliberación delictiva, emprendiendo una conducta susceptible de lesionar o de poner en peligro un bien jurídico, tutelado por la norma penal.

La «Consumación» comporta la realización formal y material del tipo delictivo, comprendiendo tanto sus aspectos objetivos como subjetivos, en correspondencia plena con el plan criminal ideado por el autor, desde términos estrictos de legalidad.

La realización típica (consumación) importa la plenitud de la obra del autor, en cuanto ideación criminal que ha adquirido perfección delictiva, conforme a la descripción del tipo legal.

En los delitos de resultado la consumación coincide con la producción efectiva de una lesión al bien jurídico tutelado: la muerte

del sujeto pasivo; *contrario sensu*, en los delitos de peligro, el legislador adelanta significativamente las barreras de intervención del Derecho penal, a determinadas conductas que en sí entrañan una alta probabilidad de lesionar a un bien jurídico protegido, consumándose el tipo penal con la realización típica, sin necesidad de que se produzca resultado alguno –la ley declara la lesividad del bien jurídico a un momento anterior a la consumación fáctica–, (delito de injuria).

En algunos tipos delictivos se exige además de la realización típica (Consumación Formal), que el agente obtenga un propósito ulterior a su perfección típica, no abarcado por el dolo, a los que se denominan «Elementos del Tipo subjetivo del Injusto», v. gr., el ánimo de aprovechamiento en el hurto (art. 185°), como delito mutilado en dos actos dependientes entre sí así también la figura delictiva de Rebelión; por otro lado, se ubican aquellos tipos penales cuyo estadio consumativo no se agota en el tiempo (delitos permanentes), como el secuestro y la usurpación, donde el estadio antijurídico se prolonga de forma indefinida en el tiempo. A este estadio se le denomina «Consumación Material», «Agotamiento» o «Terminación» del delito, cuya delimitación es importante a efectos de determinar una serie de consecuencias, en cuanto al inicio de los plazos prescriptorios y las formas de participación criminal; como es sabido, una vez, perfeccionado el delito, ya no se admiten formas de *participación delictiva*, si el funcionario o servidor público, ya logró sustraer los caudales o efectos, fuera de la esfera de custodia de la Administración y, así, le entrega el dinero a sus familiares más cercanos, no resulta posible afirmar una complicidad por el delito de Peculado, sino que habría de punir dicha intervención, mediando una figura penal autónoma, en concreto por autoría por el delito de Lavado de Activos, siempre que el agente conozca o presuma la procedencia ilícita de los caudales.

De lege lata, el legislador no ha establecido normativamente, distinción alguna entre la consumación y el agotamiento del

delito, cuya delimitación es obra de la dogmática. La ley establece preponderantemente la consumación en relación a la producción del resultado lesivo, pero posterior a ella, pueden aparecer ciertas circunstancias que el legislador ha previsto como relevantes. Por consiguiente, en el caso del hurto, cuando aún no se ha alcanzado la posibilidad de obtener el aprovechamiento, aun no se ha consumado el delito, basta con una apreciación de tiempo razonable para que se pueda concretar la finalidad subjetiva y así dar por realizado plenamente el delito.

En el caso del delito de secuestro, mientras se mantenga privada la libertad del rehén, pueden admitirse formas de participación criminal, de singular aportación; mientras que, en lo que respecta a la prescripción, la ley penal ha fijado que el cómputo del plazo prescriptorio se inicia a partir del día en que cesó la permanencia (art. 82° inc. 4), cuando dejo de operar la situación de antijuridicidad.

En el caso del delito continuado, la ejecución parcial del resultado final, solo podrá dar lugar al inicio del plazo prescriptorio, cuando la prosecución criminal se encuentre ya agotada de una delincuencia fraccionada en una serie de actos, con la última actividad típica, a pesar de que cada acto independiente, entre sí, constituye de por sí una infracción formal al tipo penal, de común idea con lo prescrito en el inciso 3) del artículo 82° del CP.

Luego, en el caso de los delitos de Consumación Anticipada, que importan la trascendencia de punición, muy a pesar de no lesionar bien jurídico alguno, como son los delitos de intención, de peligro.

El tipo penal de rebelión (art. 346°), se consuma desde el momento en que se alza en armas para deponer el gobierno legalmente constituido...", no resultando necesario, pues, que se consigan dichos fines, para poder afirmar su perfección típica.

3. DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

Es autor quien tiene dominio del hecho, manifestado en una conducta de realización típica (dolo), que no necesariamente alcanza la perfección delictiva (tentativa); siendo así, el legislador ha previsto una disminución prudencial de la pena en el caso de imperfecta ejecución. Sin embargo, en algunos casos, el hecho de que la perfección delictiva (consumación) no llegue a buen puerto, puede obedecer a un acto «voluntario» del actor de no concretar el plan criminal en toda su extensión, pues de *motu proprio* se aparta de su propia resolución criminal y, decide retornar al ámbito de la legalidad. Dicha actuación positiva del autor merece una respuesta político-criminal –privilegiada–, a efecto de dispensar de pena a quien se ha desistido de consumir el injusto penal.

Importan, entonces, consideraciones político-criminales las que abonan por una abdicación de la sanción punitiva, que en definitiva, corresponden plenamente a una consideración material del injusto, definido por los criterios de «necesidad» y «merecimiento» de pena que se compaginan idealmente en los fines preventivos del Derecho penal.

Ahora bien, la impunidad no podrá darse en todos los casos, pues de ser así, se estaría renunciando ilegítimamente a los fines superiores del Derecho penal: la protección preventiva de bienes jurídicos. Por consiguiente, cuando los actos ya ejecutados son constitutivos de un tipo penal, esta conducta debe ser penalizada, v. gr., cuando desiste de ejecutar plenamente una violación sexual, los actos de violencia ejercidos sobre la esfera somática de la víctima, son constitutivos de un delito de lesiones.

El «desistimiento voluntario» debe ser entendido como una conducta que revela dos secciones: una negativa y otra positiva, quiere decir esto, que su fundamento debe partir de una valoración totalizadora de la conducta en sí; (...) objeto del enjuiciamiento

jurídico-penal no son los momentos parciales, sino todas las circunstancias relevantes del suceso completo, es decir, la acción de tentativa con inclusión del desistimiento⁵⁷⁴.

Primero, el acto inicial del autor, que emprende con su obrar la ejecución de realización típica y, segundo, la revocación implícita del autor de alcanzar la perfección delictiva; en tal medida, se manifiesta una conducta transgresora de la norma penal (inicio de los actos ejecutivos) y, luego una inequívoca voluntad de regreso al derecho, que se plasma en la no terminación de los actos que deben dar lugar a la realización típica, los cuales pueden implicar un hacer o un no hacer.

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de la exención de pena en el desistimiento voluntario? Son varias las teorías que se han propuesto a fin de dar respuesta a esta interrogante.

La primera sería la teoría del premio, atribuida a FEUERBACH, es decir, es la propia ley positiva que incentiva al autor mediante la obtención de una ventaja punitiva, a fin de que se desista de su voluntad consumativa.

Muchos autores han seguido esta posición recordando la frase de VON LISZT, de que la ley otorgaba “un puente de oro” al delincuente que se retiraba de la comisión del delito⁵⁷⁵. Pero, que es acaso el agente delictivo, un individuo que actúa sobre juicios de valor, en cuanto a las consecuencias jurídicas de su acto, de ser así ya no pensaría ni siquiera de *prima facie* en delinquir; a partir de esta teoría solo se podría privilegiar a ciertos autores, que de antemano conocían de esta permisión legal, lo cual no se condice con los fundamentos reales de esta exención de pena.

574 ROXIN, C. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, ps. 92-93.

575 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, ps. 173-174.



Por cierto, debe rechazarse cualquier postura que pretenda construir su fundamento en base a un precepto permisivo, pues de plano debe señalarse que el desistimiento no enerva la anti-juridicidad de la conducta, no constituye una actuación de por sí «lícita».

En cuanto a formar parte de la culpabilidad, para ello importa detenernos en la concepción que de ella se tenga, en tanto, una valoración que se base estrictamente en una causal de inculpabilidad, habría que rechazar. No se trata de defectos de motivación normativa, pues de ser así no se entendería cómo esta incapacidad motivadora, no haya surtido efectos en el momento en que el autor se desiste de perfeccionar el delito.

Por otro lado, otros autores atribuyen una disminución de la culpabilidad del autor. Así, WELZEL, al escribir que el verdadero sentido del privilegio al que se desiste reside en la insignificancia de su culpabilidad, que se muestra en el desistimiento⁵⁷⁶; una culpabilidad que no puede ser entendida desde una consideración puramente ontológica, sino una culpabilidad limitada por los fines de la pena, a partir de criterios de política criminal.

Como escribe ROXIN, el concepto de voluntariedad, al que se vincula la impunidad del desistimiento, hay que interpretarlo, por lo tanto, normativamente y desde luego desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena⁵⁷⁷.

De una forma sintética, STRATENWERTH señala lo siguiente: "El desistimiento voluntario atenúa sin duda el merecimiento de pena de la conducta: la culpabilidad que hay en la tentativa es anulada al menos parcialmente por el giro del autor, y es menor también la ne-

576 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 271.

577 ROXIN, C. *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, p. 95.



cesidad de fortalecer la vigencia de la norma mediante una sanción, cuando el autor mismo la ha reconocido nuevamente⁵⁷⁸.

En nuestras propias palabras: *cuando el autor se retracta de su voluntad delictiva con actos concretos, importa el decaimiento de las necesidades preventivas de la pena, que se sostienen de forma particular en la persona del autor, que se decide finalmente por el acatamiento del mandato normativo, por lo tanto el desistimiento voluntario debe ser entendido como una causa supresora personal de punibilidad, basada en el decaimiento del merecimiento de pena; en tal virtud, los partícipes no pueden beneficiarse de la exoneración de responsabilidad*⁵⁷⁹. Nos inclinamos por considerar que el desistimiento voluntario es más bien una Excusa Absolutoria.

Por otro lado, el desistimiento solo puede operar en el caso de la tentativa acabada y en la tentativa inacabada, pues en el caso del delito frustrado no puede advertirse positivamente el elemento “volitivo”, fundamento nuclear de esta causal supresora legal de punibilidad. Una tentativa fracasada se presenta cuando el autor reconoce o al menos supone que su objetivo se ha vuelto inalcanzable en el marco del hecho concreto⁵⁸⁰.

Los medios con que cuenta no resultan idóneos para alcanzar la perfección delictiva, la ganzúa no está en condiciones de poder abrir la cerradura, el dispositivo computarizado no está en posibilidad de descifrar la clave de la bóveda, se traba el seguro

578 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 354.

579 En contra BUSTOS RAMÍREZ, que la estima como una causal de atipicidad, pues aparece como un elemento negativo que elimina la intencionalidad (...); *Manual de Derecho Penal...*, p. 275., no creemos en la plausibilidad de esta posición, pues los actos iniciales que han dado lugar a la tentativa, manifiestan un dolo inequívoco de delinquir, que luego es revocada por un acto posterior, que no tiene los efectos de retrotraer sus efectos a un acto anterior; Al respecto ver STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 355.

580 ROXIN, C. *Acerca de la Tentativa en el Derecho Penal*, ps. 180-181.



del revólver o también el caso de que la víctima se vuelve inalcanzable, pues se aleja del lugar donde se encuentra la *mira* telescópica del arma del autor; en tal virtud, acontecen circunstancias ajenas a la voluntad del autor, que impiden la plasmación de la actividad típica.

Por consiguiente, si ya de por sí es imposible lograr la consumación del delito, no hay entonces posibilidad que pueda darse la voluntariedad de no seguir con el curso del plan criminal, por lo tanto el desistimiento; si el sujeto no sabe de la inidoneidad de los medios que utiliza para dar lugar a la iniciación de la ejecución típica, y así desiste, no tiene valoración alguna, pues simplemente el mero propósito de delinquir no es punible.

En cuanto a la naturaleza «voluntaria» del desistimiento, se han formulado básicamente dos teorías: 1.- Teoría psicológica y 2.- Teoría normativa; la primera de ellas alude a una especial situación psíquica del autor, que desencadena su rectificación delictiva; es voluntario cuando el autor se dice: no quiero, a pesar de que puedo; no voluntario, cuando se dice: no puedo, aunque quisiera⁵⁸¹.

En palabras de ROXIN, el desistimiento será voluntario cuando el autor haya actuado sin coacción psicológica; es en cambio involuntaria, cuando las circunstancias hayan efectuado tal fuerte presión psicológica en el autor que no pudo actuar de otra manera que desistiéndose. Quiere decir esto, que será el estado anímico del autor, que determinara la concurrencia de un desistimiento “voluntario”; tienen el problema que no queda claro cuándo realmente puede o no puede, es decir, si el miedo, la cercanía, la policía, la existencia de ruidos sospechosos, etcétera, implican ya involuntariedad⁵⁸².

581 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 272.

582 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 275.

El solo hecho de saber que una probable intervención de la policía por el lugar donde se cometerá el hecho, importa la revocación de la decisión delictiva, sin presión psicológica alguna, es que determinados delincuentes acostumbrados a delinquir, sopesan su actuación criminal a una ponderación coste-beneficio, es decir, un cálculo racional en el sentido de que los fines que se persigan sean mayores de los que pueda acarrear el ser intervenido u aprehendido por las fuerzas del orden público.

¿Qué es lo que realmente fundamenta la voluntariedad del desistimiento, la presión psicológica que determinó la revocatoria criminal o una voluntad en realidad inequívoca de desistir de la perfección delictiva? Los clásicos atracadores de los cajeros automáticos —que hoy en día se han convertido en una pesadilla para la policía nacional— planifican las sustracciones dinerarias de una forma tan inteligente, que al menor resquicio de que puedan ser intervenidos o detectados importa la inmediata revocación de la decisión delictiva de acuerdo a un criterio de maximización utilitaria y no por un retorno al Derecho; ni bien estas circunstancias son superadas, el autor renueva su decisión criminal y comete la realización típica de forma inobjetable.

El merecimiento de pena que decae de forma significativa en el desistimiento voluntario —como causa legal supresora personal de punibilidad—, no puede fundarse en criterios de racionalidad económica, que pueden provocar una coacción psicológica, sino en la manifiesta e inequívoca voluntariedad de retorno a la legalidad, en cuanto puente de enlace de comprensión comunicativo-normativa.

Recapitulando podemos decir que las razones pueden ser importantes en la medida que pueden desentrañar si efectivamente se trata de un desistimiento; lo óptimo sería que los motivos sean el reconocimiento en el ordenamiento jurídico y la fidelidad hacia el Derecho, que expresa un respeto hacia los intereses jurídicos de terceros, pero, también podría obedecer al temor fundado hacia

la sanción punitiva –incidiendo los efectos intimidantes y disuasorios de la pena—. El primero de los fundamentos hace alusión a la prevención general positiva o integradora propuesta por las teorías funcionalistas sistémicas como fin del Derecho penal, mientras que la segunda se remite a la prevención general negativa o coaccionadora que inspira en el terror penal a la sanción. Todos estos aspectos deberán ser objeto de valoración por el Juzgador al momento de la determinación judicial de la pena.

Conforme lo anotado, el «desistimiento voluntario» (arrepentimiento activo), consiste en dos actos enlazados entre sí: a) El desistimiento voluntario de continuar con los actos ejecutivos de la acción típica; y, b) Cuando impide que se produzca el resultado mediante actos positivos. Para que proceda la impunidad se requiere la presencia copulativa de dos presupuestos: Voluntariedad e impedimento de la consumación.

3.1. El Desistimiento en la Tentativa Inacabada

En la tentativa inacabada el autor aún no ha realizado todo los actos, que según su plan criminal, eran necesarios para alcanzar la realización típica, y por determinadas circunstancias el autor no los pudo completar. La tentativa no es acabada, dice BACIGALUPO, cuando según el plan del autor el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y en el momento en que se la considera, restan todavía por cumplir actos necesarios para que se pueda producir el resultado⁵⁸³. Lo que cuenta, en todo caso, es la representación que el autor tiene sobre su conducta; si él estima ya que ha cumplido con todos los pasos necesarios para lograr la perfección delictiva, será entonces una tentativa acabada⁵⁸⁴.

583 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 175.

584 ASÍ, WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 274.



La interrupción de los actos que dan lugar a la realización típica, por eventos circunstanciales, sea porque la víctima advirtió el hecho o porque fue defectuoso el medio de ejecución, no será constitutivo de una tentativa inacabada sino de un delito frustrado. La esposa –cansada de los maltratos del marido– quien desea su muerte, y en dicho orden ha decidido envenenarlo diariamente con una determinada cantidad de una sustancia, no habiendo suministrado la dosis necesaria para que se cumpla a cabalidad su plan criminal.

En este caso, no bastará que la mujer se desista de seguir suministrando la dosis de veneno a su marido, sino se necesita de actos positivos conducentes a evitar el resultado lesivo, primero dando conocimiento de este hecho a la víctima, y luego avisando a un doctor para que se le realice el tratamiento médico que diera lugar. Y es que cuando el autor solamente cuenta con la posibilidad de que únicamente esfuerzos activos de rescate puedan salvar la vida de la víctima, debe esperarse de él estas prestaciones⁵⁸⁵; si estas prestaciones no fueron lo suficientemente idóneas para evitar el resultado lesivo, ora por su tardanza, ora por eventos extraños (inmunológicos), de todas maneras podrá apreciarse la eximente, tal vez ya no de forma completa.

3.2. El Desistimiento en la Tentativa Acabada

En la «tentativa acabada», el autor según su representación mental, ha realizado todos los pasos necesarios, para que su plan criminal se concrete materialmente, esto es, se han agotado conductivamente todos los elementos que dan lugar a la realización típica.

Bajo esta hipótesis, el agente ha suministrado todo el veneno necesario en las dosis que ha suministrado en los alimentos de

585 ROXIN, C. *Acerca de la Tentativa en el Derecho Penal*. p. 185.

la víctima, para que este fallezca; ha colocado ya la bomba en el vehículo de su víctima para que explote a la hora determinada, ha convencido plenamente a la víctima del error en la estafa para que desplace su patrimonio a su esfera de custodia.

Por consiguiente, la consumación del delito está condicionada a un mero factor causal o a una mera cuestión temporal; de manera, que para que opere el desistimiento en la tentativa acabada, las exigencias deben ser mayores, pues el plan criminal ha sido ejecutado a cabalidad.

La exigencia sería la siguiente: que el autor impida por los medios a su alcance la producción del resultado⁵⁸⁶; para ello deberá tomarse en consideración los medios con que contaba el autor para poder impedir el resultado, y así, poder medir con objetividad los esfuerzos desplegados por su parte, para evitar un estado de lesión al bien jurídico. Y la ley no exige más que un impedir⁵⁸⁷.

Lo que se puede exigir es, solamente, que pueda serle imputado a él, como su obra, la falta de consumación al hecho⁵⁸⁸.

Por lo expuesto, en los ejemplos citados, el autor debe evitar que la víctima fallezca del envenenamiento, primero avisando a la víctima del hecho, solicitando auxilio médico de inmediato al nosocomio más cercano, etc.; en el segundo caso, evitando que la bomba explote, desactivándola, llamando a la unidad especializada de la policía, pero no bastará de ningún modo, que le avise de este hecho a la víctima a su celular, cuando está por ingresar al vehículo, podía considerarse como el aseguramiento de su ejecución y, finalmente, en el tercer ejemplo, cuando advierte a la

586 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 176.

587 ROXIN, C. *Acerca de la Tentativa en el Derecho Penal*, p. 189.

588 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*, p. 364.



víctima del error, que las circunstancias que lo ha determinado a suscribir el negocio jurídico no se corresponden a la realidad; si el desplazamiento patrimonial no se produce por una mayor diligencia de la víctima, no se admitiría el desistimiento, en tanto no ha provenido de una conducta positiva realizada por el autor; la impunidad presupone, en principio, la propia acción del autor⁵⁸⁹. Si a pesar de sus esfuerzos en esa dirección no logra evitar el resultado, será punible por delito consumado⁵⁹⁰; empero, si la producción del resultado lesivo obedece a un factor causal que adelanta el resultado de forma premeditada o negligentemente, sí podrá tener efectos de exención de responsabilidad el desistimiento o al menos atenuativos, por ejemplo, si llegada la víctima al hospital, se produce una intervención médica en inobservancia de la *lex artis*, etc.

Por otro lado, solo puede haber desistimiento voluntario hasta que el hecho sea descubierto⁵⁹¹; pues si la conducta del autor, dirigida a la evitación del resultado, obedece a una aprehensión inminente, el desistimiento no será “voluntario”.

3.3. Impunidad del Desistimiento

La exención de pena del Desistimiento Voluntario recae únicamente a la persona que:

- a) Impidiendo el resultado y,
- b) Esforzándose seriamente por impedir la consumación, aunque los otros partícipes continúen con su ejecución y/o consumación.

589 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 294.

590 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*, p. 364.

591 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 177.



3.4. Incomunicabilidad del desistimiento voluntario a otros participantes

Conforme lo sostenido —líneas atrás—, el desistimiento voluntario importa una «causa supresora de punibilidad», basada en una circunstancia estrictamente personal (excusa absolutoria), cuyo fundamento político-criminal impide que la exención de pena sea transmitida o mejor dicho comunicada al resto de participantes del evento delictivo, tal como se desprende a partir de una interpretación sistemática con el artículo 26° del CP; al tratarse de causas que se fundan en el juicio de imputación individual, no resulta posible que los demás intervinientes se beneficien de la exoneración de responsabilidad.

Por ser una causa estrictamente personal de exclusión de pena, se extiende únicamente a la persona individualmente considerada; así es de verse del contenido normativo del artículo 19° del CP - “Desistimiento en coparticipación”; por tales motivos, solo el autor que despliega seriamente, actos positivos dirigidos a evitar la producción del resultado lesivo, puede invocar el desistimiento voluntario; claro está, que en el caso de tratarse de varios autores, cada uno de ellos puede desistirse voluntariamente, a partir de actos concretos, encaminados a evitar el resultado lesivo.

4. IMPUNIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE

El «delito imposible» se configura cuando el autor, da inicio a los actos ejecutivos, que según su representación mental, deben dar lugar a la perfección delictiva, pero dicho plan criminal estaba desde un principio, destinado al fracaso, sea por que los medios a utilizar no eran aptos para dicha consecución o por que el objeto sobre el cual recae la acción no está en condiciones de ser lesionado; en otras palabras dicho, los elementos a emplear por el autor, no resultan idóneos para poder generar una real afectación a un bien jurídico o de colocarlo en una verdadera situación de peligro.



A esta figura se le denomina “tentativa imposible” o “delito imposible”, consideramos esta última terminología más adecuada, pues engloba su naturaleza en toda su extensión⁵⁹².

Característica esencial del delito imposible es el error sobre la idoneidad de la acción para obtener un efecto criminoso⁵⁹³.

Partiendo de consideraciones –arraigadas en concepciones marcadamente subjetivistas– impuestas por los partidarios de la teoría de la impresión, se concebía como legítimo punir el delito imposible, por considerar que ya esta acción –a pesar de no contar con los elementos suficientes (sea el medio empleado o el objeto de protección)–, para poder poner en peligro o lesionar un bien jurídico protegido, ya se encontraba desvalorada por el orden social, en virtud de que ya evidenciaba una desautorización a la vigencia misma de la norma, esto es, de contravenir con el sano sentimiento del pueblo, en cuanto a los valores que se derivan de aquel; “quebranta la realidad del derecho como poder espiritual”, es “intolerable para el derecho como poder conformador del orden” o pone “en peligro el general orden público”⁵⁹⁴.

Sin embargo, desde una perspectiva política criminal acorde con un “Derecho Penal del hecho” no de la “Tendencia Interna” del autor, en concordancia con la legislación comparada, se prescribió como no punible la Tentativa (absolutamente) Inidónea tanto por el medio como por el objeto (art. 17° del CP), ratificado por la doctrina de forma mayoritaria; tomando como base los principios ordenadores del *ius puniendi* en un orden democrático de derecho, donde la punición está condicionada a la producción de un estado de lesión o concreto de peligro, que se condice con el principio de lesividad u

592 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 604.

593 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal...*, p. 189.

594 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 279.

ofensividad, materialidad que se sujeta a la efectiva protección de bienes jurídicos, no a estados peligrosos de subjetividad, no es posible concretar de ninguna forma el disvalor del resultado.

Dicho lo anterior, se proscribe la posibilidad de punir resoluciones delictivas que no son aptas de configurar un estado de cosas desvalorado por el orden jurídico-penal, pues estaríamos penando las ideas internas, reñido de forma rayana en un orden donde impera la seguridad y la racionalidad.

Nuestro derecho positivo se ha inclinado entonces por conferir a la fórmula comprendida en el artículo 17°, una naturaleza objetiva, a la imposibilidad de penar de plano, la tentativa imposible («absolutamente inidónea»).

4.1. Fundamento

Por lo expuesto, se excluyen del ámbito de punición, las tentativas supersticiosas, en las que el autor recurre a las fuerzas sobrenaturales o en las que se dirige contra objetos sobrenaturales; ambos despropósitos no ingresan *per se* al ámbito de protección de la norma, asimismo, los basados en conocimientos logrados a partir de una fuente, en principio inadecuada: sueño, sentimiento intuitivo, sugestión, etc., cuya inconsistencia para transformarse en un estado de cosas desvalorado, reposa en su propia naturaleza.

Lo decisivo en todo caso es averiguar si el autor obró según un juicio racional, es decir, expresando con su accionar un proceder que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma.

En el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, solo deben penalizarse aquellos actos que objetivamente están en la capacidad de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, en consecuencia, se descarta la punición de la tentativa absolutamente inidónea, de conforme cualquier codificación punitiva que pretenda ser democrática.



4.2. Variantes del delito imposible

Previstas y contenidas en el artículo 17° del texto punitivo.

a. *Por impropiedad del medio*

Un medio resulta «inidóneo», cuando carece de una efectiva potencialidad para poder producir un resultado lesivo, o sea, que el poder que posee el medio es insuficiente para lograr el resultado, sea porque de antemano el autor no eligió bien el medio o simplemente éste devino en ineficaz al momento de dar inicio a la ejecución delictiva.

La calificación de la eficacia dependerá de la naturaleza y características especiales que presente el medio; los casos de inidoneidad de los medios suelen ejemplificarse con el supuesto de que, con el propósito de matar, da azúcar a otro en la creencia de que se trata de un veneno⁵⁹⁵.

Así también, quien pretende matar a su víctima con una pistola de fogeo, pero, sí advierte su idoneidad como objeto contundente, y así lo utiliza para ultimar a su víctima, no será constitutivo de un delito imposible. Otros ejemplos serían: un vaso de agua azucarada puede resultar letal para un diabético; una sobredosis de fármacos puede ser fatal para un paciente alérgico a determinadas sustancias; determinadas vitaminas y estimulantes pueden ser fatales para quien padece de insuficiencia cardiaca; quien pretende estafar con medios de mercadotecnia completamente burdos, en cuanto a su inidoneidad para inducir a error a cualquier ciudadano, si es ya un incapaz de discernimiento sería una autoría mediata de hurto; la embarazada que intenta interrumpir el fruto de la gestación con medios caseros ya de por sí inidóneos.

595 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 172.

En resumidas cuentas, dependerá de la situación real en concreto y de los conocimientos especiales que sobre ella tenga el sujeto actuante.

b. Por impropiedad del objeto

Bajo esta hipótesis, no es el medio que impide la realización delictiva, sino el objeto –que por diversos motivos– se muestra inapropiado para que el autor alcance su designio criminal; aquellos en que el objeto de la acción falta totalmente⁵⁹⁶.

El agente trata de cometer el delito contra un objeto cuya naturaleza muestra como imposible la consumación por no detentar la suficiente potencialidad para poder lesionar al bien jurídico.

Ejemplo: Disparar sobre un cadáver, acceder carnalmente con una persona ya fallecida⁵⁹⁷, tratar de lesionar un maniquí, pretender abortar cuando el feto ya no está vivo, ejercer tocamientos indebidos –con consentimiento– sobre una persona, pensando que tiene menos de 18 años (actos contra el pudor), etc.

c. Sujeto inidóneo

En este caso, el autor pretende quebrantar un bien jurídico, cuya naturaleza jurídica le resulta imposible lesionar, pues determinados tipos penales suponen la infracción de un deber personal que se basa en el ejercicio de una determinada actuación pública.

En el ámbito de los delitos contra la Administración Pública (Capítulos II y ss. del Título XVIII), se exige una especial cualidad en la persona del autor, a fin de realizar objetivamente el tipo penal;

⁵⁹⁶ BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 172.

⁵⁹⁷ Dicha conducción, no obstante, puede ser conducida a la tipificación penal contenida en el artículo 318° del CP.



solo el *intraneus*, sobre quien recae un determinado deber de Garante sobre el bien (*objeto material del delito*), puede ser sujeto de punición a título de autor; el particular (*extraneus*) no puede ser autor, a lo más partícipe de un delito especial propio; la infracción de los deberes *funcionariales*, es lo que sostiene, en principio, el fundamento material del injusto.

Si el autor actúa en la suposición errónea de poseer esa calificación, resulta otra especie de tentativa (como regla general, ni peligrosa)⁵⁹⁸; por lo que dice sería un delito putativo⁵⁹⁹.

La suposición de un deber es, en realidad, la suposición de una antijuridicidad que no existe y, por lo tanto, es la suposición de un delito que no existe⁶⁰⁰; v. gr., el caso del tipo penal del art. 376° (Abuso de autoridad), cuando el autor emite una resolución injusta», en términos de nuestra *lege lata* «arbitraria», pese a no ejercer el cargo funcional, sin embargo, podría darse la hipótesis delictiva prevista en la primera modalidad del artículo 361° (Usurpación de funciones).

La autoría, en este caso, se basa en una cualidad personal de quien asume una función pública, no se trata entonces, de un elemento fáctico del tipo, por lo que cualquiera podría incurrir en él, sino en un deber personal que solo puede ser contravenido por el *intraneus*; de tal modo que la impunidad es indiscutible, a menos que se pueda incurrir en un delito común.

5. DELITO PUTATIVO

Consiste en la realización de un hecho no penado por la ley, el autor comete un hecho que no se encuentra vedado por el

598 STRATENWERTH G. *Derecho Penal...*, p. 350.

599 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 269.

600 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 171.

ordenamiento jurídico, por tanto, no hay posibilidad de tipicidad penal, menos de antijuridicidad; no es un error de tipo, sino un delito putativo.

Supone la creencia errónea de que está prohibido penalmente lo que no está catalogado en la ley penal como tal; en virtud de los efectos irradiantes del Principio de Legalidad son actos impunes. Lo mismo sucede en los casos de tentativa supersticiosa, el sujeto cree que traspasando una foto de su enemigo con el alfiler lo va a matar, hay un error también sobre un elemento del tipo, esto es, sobre el concepto de matar⁶⁰¹.

En definitiva, realizar una conducta que no se encuentra revestida de una desvaloración penalmente antijurídica, puede ser punible, pues no hay posibilidad de un estado de lesión, reprochable por el Derecho penal; pueden ser constitutivo acciones u omisiones que se encuentran despenalizadas, como: el adulterio, el duelo o el homosexualismo.

601 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 279.

¿HASTA QUE FASE DEL *ITER-CRIMINIS* SE ADMITE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA PUNIBLE? ENTRE LA PUNICIÓN POR COMPLICIDAD O AUTORÍA POR DELITO SUBSIGUIENTE AUTÓNOMO, A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Sobre el *Iter Criminis* (el ámbito de la punible), la Corte Suprema en el R.N. N° 2528-2010-Junín (**Fundamento destacado: Quinto**), se señala: Que, para efectos de resolver lo que es materia de pronunciamiento, debemos indicar lo siguiente: **i)** respecto al *iter criminis* o itinerario del delito; que el proceso de un delito comprende la fase interna; constituida por la ideación, esto es, el proceso mental del sujeto que termina con la toma de decisión de cometer el delito (no punible); y, la fase externa; constituida por: a) los actos preparatorios (el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para lograr el fin que se propone –conducta que generalmente es atípica y en consecuencia impune–); b) ejecución (el agente empieza a utilizar los medios previstos para lograr cometer su plan delictivo –aquí se presenta la tentativa–); c) consumación (se verifica la realización completa de todos los elementos del tipo penal); y, d) agotamiento (el agente logra satisfacer fines específicos); y, **ii)** respecto a la tentativa, que esta se presenta cuando el agente empieza la fase ejecutiva del delito, sin consumarlo, ya sea por causas voluntarias o extrañas a él.

En resumida cuentas diremos, que se identifica un faz interna (ideación, resolución y deliberación), y una faz externa, que se



exterioriza en el mundo fenoménico (preparación, tentativa y consumación) —en ciertos casos su agotamiento; el camino al delito, que desde una perspectiva de política criminal ha ido cada vez más adelantando las barreras de punición, más allá de un Derecho penal del acto con una Culpabilidad por el acto, propiamente al penalizarse actos típicamente preparatorios (posesión de insumos fiscalizados, cultivo de la hoja de coca y cannabis sativa, reglaje o marcaje, posesión de dragas para realización de minería ilegal así como la conspiración y proposición a delinquir en el caos del delito de Sicariato, ya reglado en el caso de la Rebelión y la Sedición; piénsese también los supuestos de Acoso y Chantaje sexual); la incorporación ya de forma expresa de estas tipificaciones penales en el catálogo delictivo, importa la necesidad de delimitar su operatividad aplicativa, en la medida que su realización por parte del agente, puede implicar en algunos casos ya el inicio del delito de mayor progresividad delictual.

De manera, que el proceso de subsunción típica dependerá no solo de una mirada objetiva del comportamiento —en sí— atribuido al agente, sino también desde un aspecto subjetivo, en el sentido de su propósito delictual; v. gr., si ya el autor es visto con la intención de acceder carnalmente a su víctima, o ya del reglaje que es objeto el sujeto pasivo, está encaminada su conducta o privarlo de su libertad o a despojarlo mediando violencia de sus pertenencias. Esta progresividad delictual pues, define un probable conflicto aparente de normas, ante una conducta que va adquiriendo mayor dosis de lesividad material en la línea de tiempo, esto es desde que la va tocando en los órganos genitales hasta propiamente toma lugar la penetración (parcial y/o total); asimismo, la privación temporal de la libertad de la ofendida, a fin de que el autor de la violación sexual pueda dar rienda suelta a su apetito sexual. Vemos que en este caso, como aquel que acecha de manera frecuente y sistemática a la víctima, para llevar a cabo con ella actos de connotación sexual; si es que en esa misma frecuencia de tiempo, logra tal cometido, claro está sin consentimiento de la

misma, estará incurso solo en el delito de Violación sexual o Actos contra el pudor, a menos que se haya escenificado los hechos en tiempos distintos, pudiendo incidir en un Concurso delictivo, que en estos casos sería “real”.

La fase externa; en cuanto a los actos preparatorios, ya refiere a todos aquellos actos que realiza el agente, para hacerse de los medios, instrumentos, insumos, información, etc., que deben ser aptos e idóneos para que aquel pueda dar inicio a los actos ejecutivos, es como decirse hacerse de los medios (el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para lograr el fin que se propone—conducta que generalmente es atípica y en consecuencia impune—) y así adquiere la perfección delictiva, propiamente la consumación, visto con la lesión del bien jurídico—penalmente tutelado—. Una vez dicho estadio y se adquiere formas sobrevinientes de cierto grado de desvalor, al margen del llamado “agotamiento”, pueden darse tipificaciones penales autónomas, sea en vía de autoría o de participación delictiva.

— Conceptos Preliminares

En el escenario delictivo participan protagonistas principales y protagonistas secundarios; los primeros serán todos aquellos que tienen en sus manos decidir si se comete o no el delito, no solo por nacer en ellos el plan criminal, sino por realizar la conducta que exige el tipo penal para la realización típica. Son aquellos que tienen el “señorío del hecho”, el dominio total del suceso delictivo, por lo que ellos son “autores” (art. 23° del CP, quien dispara el gatillo, accede carnalmente a la víctima, arrebatata el bien mueble del sujeto pasivo, funcionario perceptor se apropia caudales públicos, etc.).

No obstante debe decirse que en casos de bandas y organizaciones criminales, puede que aquellos que tienen el dominio y control de la ejecución de los delitos que cometen los miembros de la

esfera más baja de la estructura criminal sean verdaderos “autores” (coautoría no ejecutiva).

¿En qué fase del *iter criminis* es la participación delictiva “punible”? El delito es un fenómeno social de relevancia jurídica, que adquiere diversas adscripciones criminológicas, en una sociedad de bastante dinamismo e incesante interacción ciudadana, donde la inseguridad que cunde en todo lo ancho y largo de nuestra geografía nacional da cuenta de la comisión de delitos de toda especie y naturaleza (sociedad de sujetos pasivos)

Entonces si la comisión de un delito puede ser obra de una pluralidad de personas, es labor irrenunciable de la dogmática jurídico penal identificar el grado de responsabilidad de todos sus intervinientes con arreglo a la institución de “autoría y participación”, lo cual adquiere sintonía con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, que requieren ser rigurosamente analizado a la luz del proceso de determinación e individualización de la pena con arreglo al principio de imputación necesaria.

Delitos, cuya perpetración puede involucrar a una o más personas, la notable incidencia criminológica de nuestros tiempos da cuenta pues del fenómeno de la asociación y la corporación delictiva, en tal medida podemos decir que en la mayoría de casos el hecho punible es obra de la intervención de una pluralidad de agentes; mientras que uno cogotea a la víctima, otra se apropia de sus prendas y otro hace de campana, uno que contrata al sicario para que elimine a su enemigo y el que acepta el trato y dispara el arma de fuego dando muerte al sujeto pasivo; así quienes se encargan de confeccionar las bases de la licitación a imagen y semejanza de una determinada empresa y aquellos que se coluden directamente con los representantes de la persona jurídica para afectar el patrimonio del Estado o aquellos que proveen de municiones y armas a organizaciones subversivas con quienes ejecutan los más graves atentados terroristas, etc.

1. CONCEPTO DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN - DIFERENCIACIÓN

Nuestro sistema de punición, se rige bajo un concepto restrictivo de autor, esto quiere decir, que a parte del autor, se identifican a otros intervinientes, que al resultar marginal y/o accesoria su participación, son calificados como “cómplices”; y ello es, así en tanto y en cuanto el dominio del hecho sólo lo tiene el autor, pues en sus manos está la posibilidad de que el plan criminal pueda o no adquirir concreción material. Dicho dominio del evento típico, le permite al autor, frustrar en cualquier momento la realización típica; potestad que no cuenta el partícipe (cómplice). Siendo así, se distingue el autor del cómplice, por dos elementos a destacar: -primero, que la contribución objetiva al hecho, la presta el autor necesariamente en la etapa ejecutiva del delito, mientras que el cómplice la efectúa en la etapa preparatoria y/o ejecutiva del delito y, segundo, el hecho delictivo como tal le pertenece al autor, por lo que la intervención del cómplice es accesoria⁶⁰² y dependiente de aquel. El injusto penal se le atribuye al autor, al cual el cómplice coadyuva y/o colabora, para que éste pueda exteriorizarse en el mundo fenoménico. Por mor puede decirse, que la participación significa dependencia del hecho de partícipe al hecho del autor, y este nexo de dependencia es el que permite hablar, precisamente, de la naturaleza accesoria de la participación⁶⁰³.

Así, como siempre habrá un autor (coautores) intervienen en el escenario delictivo otras personas, que no tienen el dominio del hecho, no son los que tienen en sus manos decidir si se comete o no el hecho punible, pero igual colaboran, coadyuvan, brindan auxilio al autor del delito para que este pueda perfeccionarlo, esto es para que este pueda lograr su consumación. En los Fundamentos 34 y 35 de la STC N° 1805-2005-HC/TC, sobre la distinción de dice

602 Así, STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General*, I, cit., ps. 415-416.

603 PÉREZ ALONSO, E. J. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 729.



lo siguiente: “(...) es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución. En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho”. PEÑA CABRERA apunta que los instigadores y cómplices reciben el nombre de partícipes (en sentido estricto) debido al carácter accesorio de sus acciones en relación con los autores y coautores que reciben el nombre de ejecutores directos por cuanto realizan la acción delictiva directamente⁶⁰⁴; llevada dicha idea a las siguientes palabras: *autor será por lo general aquel que emprende de forma personal el injusto penal, cabiendo una instrumentalización del ejecutor inmediato, cuando el hombre de atrás ejerce una suerte de dominio sobre el curso causal del evento típico.*

Este aporte dígame colaboración, si es de carácter esencial se llamara “complicidad primaria”, mientras aquellas contribuciones, no esenciales para la realización del delito se denomina “complicidad secundaria”. Son tres las características fundamentales de la participación delictiva: accesoriedad, complementariedad y dependencia; el injusto penal pertenece pues al autor. Siendo que su punición está condicionada al dolo del cómplice (primario o secundario (art. 25° de la PG del CP). Visto ello siguientes ejemplos: - Pedro le presta su arma a Juan para que este mate a su padre Ricardo, aquel

le entrega la llave del cuarto a quien sabe a ultrajara sexualmente adolescente, el agente que se limita y así queda delimitado su rol a permitir la huida de quienes se han apropiado de celulares ajenos, los representantes de las personas jurídicas que se coluden con los miembros del Comité de Selección de una entidad estatal para defraudar el patrimonio estatal. A decir de la Sala Penal Permanente en la CASACIÓN N° 367-2011-Lambayeque (Fundamento 3.9): *“La complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito”*.

Claro está, que un Derecho penal del acto afín a una Culpa-bilidad por el acto, exige que la responsabilidad se afinque en la realización de una conducta, de acometer un acto de relevancia jurídico penal, al margen de lo que se concibe por apología al delito y la conspiración. A nuestro entender un apoyo psicológico al autor, sin que se plasme en un acto concreto no es punible, al margen de lo que debe entenderse por una verdadera instigación delictiva (art. 24° del PG del CP). Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos [....]. El partícipe colabora, ayuda, coadyuva al autor, para que éste último pueda ejecutar la conducta típica.

Se ha postulado en sectores doctrinales que aquel agente que interviene la etapa ejecutiva del delito, ha de ser necesariamente un coautor, lo que no siempre es así, dependerá pues si puede establecerse si tenía el co-dominio del hecho; aquel que solo es reclutado por una gavilla de delincuentes para distraer a las víctimas y así estos arrebatables sus pertenencias. Eso sí, es huelga sostener que quien interviene en la etapa preparatoria difícilmente puede ser considerado autor a menos que estemos ante el caso de organizaciones criminales de cierto calado.



Estando a lo anterior, resulta fundamental establecer en que etapa del «iter criminis», puede tomar lugar una participación (complicidad) delictiva punible; así también, descartar la relevancia jurídico penal de aquellas conductas socialmente adecuadas, neutras o dígame estereotipadas, si bien vinculadas a la realización de un delito, debe negarse su tipicidad al expresar un acto admitido y tolerado por el Derecho, con los matices que ello significa en la mácula constructora de la teoría del delito. Tenemos así, las diversas etapas: - preparatoria, ejecutiva y la consumación (en algunos casos puede resultar importante el agotamiento del delito). Una decisión de acción, con cuya realización aún no se ha comenzado, queda simplemente impune⁶⁰⁵; las deliberaciones decisorias que no trascienden la esfera interna del agente, simplemente no son recogidas por la ley penal, conforme al principio de «ofensividad».

Véase aquellos dos maleantes que están siendo perseguidos por la policía por haber asesinado a varias personas durante el robo de un banco, deciden enfrentarse a los custodios del orden, pero una vez encimados por el contingente policial, uno de ellos decide rendirse mientras el otro empieza a disparar su arma de fuego contra los miembros de la PNP.

2. DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA PUNIBLE

Habiendo sostenido que la participación delictiva (complicidad) solo puede tomar lugar en la etapa preparatoria y ejecutiva del delito, quiere decir algo muy importante, que una vez que el delito ya se consumó, ya no se admiten formas de participación delictiva punible (agotamiento impune por el delito cometido, empero puede dar cuenta de la configuración de otro delito: receptación, encubrimiento y lavado de activos).

605 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, cit., p. 326.

Siendo esto así, diríamos que la intervención punible del cómplice ha de tomar lugar generalmente-, en la etapa preparatoria del delito, proveyendo al autor de los insumos, instrumentos, información u otros medios para que este pueda perfeccionar el delito, es decir, lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicos tutelados por la ley penal; no solo debe actuar transgrediendo ciertas normas, sino a la par debe ser consciente de ello (v. gr., quien le entrega al vecino un arma de fuego para que este mate a su esposa, complicidad en el delito de feminicidio o parricidio). En el tipo subjetivo del injusto, basta el dolo eventual, lo que define si estamos o no ante una conducta neutra (inocua). Vender un carro a un joven alocado se sabe es imprudente manejando, no es complicidad delito de homicidio si este atropella a un transeúnte de forma dolosa. De manera, que labor esencial del operador jurídico es establecer con toda rigurosidad cuando se consumó el hecho punible, lo cual dependerá de la naturaleza jurídica de la figura delictiva en cuestión. Así, también la asesoría del abogado de transparentar ante su cliente la forma de como se cometen ciertos delitos financieros y tributarios, no será pues cómplice o instigador si la información prestada es empleada por el cliente para acometer un fraude a la hacienda pública.

Así, vemos que en la Casación 581-2015-Piura, sobre la complicidad en los delitos de parricidio y feminicidio que el cómplice presta auxilio al autor para “la realización del hecho punible”, de la cual se extrae la siguiente consecuencia: el “auxilio” del cómplice tiene que ser previo a la consumación. Postura dogmática similar la observamos en la Casación 661-2016-Piura (fundamento 19), citando doctrina especializada (García Caveró), se indica que *las acciones que puede realizar un sujeto a fin de ser considerado cómplice primario o secundario- son acciones anteriores o simultáneo a la comisión del hecho delictivo perpetrado por el autor. En este sentido, las acciones posteriores a la comisión del delito pese*



a ser reprochables no pueden ser considerados parte del delito precedente. En el AP N° 3-2010, la Corte Suprema dice lo siguiente: “Conforme a la doctrina especializada cabe declarar la atipicidad o la justificación de los casos representativos de negocios estándar o conductas neutras. En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Por ejemplo, VIDALES RODRIGUEZ, analizando la situación de los abogados, afirma que *la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se limite a la realización de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica.* En cambio, si ella se expresa en una asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos: *“La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio legítimo de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales”* [Cfr. Catalina VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 122].

A decir de JAKOBS, “no todo es asunto de todos, pues el Derecho Penal no puede estabilizar como expectativa respecto del comportamiento de otros que nade le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo”⁶⁰⁶; una consideración en contrario, importaría prohibir de plano una serie de actuaciones sociales, que de plano paralizarían el normal desenvolvimiento de toda sociedad. Como se expone en la doctrina, si alguien se comporta conforme a las prescripciones de su rol, no puede ser responsable de los enlaces delictivos que

606 JAKOBS, G. *La Prohibición de Regreso*, cit., p. 125.

a su conducta inocua hagan terceros. Así, el carácter conjunto (en tanto dicha conjunción sea «de facto») de una conducta que no puede convertir dicha conducta inocua en un quebrantamiento del rol. Llevado el comportamiento conforme al rol, se produce una desvinculación de éste con respecto a las conductas de terceros, de modo que no se puede «regresar» a dicha conducta para adscribir responsabilidad (Prohibición de regreso)⁶⁰⁷. Se produce una desvinculación entre el acto anterior con la actuación posterior, de quien emplea la primigenia contribución, para la realización de un hecho delictivo.

Así tenemos los delitos de resultado como el homicidio, el asesinato, la estafa, de colusión ilegal (modalidad agravada), etc., cuya consumación requiere que se alcance la muerte, la afectación del acervo patrimonial de la víctima así como la lesión al patrimonio estatal respectivamente. Mientras que los delitos de consumación instantánea, omisión de socorro, injuria⁶⁰⁸, calumnia, colusión ilegal (modalidad simple), así los tipos penales de peligro (conducción bajo la influencia de alcohol o sustancias psicotrópicas.

607 PIÑA ROCHEFORT, J. I. *Rol social e Imputación Objetiva*, cit., p. 424.

608 Delitos muy en boga en la actualidad, dada la coyuntura que atraviesa nuestra sociedad, donde no pocos agentes (funcionarios públicos o particulares), no escatiman esfuerzos para enlodar honras ajenas de forma temeraria, de manera dolosa, pues saben perfectamente que están imputando hechos que la otra persona no ha cometido (aprovechando el apoyo de sectores mediáticos parcializados de la sociedad), pero igual proceden de esta forma repudiable y desdeñable desde un orden jurídico que tiene al honor, la reputación y el prestigio como sus valores esenciales, que dimanan desde un punto de vista ontológico y son recogidos normativamente, vinculados al concepto de dignidad humana. Cuando este delito ("injuria"), es cometido a través de los medios de comunicación, extendiendo a un mayor número de personas la frase peyorativa o dígame la atribución de hechos falsos, llámese difamación, que en términos normativos del artículo 132° del CP, define una represión más severa; Vide, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Delitos contra el Honor y su conflicto con el derecho a la información y la libertad de expresión*. Gaceta Jurídica, Lima, 2018.



3. INTERVENCIÓN POST CONSUMATIVA - ¿AUTORÍA DELITO AUTÓNOMO?

En tal sentido, una vez que la víctima murió y recién en ese momento interviene un tercero ocultando el cadáver o el arma homicida, responderá por el delito de encubrimiento real (a menos que tenga una vinculación muy próxima con el autor del delito previo - excusa absolutoria); así, si este tercero se encarga de negociar el bien mueble objeto de un hurto en el mercado negro, habrá de responder como autor del delito de receptación. Una vez que el funcionario o servidor público logro logró incrementar su patrimonio producto del aprovechamiento del cargo público y un tercero lo que hace es colocar u transferir, adquirir bienes inmuebles con activos de procedencia ilícita, ha de responder como autor del delito de lavado de activos, siempre que concurren los elementos objetivos y subjetivos de los primeros articulados del Decreto Legislativo N° 1106. Así, en el RN N° 1051-2011-Lima: *“La participación del extra-neus que se presente con posterioridad a los hechos de enriquecimiento ilícito y que consista en actos de ocultación del patrimonio ilícito del agente especial –v. gr. cuando se coloca a terceros como propietarios de bienes muebles o inmuebles provenientes del delito– no constituyen actos de complicidad o de colaboración para la ejecución, pues el delito ya se consumó. En todo caso, esta aportación posterior configurara un delito autónomo independiente de receptación, encubrimiento o lavado de activos, según sea el caso”*⁶⁰⁹.

Excepción a la regla anotada, en cuanto a la data temporal de la participación delictiva punible en los débitos de resultado y consumación instantánea, es el delito permanente, en el cual, el estado antijurídico se prolonga a efectos de la acción u omisión atribuible a la esfera de organización personal del autor, dígase secuestro, usurpación por despojo u omisión de asistencia alimentaria, donde la

609 En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 50, agosto 2013, cit., p. 143.



proyección delictiva permite avizorar una complicidad; v. gr., secuestro de un empresario quien es trasladado de la casa de A a la de B, a fin de que la policía no dé con el paradero de la víctima, por lo que B responde como cómplice primario de secuestro. MIR PUIG, sostiene que el delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (...), dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica⁶¹⁰. Son hasta tres presupuestos que deben identificarse en el delito «permanente»: - que, se trate de una conducta, cuya consumación se prolonga en el tiempo, que el estado antijurídico provocado no cese en el tiempo, en cuanto a la afectación al bien jurídico –tutelado–, mediando una voluntad unívoca del agente⁶¹¹ y, finalmente, que no sea un bien jurídico susceptible de ser inutilizado.

Estando a la argumentación descrita, no resulta factible admitir participación delictiva punible una vez que el delito se consumó, sin defecto de que este tercero pueda asumir responsabilidad penal como autor de un delito autónomo (lavado de activos, receptación, encubrimiento, etc.). Máxime, cuando estamos ante conductas neutrales o inocuas, como el desempeño de una actividad profesional (abogacía, contador, economista, etc.). Propiamente la conducta del abogado defensor que patrocina a investigados de delitos graves, no puede ser por ello considerado “colaborador eventual⁶¹²” de organi-

610 MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 216.

611 A decir, de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, el delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica en el tiempo por voluntad del autor. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit. p. 212.

612 O “ocasional”, serán todos aquellos que sin formar parte de la organización criminal, no son pues sus miembros, colaboran de cierta forma, prestando una ayuda, un auxilio a la estructura criminal para que desde su interior se puedan cometer una serie de hechos punibles (extorsión, sicariato, lavado de activos, robo agravado, etc.); agentes que no tienen el codominio del hecho, pues se limitan a aportar una contribución para que estos graves delitos puedan perfeccionarse, por lo que



zaciones criminales⁶¹³, al ser una conducta socialmente adecuada. En todo caso, si es que procede a ocultar evidencias de un crimen u impide dolosamente que los órganos de persecución penal puedan realizar debidamente su labor, la tipificación será por otro delito (encubrimiento u obstrucción de la justicia). JIMÉNEZ DE ASÚA, señala que los encubridores, son aquellos que sin repetir la ofensa del derecho violado y sin previo acuerdo, proporcionan cualquier género de asistencia para impedir el descubrimiento y el castigo del delito⁶¹⁴. Se trata de una figura delictiva que constituye una especie de contribución posterior a la ejecución de un delito previo, que plantea cuestiones próximas a las propias de la participación criminal⁶¹⁵.

– A modo de conclusión

A nuestro entender, es de vital relevancia identificar cuando se está ante una participación delictiva «punible», en orden a impartir una justicia basada en criterios legales y racionales⁶¹⁶. Para ello, ubicarnos en el estadio del “iter criminis” resulta fundamental, si esto es así, la participación delictiva punible solo es admisible en

debe tomar lugar en la etapa preparatoria o ejecutiva del delito en cuestión, si ello aparece cuando el hecho punible se consumo, su intervención no puede ser catalogada como “participación”, debiendo en todo caso responder por un delito autónomo, siempre que se adviertan indicios de su comisión.

613 Así conforme la Ley N° 30077.

614 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito*, cit., ps. 500-501.

615 BLANCO CORDERO, I. *Delimitación del ámbito de aplicación del delito de Encubrimiento Personal*. En: *Delitos contra la Administración de Justicia*, cit., p. 160.

616 La dogmática penal ha sido, es y será siempre una herramienta interpretativa de primer orden, para fijar los alcances estrictos de la ley penal, teniendo como teleología el bien jurídico protegido y como límite el principio de legalidad (proscripción de analogía). Así, garantizar una aplicación de la ley penal que no extienda forzosamente su alcance a supuestos de hecho no previstos en su ámbito de protección, así también de reducir su radio de acción a límites intolerables.

las etapas preparatoria y ejecutiva del delito; por tanto, una vez que se consumó el delito, ya no se admite formas de participación delictiva pasibles de ser sancionados por la ley penal, al margen de que este tercero pueda responder como autor de un delito autónomo (lavado de activos, receptación, encubrimiento).

La argumentación descrita, permite a su vez, determinar la no relevancia jurídico-penal de aquellas conductas (actos) “socialmente admitidas”, “inocuas”, “estándar”, que si bien pueden tener conexión con la comisión de un hecho punible al ser permitidas por el orden jurídicos (*social y jurídicamente toleradas*) caen fuera del ámbito de punición, como transportar sustancias prohibidas, siempre que el agente no sepa lo que está haciendo (*error de tipo*), como aquellas conductas que toman lugar luego de la materialidad del delito y el agente realiza una actividad propia de la labor de abogado, asesor financiero o contable de aquellos que están siendo investigados por los órganos de persecución penal. Este emprendimiento al ser propio de una labor admitida por el orden jurídico no puede ser objeto de penalización (sea como partícipe del delito o dígame colaborador eventual), a menos que el abogado defensor ejecute actuaciones destinadas a ocultar evidencias de un crimen o de obstruir la correcta labor de la justicia.



LA ANTIJURIDICIDAD Y EL FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Luego de haber comprobado la existencia de los elementos, tanto objetivos como subjetivos, para poder afirmar la tipicidad de una conducta humana (Imputación Objetiva e Imputación Subjetiva), pasaremos a analizar ahora, si es que la conducta típica llega a ser o no un verdadero «Injusto Penal» y para tal efecto, deberemos analizar las diversas circunstancias en que un hecho aparentemente ilícito, se convierte en lícito, en virtud de la concurrencia de circunstancias que son denominadas por la doctrina como: «Causas de Justificación» (preceptos permisivos); si bien la conducta es típica, resulta siendo conforme a Derecho.

Dicho en otros términos: la categoría de la «tipicidad penal» informa ámbitos de lesividad social, mientras que la «antijuridicidad penal», supone incidir en un plano de valoración, en cuanto diversas variables contenidas en el ordenamiento jurídico, en lo que respecta a esferas permisivas de conducción típica.

Debemos distinguir el juicio de valor que recae sobre la Antijuridicidad que es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano —socialmente negativo—, con el injusto penal, que importa una conducta humana desvalorada.



La antijuridicidad importa un predicado, lo injusto, un sustantivo, esto es, un comportamiento desvalorado por el ordenamiento jurídico⁶¹⁷.

En la categoría de lo injusto se expresa en consecuencia de modo directo la tarea del Derecho penal: impedir las conductas socialmente dañosas no evitables de otro modo⁶¹⁸.

Sin duda, el juicio de atribución de la conducta prohibida (o mandada) a la persona del autor, parte de una serie de filtros o de estadios valorativos, que en su totalidad, engloban lo que conocemos como el injusto culpable «punible»; empero, para alcanzar dicha valoración es necesario agotar los filtros de valoración, que de forma preclusiva se instituyen en el ámbito de las categorías dogmáticas de la teoría general de la imputación, factores de análisis, que se someten a consideraciones político-criminales, en orden a preservar los fines del Derecho penal con el resto de parcelas del ordenamiento jurídico.

Como expresa FREUND, el Derecho penal es un medio para “atribuir responsabilidad” por un hecho cometido y este medio consiste siempre en la desaprobación de conductas. Sólo si concurre un presupuesto básico puede afirmarse que la protección de bienes jurídicos supone para el Derecho penal la persecución de un fin legitimador y este presupuesto no es otro que la infracción de una norma de conducta jurídicamente legitimada⁶¹⁹; pero dicha legitimación no sólo debe significar una transformación de la realidad social producto de dicha infracción normativa, en cuanto posible lesión de un bien jurídico, que haya realmente en palabras de Bustos, una afección a ese bien jurídico protegido, es decir, un resultado

617 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 455.

618 ROXIN, C. *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, p. 427.

619 FREUND, Georg. *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el Sistema Integral del Derecho Penal*. En: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. p. 95.



jurídico, es la exigencia de objetividad y no de subjetividad de la imputación, de otro modo no se estaría ante un derecho penal del hecho, sino del autor⁶²⁰; sino que dicho estadio de lesión, no pueda ser justificado o, dicho de otra manera: *que la conducta dañosa no emane de un precepto autoritativo o dígase permisivo del Derecho positivo, pues aquello que está permitido por el ordenamiento jurídico no puede merecer sanción alguna por el derecho punitivo. Son los propios intereses jurídicos que dan lugar a que ciertas conductas en sí dañosas, no sean proseguidas de una reacción penal.*

El injusto penal desde la perspectiva del injusto personal, comprende un doble plano valorativo: disvalor de la acción y disvalor del resultado; el juicio, entonces, no se agota con la confirmación de una conducta que voluntariamente se ha dirigido a la lesión de un bien jurídico, pues sólo hasta ahí se desprende el reconocimiento de la infracción formal de una norma, pero aún no sabemos si se corresponde con la desautorización del Derecho, por lo tanto, el injusto comprende una conducta dolosa infractora de la norma penal y la producción de un resultado lesivo que sea desaprobado por el ordenamiento jurídico.

El solo disvalor de la acción resulta insuficiente para determinar el contenido del Injusto, pues se necesita del disvalor del resultado para concretar su contenido material y así construir el juicio de «antijuridicidad penal».

Dicho lo anterior, el «Injusto penal» no se agota en el juicio de desvaloración que supone la infracción normativa, del cual debe versar una imputación objetiva y una imputación subjetiva, definiendo estos dos ámbitos: en la creación de un riesgo no permitido que se concrete en un determinado ámbito de lesión, y que dicho

620 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Antijuricidad y Causas de Justificación*. En el nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel TORIO LÓPEZ, Granada, 1999. p. 34.



hecho pueda ser imputado a título de dolo o de culpa, dependiendo del grado de energía criminal desplegado por el autor. Máxime se necesita de un juicio posterior que compagina una serie de criterios de orden político jurídico, que hacen que una conducta en principio «típica» sea finalmente lícita.

La licitud penal no puede determinarse conforme a un juicio objetivo, de confrontación con el predicado de conducta contenido en la norma.

En la tipicidad se determina entonces la dañosidad social de la conducta, conforme a la adecuación formal de la conducta en un determinado tipo penal, concretizado en un determinado estado de lesión; mientras que en sede de la antijuridicidad, se determina la utilidad social de la conducta, conforme a ello, la conducta típica deja de ser merecedora de pena, no por su contenido material sino por obedecer a un mandato legítimo del legislador, a partir de las propias autorizaciones, deberes y mandatos que emanan de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Por lo que respecta a los enunciados permisivos jurídico-penales, todo ello significa que los mismos constituyen excepciones a las prohibiciones de poner en peligro a los mandatos de combatir el peligro existentes⁶²¹; todo ello, obedece precisamente a la naturaleza coactiva del Derecho Penal, cuya intervención supone la afectación de bienes jurídicos importantes dentro de la escala de valores que la Ley Fundamental reconoce, por lo que su naturaleza subsidiaria y fragmentaria abona en la construcción de una antijuridicidad penal que arrastre las normas de todo el ordenamiento jurídico.

En otras palabras, precisamente por el hecho que el derecho penal es *extrema ratio*, para que un hecho sea sancionado con pena es necesario que no exista dentro de todo el ordenamiento jurídico

621 RUDOLPHI, J. H. *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, p. 87.

ninguna norma que reconozca a la persona su derecho a actuar de esa manera⁶²². Una teoría del delito, deducible del pensamiento sistemático pone de forma sistemática los confines del Derecho penal con los valores pertenecientes a la política jurídica del estatal.

Para poder afirmar que la conducta es contraria a la norma, debemos analizar si es que la conducta fue dirigida a salvaguardar un bien jurídico de orden superior –preceptos permisivos–, compaginados en las «Causas de Justificación», así como su eminente antinormatividad (prohibición).

En apartados anteriores se anotó, que la tipicidad cumple una función indiciaria de antijuridicidad, lo que indica realmente es que dicho nivel dogmático se constituirá como el primer escalafón de análisis, que luego deberá ser complementado con la concurrencia o no de preceptos permisivos, los cuales no solo se extraen del ámbito jurídico-penal sino de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto; sin embargo, esta declaración nos puede dar a entender que el fundamento de ciertos preceptos permisivos –propios del derecho privado–, sean los mismos que los comprendidos en el Derecho penal, v. gr., la legítima defensa que reposa sobre fundamentos estrictamente político-criminales, a diferencia de la legítima defensa prevista en el Código Civil, como causal de improcedencia de responsabilidad civil⁶²³.

La tipicidad, y la consiguiente antinormatividad, es un “indicio” de la antijuridicidad como escribe WELZEL⁶²⁴. Por consiguiente, la tipicidad opera como un indicio de antijuridicidad, al tener que confrontarse el hecho típico con la variedad de estados justificantes que emanan del Derecho Positivo. *Contrario sensu*, la no presencia

622 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Antijuridicidad y Causas de Justificación...*, p. 35.

623 Inc. 2) del art. 1971° del CC; así también el inciso 1) del mismo articulado, que recoge el ejercicio regular de un derecho.

624 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 116.



de Causas de Justificación, terminan por confirmar al intérprete la existencia del Injusto Penal, pues, tal como lo concebían los partidarios de la teoría de los Elementos Negativos del Tipo, la antijuridicidad consistía en un análisis valorativo negativo del hecho típico, lo cual es en definitiva inexacto, pues no existe una relación de dependencia entre la tipicidad y la antijuridicidad penal, la primera de ella es exclusiva del ámbito penal, mientras que la segunda se extiende a toda la política jurídica del Estado, las normas permisivas tienen una significación autónoma⁶²⁵ al margen de una incidencia estrictamente político-criminal, —de conformidad con la posición adoptada en capítulos anteriores—, en el sentido de que la tipicidad es indicio de antijuridicidad, es la *ratio cognoscendi*, no la *ratio essendi*.

Por otro lado, no cabe confundir las causales de exclusión de tipicidad penal, como lo «adecuado socialmente», el principio de «insignificancia», la «disminución del riesgo», el «riesgo permitido», cuya examen y valoración, no tiene nada que ver con la antijuridicidad, sino con la relevancia jurídico-penal de la conducta.

Las «causas de exclusión del injusto», en cuanta categoría de la antijuridicidad, parten de conceptos propios, cuya regulación ocupa una mayor extensión en mérito a su propia naturaleza.

La realización de todo hecho punible, por tanto, parte de una serie de valoraciones (*dogmáticas*) a saber, pues para poder afirmar la presencia de un verdadero *injusto penal*, no basta con advertir la presencia de un agente (*autor o partícipe*), provisto de una mínima dosis de libertad (presupuesto esencia de una acción *que sostiene la imputación jurídico-penal*) y así que dicha conducta (sea por *acción u omisión*) haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico amparado por la ley penal, en el sentido de que la sanción penal parte la premisa de una conducta portadora de dañosidad (*lesividad*) para

625 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 118.



alguno de los intereses jurídicos que son objeto de tutela por la codificación punitiva, base material esencial que otorga legitimidad a la intervención del «ius puniendi» estatal en un orden democrático de derecho.

El «injusto penal», implica una conducta (*acción u omisión*), que importa primero una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico —*penalmente tutelado*— lo que da lugar a la tipicidad penal, luego en segundo orden (*dogmático*), se verifica si dicha lesión y/o puesta en peligro de dicho interés jurídico obedeció a un precepto autoritativo que hace que el acto no sea penalmente antijurídico; si esto último no se da, es que estamos entonces ante un verdadero «injusto penal».

Diríamos por tanto, que la acción humana sumada al juicio positivo de la tipicidad penal, da como resultado una conducta humana que ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, y que lo hizo en uso pleno de su libertad, sin embargo, con ello no lo decimos todo, en la medida que dicho comportamiento típico, debe ser también *penalmente antijurídico*, *ello importa su negación con todo el ordenamiento jurídico en su totalidad*, de manera que ciertos dispositivos legales en particular (en consonancia con la Ley Fundamental), pueden permitir o dígase autorizar la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, por lo que si ello es así, la conducta atribuible al agente no puede ser penalmente sancionada.

Una contrariedad a derecho o dígase una antinormatividad que no puede ser construida desde una visión estrictamente formal, sino se requiere a la par su acusada «materialidad»). Y este análisis debe tomar lugar, a diferencia de la tipicidad penal, en base a todo el universo del orden jurídico, donde se van a poder identificar preceptos legales que autorizan a una determinada persona, en ciertos contextos, a vulnerar bienes jurídicos, lógicamente con una necesaria dosis de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad. A estas se les conoce como «causas de justificación».

A estas las denominamos como aquellas «autorizaciones», «permisiones» o dígase «autorizaciones», que dimanen de todas las parcelas del ordenamiento jurídico interno en armonía con lo previsto en los documentos internacionales, las cuales confieren a ciertas personas a ejercer ciertos actos de violencia sobre intereses jurídicos fundamentales de terceros, sea para defender sus bienes vitales, para hacer prevalecer intereses jurídicos de mayor prevalencia constitucional, para respetar la autonomía de las personas en plano de libre actuación personal y asimismo, para preservar el orden y la seguridad pública por parte de los custodios del orden (Legítima defensa, Estado de necesidad justificante, Consentimiento y Cumplimiento del deber).

Así, en la jurisprudencia nacional ha quedado plenamente establecido, que la imposición legítima de una pena por parte de la persona del culpable (como autor y/o partícipe), requiere de la acreditación probatoria en un juicio oral público, contradictorio y bajo la inmediación judicial, tanto la materialidad del delito como la responsabilidad penal del imputado (como autor y/o partícipe). Lo primero significa, no solo que la conducta incriminada sea “típica”, sino que a su vez sea “penalmente antijurídica”, por lo que si el agente lesione o puso en peligro un bien jurídico, amparado por un precepto autoritativo (sea una Legítima defensa, Estado de necesidad justificantes, Ejercicio legítimo de un derecho o bajo el corsé de la Obediencia debida), no puede ser objeto de sanción punitiva.

Con todo, la «Antijuridicidad penal» constituye un presupuesto fundamental, no sólo por constituir una infracción objetiva de la normatividad, sino también por identificar el grado de lesión al bien jurídico –objeto de tutela–.

2. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

La descripción bidimensional de la Antijuridicidad, surge a partir de una concepción objetiva del Injusto, en el cual la delimitación

con la Culpabilidad aún no adquiriría matices de claridad conceptual; la contravención normativa, no necesariamente se corresponde con un contenido material del injusto típico; puede haber formalmente una infracción a un precepto penal, que a su vez no manifieste un estado de afectación, cuando por ejemplo, incurre un individuo en un delito, como las relaciones sexuales consentidas entre mayores de catorce años, donde no se advierte lesión alguna a la libertad sexual.

La «antijuridicidad formal» supone la contrariedad a derecho, cuando la conducta típica contraviene las normas del Derecho positivo, cuando la infracción de una norma de mandato o prohibitiva entra en franca contradicción con el ordenamiento jurídico.

Así, BELING, sostiene que de las amenazas penales del Estado se deduce que aquellas solamente valoran conducta antijurídica, es decir, aquella que está objetivamente en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado⁶²⁶. Con este concepto formal todavía no sabemos las razones materiales por las que una conducta es declarada contraria a Derecho; de ello se ocupa la antijuridicidad material⁶²⁷.

La antijuridicidad material evoca un concepto metajurídico, por cuanto no basta la contradicción con la Ley, sino debe resultar dañoso a las normas morales de conducta o lesivo socialmente a los intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico⁶²⁸.

Lo injusto aparece entonces como un concepto supralegal, que supera la idea de lesión o peligro de intereses tutelados por el derecho. Desde la tesis de la Independencia, la Antijuridicidad Material sería un concepto sociológico en el que se evaluaría la

626 VON BELING, E. *La Doctrina del Delito-tipo*, ps. 21-22; LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal...*, p. 92.

627 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 323.

628 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal...*, p. 92.



lesividad social del hecho al margen de las concretas disposiciones del Derecho Positivo, entonces, ambos conceptos podrían converger pero también divergir en sus contenidos, de manera que un hecho formalmente antijurídico puede no ser materialmente y viceversa. BELING negaba que pudiera considerarse al hecho antijurídico como hecho socialmente dañoso, como hecho peligroso o contrario a las normas de cultura; es pues, este, sólo un concepto jurídico y no sociológico o cultural.

Para VON LISZT, “el acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico”. Para la tesis de la Independencia, el acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial); quiere decir, entonces, que solo es antijurídico el comportamiento cuando es lesivo para los intereses de la sociedad; desde luego, semejante diferencia desborda los marcos propios de una antijuridicidad objetiva bajo la concepción clásica del hecho punible que el expositor germano ayudó a erigir⁶²⁹.

Conforme lo anotado, su sustento legitimador, no puede ser extraído del ámbito jurídico de su teoría del delito, sino de su perspectiva de “fin” de la política criminal, que tiene que ver con los contenidos sociales del Derecho Penal, de naturaleza metalegal.

Sin duda, no puede existir una contradicción entre aquello que permite y autoriza el Derecho, con el contenido material de la infracción normativa. Supeditar el análisis de la antijuridicidad penal, a categorías extrañas al Sistema Penal, importa un grave riesgo no solo para la seguridad jurídica (principio de legalidad), sino también para la libertad individual, que puede verse vulnerada cuando

629 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 458.

Estados dictatoriales utilizan perversamente el inmenso espacio de discrecionalidad que genera este concepto.

Para ROXIN, el concepto de antijuridicidad material de VON LISZT tiene un carácter metajurídico: es un principio de política criminal y no una categoría jurídico-positiva.

Parafraseando a PEÑA CABRERA, diremos que una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto no permite la existencia de dos clases de Antijuridicidad: Formal y Material. La cuestión principal que se plantea en este punto es si al diferenciar entre Antijuridicidad Formal y Material estamos aludiendo a dos conceptos distintos de Antijuridicidad (tesis de la Independencia) o tan sólo a dos aspectos de un mismo concepto (tesis de la Correspondencia).

Lo que caracteriza a la posición moderna sobre la «Antijuridicidad material» importa su ubicación sin excepciones en el ámbito del Derecho Positivo y el correlativo abandono definitivo a referencias sociológicas y morales (metajurídicas), al margen del Derecho Positivo vigente.

La tesis coherente y correcta es la que niega relevancia argumentativa a la Antijuridicidad Material, parte de la perfecta identificación entre antijuridicidad formal y material, que dejan de ser dos formas distintas y eventualmente contradictorias, de contrariedad a Derecho, para convertirse en dos perspectivas de una única «Antijuridicidad», de acuerdo a los fines valiosos del Sistema Penal.

La acción formalmente prohibida lo está por contener intrínsecamente un sustrato material disvalioso: por lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, que el legislador ha considerado merecedores de tutela penal, de conformidad con el principio de ofensividad.

Entre antijuridicidad formal y material hay pues una plena correspondencia: Todo hecho formalmente ilícito es a la vez material-

mente ilícito; desde una baremo general, que admite excepciones, en tanto, la postura política criminal vigente del legislador, de penalizar toda clase de conductas, desprovista de una sustantiva materialidad, nos infiere negar una absoluta correspondencia, desde un punto de vista *formal y legal de la construcción típica, cuando se deja de lado en la política criminal el factor de lesividad*.

Dicho así: *la antijuridicidad penal es una categoría conceptual que comprende ambos aspectos, cuya convergencia se sustenta en una valoración de por sí unitaria, en cuanto a los fines que persigue la dogmática jurídico-penal*.

La Antijuridicidad debe responder a necesidades sociales y en esta medida los conceptos sociológicos o políticos de lesividad social son fundamentales como referencia crítica al Derecho Positivo. El contenido material que sirve al legislador para definir la prohibición también sirve para establecer graduaciones entre los hechos prohibidos según su estadio de lesión; conforme tres marcos a saber, el principio de «lesividad», de «jerarquización del bien jurídico protegido» y de «proporcionalidad»; v. gr., unas lesiones leves no pueden merecer una pena más grave que las lesiones que manifiestan una mutilación del cuerpo humano por ejemplo, así como el homicidio en relación con las lesiones.

La Antijuridicidad no es graduable; la lesividad que es un elemento gravitante para la antijuridicidad sí lo es; siendo que la norma prohibitiva describe diversas formas de conductas desvaloradas para el ordenamiento jurídico, su contrariedad a la misma es siempre absoluta, pero, su contenido desvalorado puede variar de acuerdo al grado de afectación producido en el bien jurídico protegido —ora por su lesión, ora por su puesta en peligro—; sin duda, en el tipo legal existe una correspondencia plena entre lo formal y lo material.

La identificación de estados de lesión son consustanciales a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, que adquieren

concreción en el ámbito de la determinación judicial de la pena así como en su individualización. Si no fuese así no existiría criterio válido para punir con mayor sanción a las lesiones graves que las lesiones leves, incompatible con un régimen de punición que gradúa la sanción, conforme a criterios de racionalidad y justicia.

3. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR

3.1. Naturaleza Jurídica

El Derecho penal, como sabemos, se compone de normas prohibitivas y de mandato, entablando una comprensión comunicativo-cognitiva con los ciudadanos, a fin de establecer modelos de conductas valiosos, a fin de establecer una convivencia social pacífica; asimismo, surgen determinadas circunstancias –en virtud de las cuales el ordenamiento jurídico–, legitima al ciudadano a realizar una conducta típica, con la finalidad de: 1.-Proteger de los Derechos Fundamentales y 2.-En defensa del Ordenamiento Jurídico; ello quiere decir, que un hecho aparentemente ilícito (desvalorado jurídico-penalmente) se convierte en “Lícito”: conforme a Derecho y a ellas se les denominan “Reglas Permisivas” o “Preceptos Autoritativos”.

Sobre ellas escribe MUÑOZ CONDE, en algún caso concreto el legislador permite un hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan”⁶³⁰. Es así que el hecho típico –que se supone actúa como indicio de antijuridicidad– queda anulado en virtud de una causa de justificación, convirtiendo el hecho en lícito, consentido por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la concurrencia de una causa de justificación, trae como consecuencia la imposibilidad de la aplicación de

630 MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARAN, M. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 318-324.



una sanción jurídica, sea esta de naturaleza penal, civil, administrativa, etc., bajo las salvedades antes expuestas.

Lo afirmado es congruente con lo antes sostenido, en cuanto al análisis del injusto penal, no se agota con la sola presencia de un acto típico; este juicio de valor debe complementarse con la confrontación de la concurrencia o no de una Causa de Justificación, que tienen el efecto de anular su eminente «antijuridicidad» por entrar en conflicto con valores jurídicos preponderantes.

Las «Causas de Justificación» alcanzan hasta los límites que fija la protección del bien jurídico que profesa la norma: ora por renuncia de su titular (Consentimiento), ora por existir un bien de mayor importancia (Estado de Necesidad Justificante).

Cualquier extralimitación en su utilización, desembocaría en un hecho antijurídico no amparado por la causal justificante. En el instante de que comprobemos que la acción típica es conforme a derecho, es decir, justificada, ya no será necesario remitirnos al examen de la imputación individual, en concreto, a la responsabilidad penal personal (no hay responsabilidad penal sin la existencia previa de un injusto penal).

3.2. Fundamento y sistemática de las causas de justificación

La doctrina no ha sido siempre unánime al momento de hallar los principios legitimadores de las «Causas de Justificación»; apareciendo en escena dos teorías:

a. Teorías Monistas

Mediante esta postura, se considera que todas las «causas de justificación» responden a un idéntico fundamento rector, es decir, a un único basilar justificador.

BACIGALUPO escribe que estas responden a la idea de “más utilidad que daño social”, estos criterios se muestran como excesivamente amplios para permitir una distinción entre las causas de justificación y las que no lo son: todo depende de lo que se considere como útil, o como adecuado, al fin reconocido por el derecho⁶³¹.

Los conceptos permisivos no pueden extraerse únicamente de un orden único, social o cultural, sino de un conjunto de órdenes que caben en un orden constitucional que garantiza la pluralidad; no necesariamente las causas de justificación van a responder a criterios utilitaristas, no se puede decir de ningún modo que la muerte del agresor en la legítima defensa importa una utilidad social, la anulación de una vida humana, por más valedera que sea la razón que la fundamenta nunca podrá postularse su utilidad, con arreglo a los fines superiores de la Justicia y del Derecho, contemplados en la Ley Fundamental.

b. Teorías Pluralistas

Son aquellas posturas que deducen la naturaleza de lo ilícito en una pluralidad de principios, que en realidad pretenden explicar porqué ciertas causas deben considerarse como una acción justificante; entonces, pretenden explicitar la naturaleza de los preceptos permisivos a partir de una serie de principios aglutinantes.

La doctrina dominante recoge varios principios fundadores que confluyen en las diversas «Causas de Justificación»:

b.1. El Principio de la ausencia de interés

De acuerdo a esta consideración, el titular del bien jurídico infringe voluntariamente sus deberes de autoprotección y del orden jurídico (Consentimiento).

631 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 119.



Autores como M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN son de la posición “que en el marco de una concepción objetiva de la anti-juridicidad y de la justificación, el único elemento que puede transmutar un hecho típico en un hecho justificado, es la presencia de un bien o interés que ha de prevalecer sobre el lesionado o puesto en peligro”.

La ausencia de interés parte del reconocimiento del orden jurídico de las decisiones libres de ámbitos de individualidad, en cuanto a la posibilidad de desarrollar sus bienes conforme al libre albedrío, quiere decir esto, que al Estado no le corresponde intervenir en aquellos ámbitos de lesividad que se producen en una actuación libre del individuo, según la libertad que gobierna la conducción del ser humano; no puede concebirse la imagen de un Estado paternalista, sino que los efectos irradiantes de la relación Estado-ciudadano, importan la proscripción de intervención estatal y, por consiguiente, la imposibilidad de sancionar ese tipo de comportamientos.

La «ausencia de interés» importa un criterio, que parte de la propia individualidad del ser, que prima incluso cuando los intereses colectivos riñen contra esta clase de autodeterminaciones a lesión; criterio que será desarrollado con mayor amplitud en sede del «Consentimiento».

b.2. El interés preponderante

Esta postura manifiesta un conflicto de intereses jurídicos, los cuales se resuelven mediante una ponderación, en la cual se elige al valor jurídico preponderante, según el listado de valores contenidos en el texto ius fundamental.

Como bien anota BACIGALUPO, el Interés Preponderante se interpreta de dos formas: en una evoca la salvación de un bien jurídico preeminente (Estado de Necesidad), y en otro, pondera un

interés que es independiente del valor de los bienes jurídicos en conflicto (Cumplimiento de un deber, oficio o cargo).

Elementos propiamente penales especiales característicos de todas las causas de justificación son la primacía otorgada al interés preponderante, en el marco ampliado de la ponderación de valores como fundamento de toda justificación, y la ineludible presencia del elemento subjetivo⁶³².

La presencia de conflicto de intereses es característico de un orden jurídico que compagina una serie de valores, de cuya jerarquía se establece la primacía de unos sobre otros; de tal forma que para garantizar la relación del valor preponderante es necesario el sacrificio del interés de menor valor, v. gr., el caso del estado de necesidad justificante y de la legítima defensa.

Al respecto, LUZÓN PEÑA apunta que teniendo un núcleo de verdad, la idea de colisión de intereses en la mayoría de las causas de justificación, no explica bien el fundamento de algunas que sólo excluyen el disvalor de la acción; además, no se debe prescindir de los matices peculiares de cada una, ni generalizar excesivamente las ideas de estricto conflicto, ponderación y proporcionalidad propias del estado de necesidad a las demás causas de justificación; y en ocasiones no es preciso para la justificación la preponderancia, sino que basta con la equivalencia de intereses en colisión para respetar jurídicamente la decisión de los ciudadanos⁶³³.

En el ámbito del «estado de necesidad justificante», no se identifica siempre un interés preponderante de forma clara, pues en el caso del aborto terapéutico se confrontan dos vidas humanas, por lo que el estado de necesidad disculpante podría cobijarse en

632 DÍEZ RIPOLLÉS; J. L. *La Categoría de Antijuricidad en Derecho Penal*, p. 432.

633 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 575.



este principio; no obstante, podría argumentarse que ha de preferirse una vida ya lograda y enrumbada, que una vida en estadio de formación.

Y, en el caso de la legítima defensa, el sustento no reposa en el interés preponderante, sino en la defensa de los valores superiores amparados por el Derecho.

En el caso de las causas de justificación que obedecen al «ejercicio de un cargo, cumplimiento del deber y ejercicio legítimo de un derecho», no consideramos acertado sustentar estos preceptos permisivos, en base al interés preponderante, pues responden al ámbito estricto de la legalidad, en cuanto a la delegación de ciertas autorizaciones de injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales.

Pretender homogeneizar o mejor dicho sistematizar las causas de justificación (preceptos permisivos), en un solo principio informador resulta qué duda cabe, un despropósito; en la medida que estas proceden de todo el ámbito de la juridicidad —de la política jurídica— las cuales no pueden ser refundidas en un criterio aglutinador.

Dicho lo anterior, las «cláusulas permisivas» constituyen autorizaciones de intervención en bienes jurídicos fundamentales, cuya naturaleza responde a una serie de criterios, dependiendo de la particularidad del precepto en cuestión.

En la configuración de estos derechos de intervención, que compaginan necesidad social y libertad individual, coopera todo el ordenamiento jurídico⁶³⁴.

Empero, todas las causas de justificación responden a un solo criterio: la sistematización de los fines del Derecho penal con el or-

634 ROXIN, C. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, p. 77.

denamamiento jurídico en su conjunto, esto es, de unificar las valoraciones jurídicas en cuanto a la determinación antijurídica de una conducta, de que no pueda ser antijurídico penalmente un comportamiento que se encuentra autorizado en otra esquila del derecho positivo y viceversa, de común idea con lo afirmado en los primeros renglones de esta capitulación.

Ahora bien, el «Estado de Derecho» supone dos principios fundamentales, que inclusive puede derivar un tercero: la sujeción estricta al «espectro de la legalidad», la «tutela de los derechos fundamentales» y el «reconocimiento de ámbitos de autodeterminación personal»; todos ellos definen la singular naturaleza de los preceptos permisivos.

Renunciando a la posibilidad de encontrar un principio ordenador de las diversas causas de justificación, ROXIN escribe que en este lugar solo interesa poner en claro la misión de la sistemática en el ámbito de la antijuricidad: ella radica en elaborar del modo más completo posible el catálogo de los no muy numerosos principios configuradores sociales y poner en claro su relación —el entramado de los principios en cierto modo—⁶³⁵.

Sin duda, cada causa de Justificación presenta determinadas particularidades o especificidades, que la hacen distinguible unas de otras, por lo que nuestra postura apunta hacia la posición «pluralista».

En resumidas cuentas, La Ley Fundamental, que simboliza un «Estado Social y Democrático de Derecho», sostenido básicamente en tres principios fundamentales: la sujeción estricta a la Ley, la defensa de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad; a partir del principio de legalidad se ciñe la actuación de las diversas esferas de la Administración Pública,

635 ROXIN, C. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, ps. 79-80.



manifestando el derecho de intervención en los bienes jurídicos de los ciudadanos, de ahí que el ejercicio de un cargo, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho tengan por basamento los efectos positivos de la Ley, por lo que su estimación parte de un análisis global del ordenamiento jurídico en general.

En cuanto, al segundo principio, significa que los valores fundamentales de la persona humana, la vida, el cuerpo, la salud y la libertad constituyen el fin supremo del Estado, por lo que su tutela debe estar garantizada por la propia actuación de los ciudadanos: con la facultad de repeler agresiones antijurídicas y de lesionar intereses de menor valor, únicamente cuando sea el único medio para preservar la intangibilidad de los primeros. Las causas de justificación, como ha puesto de relieve SUÁREZ MONTES, responden básicamente al pensamiento constructivo y positivo de que un bien de cierta importancia, en determinadas condiciones —propias de cada una de las causas de justificación— en que solo puede ser salvado mediante una acción lesiva de otro bien de rango inferior, es lícito el sacrificio de éste a favor suyo: al primero le asiste la legítima pretensión de subsistir a costa del segundo⁶³⁶.

La «defensa de los bienes jurídicos fundamentales» tiene que ver también con el fin preventivo de la pena, que se ejerce de forma efectiva, cuando los efectos disuasorios se ejercen de una forma más intensa, tomando como presupuestos material la debida protección de bienes jurídicos.

Por último, el «reconocimiento de la autodeterminación individual», es consustancial en un Estado de Derecho basado en un régimen de libertades: la autonomía de la voluntad de la persona y el respeto a su dignidad.

636 SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio. *Reflexiones en torno al Injusto Penal*. En: Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal. Arazandi Editorial, 1995, ps. 193-194.



Lógicamente, aquellos que participan (instigadores y cómplices) en un estado de necesidad, legítima defensa u otro precepto permisivo, les alcanzan los efectos justificantes, en el sentido de que la conducta de éstos es también lícita.

Finalmente, la admisión de las «causas de justificación», no solo está condicionada a la concurrencia de los presupuestos objetivos, sino que también el autor debe conocer que está actuando bajo dichas justificantes.

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

LEGÍTIMA DEFENSA

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

En tiempos pretéritos, eran los propios individuos, que de propia mano repelían las agresiones antijurídicas, ellos mismos tomaban los brazos de la justicia a fin de defender sus bienes jurídicos fundamentales; acción defensiva que no sólo se ejecutaba de forma inmediata, sino también de forma mediata, pues esta potestad no tenía límites temporales, como expresión de un control social particularmente «informal», sustraído de toda regulación positiva.

Conforme se fueron creando las ciudades («polis»), se fueron organizando las civilizaciones conforme regímenes políticos, que de forma progresiva implicó la monopolización de la violencia punitiva por parte del Estado.

A partir de ese sistema de ordenación —política y jurídica a la vez—, la violencia punitiva se convierte en Derecho penal y, el proceso de venganza privada se convierte en un Proceso Penal; de tal modo, que ambos instrumentos adquieren una naturaleza eminentemente pública; cuando los ciudadanos renuncian al ejercicio de la violencia de propia mano, depositando su confianza en un ente —jurídica y políticamente organizado—, que es el Estado.



Los individuos son despojados —legítimamente— de la vindicta privada, cediendo dicho derecho a favor de una libertad colectiva que se manifiesta en el control estatal de las penas y de la persecución penal pública; la víctima solo tiene un derecho indemnizatorio proporcional al daño propiciado por la conducta criminal.

En resumidas cuentas, la racionalidad del Sistema Penal supone erradicar la venganza privada y constituir una respuesta humana de acuerdo a los fines superiores del Derecho y de la Justicia; ésta última no puede ser concebida como el ejercicio de un mero acto de vindicta pública, sino de restablecer la paz y seguridad jurídica en la sociedad, de establecer las bases de una convivencia pacífica entre los ciudadanos.

Según los dictados de un Estado Social y Democrático de Derecho, la sanción punitiva no puede orientarse bajo fines retributivos; es el fin preventivo de la pena el que se adecua al contenido material de los derechos fundamentales, en cuanto reconocimiento de la dignidad y la autonomía de la persona humana como pilar fundamental del orden de valores compaginados en la Ley Fundamental; empero, es el propio reconocimiento constitucional, que reviste a los ciudadanos del derecho de defender sus bienes jurídicos más preciados; es que en un marco social sumido por la violencia cotidiana, no puede contenerse por la sola acción de las agencias de persecución penal, ora por su insuficiencia operativa, ora por motivos geográficos; más aún en un contexto sociológico, como el que se vive en la actualidad, donde la criminalidad cunde pavorosamente en las ciudades y en las zonas rurales de nuestro país.

Surge, entonces, la potestad que se confiere a los ciudadanos, para repeler inminentes ataques y agresiones antijurídicas, que puedan lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos fundamentales; no como expresión de la venganza privada, sino como clamor de una sociedad que rechaza los ataques injustos («ilegítimos»), a fin de fortalecer una coexistencia social pacífica.

Es de recibo, que en un orden democrático de derecho, la política criminal no solo puede estar al servicio del delincuente, pues no podemos dejar desamparados a los ciudadanos honestos, que no tienen otra posibilidad que defenderse de propia mano, cuando los órganos de persecución penal, se encuentra imposibilitado de ejercer defensa alguna.

Resultaría una injusticia, pretender que los ciudadanos asuman una actitud pasiva, mientras que los delincuentes lesionen o pongan en peligro sus intereses jurídicos más importantes; ello no resulta tolerable y aceptable; en un sistema reglado de valores constitucionales, que tutela de forma lata los derechos fundamentales. Sin embargo, esta acción defensiva para ser legítima está condicionada a la concurrencia de una serie de presupuestos (objetivos como subjetivos), pues todo exceso que se cometa no está amparado bajo los efectos justificantes de la «Legítima Defensa».

Conceptualmente, definimos a la Legítima Defensa, *como la causa de justificación que reviste a los ciudadanos, del derecho a repeler agresiones ilegítimas, susceptibles de lesionar los bienes jurídicos personalísimos, siempre y cuando estas agresiones sean reales, inminentes y no provocadas por quien ejerce la acción defensiva, necesarias para fortalecer la vigencia efectiva del orden positivo y el fin preventivo de las normas jurídico-penales.*

Su sustrato legitimador descansa en el derecho que tienen todos los ciudadanos —como titulares de bienes jurídicos—, de protegerlos ante agresiones eminentemente ilegítimas, siempre y cuando concurren los requisitos que serán analizados más adelante, en tanto la omisión de uno de ellos desbordaría su plano legitimador, incidiendo como una causa de justificación «incompleta o presunta».

MAURACH-ZIPF al respecto escriben: “dado que la relación valorativa entre el derecho y la ilicitud legitima abiertamente la defensa, a diferencia de otros derechos que pueden ejercer en situaciones

de excepción (en especial, en el estado de necesidad), básicamente la legítima defensa no depende de una ponderación de los intereses en disputa, la defensa se determina según la peligrosidad e intensidad de la agresión y no de acuerdo al valor del bien atacado”⁶³⁷.

Dicho lo anterior, la «Legítima Defensa» constituye en esencia una causa de justificación que excluye el desvalor del resultado; surge así el derecho del agredido de repeler ataques injustificados en aras de proteger sus intereses jurídicos penalmente tutelados, y de defender la validez del orden jurídico, ejerciendo la acción defensiva sobre la base de la racionalidad.

Por otro lado, es de verse que la Legítima Defensa no da lugar a responsabilidad penal ni a la imposición de medidas de seguridad, pues no se dan los presupuestos del injusto penal culpable o inculpable, por lo tanto se anula la posibilidad de la reacción punitiva.

En un procedimiento penal acusatorio, será pues el ente acusador quien deberá probar que no actuó amparado bajo la Legítima Defensa (*onus probandi*), se constituye como una presunción de *iuris tantum* que admite prueba en contrario; la carga de la prueba recae siempre sobre el persecutor público, otro aspecto implica que la defensa del imputado, al proponer dicha versión de los hechos como «Teoría del Caso», debe acreditar, a su vez, las aseveraciones fácticas que conforman aquella, con arreglo a los principios de defensa y de contradicción.

Finalmente, diremos que la legitimidad de la «Legítima Defensa» descansa en el derecho que les asiste a todos los ciudadanos –integrados en una sociedad democrática–, de defender personalmente sus intereses jurídicos y de terceros en aras de la auto-confir-

637 Citado por RUSCONI; ob. cit.; p. 73; MAURACH, REINHART-ZIPF, HEING. *Derecho Penal. Parte General. I*, trad. de la 7ma. ed. Alemana, 1987, por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.

mación del ordenamiento jurídico, sin que ello suponga irrogarse de la facultad punitiva, de la cual solo es titular el Estado.

2. REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

2.1. Agresión ilegítima

Es toda aquella conducta (*vis absoluta* o *vis compulsiva*), proveniente de una conducta humana voluntaria o fruto de un obrar negligente, destinada a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos.

Aquellas lesiones que provengan del supuesto de inconsciencia (fuerza física irresistible) —no son consideradas como una acción jurídico-penalmente relevante—, por ende, estos casos no pueden ser cubiertos por la «Legítima Defensa» sino por el «Estado de Necesidad».

En el caso de defensa frente a agresiones de animales, no cabe admitir una legítima defensa, pues no se da una defensa del orden jurídico-positivo, procede el estado de necesidad⁶³⁸; sin embargo, si el animal (perro) es dominado por la voluntad de un individuo para la realización de un injusto, sí cabe admitir la legítima defensa⁶³⁹.

Pero, una buena pregunta es la siguiente ¿Puede proceder también ante agresiones imprudentes? La doctrina no es unánime al respecto, la doctrina germana considera a las agresiones imprudentes como antijurídicas, por ende, sí cabe la Legítima Defensa; *contrario sensu*, parte de la doctrina española no la considera una agresión *per se*, se señala que la agresión es la lesión o puesta en peligro dolosa de un bien jurídico.

638 WELZEL H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 123.

639 POLITOFF, L. S. y otros. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, p. 216.



Lo importante a todo esto, será definir qué concebimos como “agresión ilegítima”: es todo acto (comisivo u omisivo) contrario al orden jurídico, por ende, antijurídico, es decir, tanto doloso como culposo, en ambas modalidades no se descarta el aspecto preventivo de la Legítima Defensa.

La facultad de repeler emana de la necesidad preventiva de evitar una lesión inminente a un bien jurídico, por lo que resulta legítimo ampliar la posibilidad de la legítima defensa ante los ataques imprudentes y, no a partir de un estado de necesidad justificante⁶⁴⁰, (...) una defensa, desde el punto de vista de los fundamentos de protección y mantenimiento del orden jurídico, ha de ejercerse tanto si la agresión es dolosa o imprudente: en ambos casos se pone en peligro un bien jurídico, que es lo fundamental para definir el concepto de agresión⁶⁴¹. Por consiguiente, cabe la legítima defensa, también, ante conductas antijurídicas que signifiquen “omisiones”⁶⁴².

Como agresión no solo entra en consideración la conducta humana que se dirige a la realización de un resultado de lesión, sino también la infracción de deberes de actuar que ponen en inminente peligro bienes jurídicos personalísimos. Por ejemplo, el padre que rehúsa enfáticamente de dar alimento a su menor hijo y que impide que otros lo hagan, así el caso del dueño de un perro, que no lo detiene en su ataque⁶⁴³.

En palabras de WELZEL, por principio, la agresión debe ser una conducta positiva; no un puro “no hacer nada” (...); pero también es agresión la realización de un delito de comisión por omisión⁶⁴⁴;

640 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, cit. p. 124.

641 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 204.

642 En contra CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, ps. 212-213.

643 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 204.

644 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 122.

cuando el Garante asume una obligación de contención de focos de peligro para los bienes jurídicos personalísimos, mas no procede en el caso de los delitos de omisión propia, donde la causa de justificación admisible es el estado de necesidad justificante.

Es importante destacar que la acción defensiva debe ser inmediata –nexo de inmediatez– entre la inminente agresión y la acción defensiva o aún subsistente, como anota STRATENWERTH⁶⁴⁵; esto quiere decir, que la posibilidad de actuar en legítima defensa se extiende a todo el *iter criminis* (a partir de los actos ejecutivos) y a la prosecución en el tiempo de una actividad delictiva que se renueva de forma progresiva, por lo que es admisible la legítima defensa en contra del ladró que huye con el botín⁶⁴⁶ por lo que en los delitos permanentes y en los delitos continuados, la facultad de ejercer la acción defensiva se prolonga por el tiempo en que dura el estado antijurídico; actual es la que ya ha comenzado y no ha concluido aún, la que se concreta en un daño real y todavía permanente⁶⁴⁷; por tales motivos, no debe confundirse «inmediata», con el hecho de que la agresión deba haberse concretado, toda vez que la acción defensiva puede proceder antes que se acometa la agresión ilegítima, sería absurdo pretender condicionar la realización de la acción defensiva a la efectiva materialización de la agresión antijurídica, (...) no es, pues, preciso esperar que la lesión sea inminente, salvo en la agresión a bienes patrimoniales por exigencia legal⁶⁴⁸.

En el caso de un allanamiento de morada, con evidente presencia física de los moradores, no puede esperarse la acción defensiva a una inminente puesta en peligro, máxime por la peligrosidad que ello encierra; claro que en este caso quien actúa en defensa

645 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 230.

646 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 123.

647 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 500.

648 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 597.



necesaria, debe saber que se trata de un delincuente, pues podría atacar a un inocente (*error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación*).

Una vez consumada la agresión ilegítima, ya no se admite la Legítima Defensa, que sería concebida como una mera vindicta privada.

La agresión debe ser actual e inminente, no pudiendo extender su ámbito de aplicación a una agresión futura, a no ser que se trate de una agresión que pueda ser calificada de inminente (verdadera defensa preventivas)⁶⁴⁹.

La agresión ilegítima debe preceder a la acción defensiva justificada, esta debe ser anterior a ella, debe constituirse en una verdadera situación de defensa; a su vez ello importa, que el agresor no puede invocar la Legítima Defensa, cuando repele la acción defensiva de la víctima, a menos que la acción defensiva sea excesiva, tomando en cuenta la entidad de la agresión ilegítima.

En cuanto al agresor, puede ser o no capaz de responsabilidad penal, y esto se debe a la estricta separación entre Antijuridicidad y Culpabilidad, aunque en la medida de lo posible, se debe evitar las reacciones defensivas desproporcionadas.

El desarrollo de la dogmática –como apunta ROXIN– de la legítima defensa, por ejemplo, que ha conducido cada vez más en los últimos años a afirmar el deber de evitar el encuentro en los casos de ataques de niños o de enfermos mentales (...) ⁶⁵⁰, de concluir que la legítima defensa –de nuestra postura cabe– de forma subsidiaria y solo la estrictamente necesaria para evitar un estado de lesión.

Aquellos que restringen el ámbito amplificador de la Legítima Defensa ante agresiones de agentes inculpables, sostienen como

649 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 500.

650 ROXIN, C. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, p. 81.

bien señala RUSCONI, que la circunstancia de que el sujeto agresor sea inimputable impide que se caracterice su acometimiento como agresión ilegítima⁶⁵¹. Siendo que esta postura encuentra el sustento legitimador de la Legítima Defensa en una necesidad preventiva general, pues ante tales sujetos tal función de la pena decaería fuertemente.

Los lineamientos programáticos de esta variante doctrinal, radican en una concepción fuertemente arraigada en raíces subjetivas del injusto; algunos de sus partidarios fundamentan su posición en base a la teoría de los imperativos que tiene como núcleo del injusto el «disvalor de la acción».

En cuanto a los bienes a defender mediando la acción justificante (bienes jurídicos defendibles), el precepto normativo, estipula que procede la legítima defensa en el ámbito de los bienes jurídicos propios o de terceros, refiere entonces a los bienes jurídicos personalísimos, aquellos que se compaginan en el confín de valores superiores consagrados en la Ley Fundamental; bienes jurídicos esenciales, inherentes de la propia calidad de ser humano, tanto desde una perspectiva individual como social, por lo que también resulta admisible la legítima defensa en el caso de las faltas; no puede considerarse acertado presuponer que esta hipótesis justificante solo sea válida en el caso de los delitos, en tanto «agresión ilegítima», es toda aquella conducta que contraviene el orden positivo vigente y además los preceptos reguladores que se comprenden en la PG del CP extienden sus efectos irradiantes al ámbito de las faltas (arts. 440° y ss.).

En principio serían aquellos bienes que se constituyen en el soporte material de la persona humana: la vida, el cuerpo, la salud

651 RUSCONI MAXIMILIANO, Adolfo. *La Justificación en el Derecho Penal - Algunos Problemas Actuales*. 2ª edición actualizada y ampliada. Ad Hoc S.R.L. Buenos Aires, 2001, ps. 80 y ss.

y la libertad individual en toda su extensión (la libertad sexual entre ellas), como bienes predicables de primer relieve en un orden democrático de derecho. Sin embargo, el patrimonio personal del individuo, como relación subjetiva amparada por el Derecho (derechos reales), también es objeto de tutela por la legítima defensa; más aún si el derecho privado permite la denominada “defensa posesoria”⁶⁵²; bienes pertenecientes a una persona natural o persona jurídica, aunque no gocen de protección jurídico-penal⁶⁵³, (...) especialmente los derechos de rango constitucional⁶⁵⁴; de manera que resulta perfectamente predicable la defensa de la morada, en cuanto espacio físico que cubre a sus ocupantes no de admitir intromisiones de terceros; así lo estimó el legislador al penalizar la conducta de violación de domicilio (art. 159°).

El acometimiento que se desprende de la «agresión ilegítima», no debe ser entendido en su acepción usual, desde una perspectiva material, pues la amenaza importa un peligro de lesión, en cuanto a la inminencia de ser agredido.

El honor como bien jurídico portador de la persona humana, pero en sujeción estricta del principio de proporcionalidad; se dejan de lado las agresiones verbales mutuas, pues ambos se han apartado de la protección jurídica del ordenamiento positivo, así también aquellas que se producen en determinados ámbitos sociales por no sobrepasar el riesgo permitido; no resulta para nada proporcional, reaccionar con una agresión física frente a una agresión verbal.

Por consiguiente, no son defendibles los bienes jurídicos «supraindividuales» ni los denominados «institucionales».

652 Art. 920° del CC.

653 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 219.

654 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 504.



Hoy en día no puede negarse la gran importancia que despliegan los bienes jurídicos colectivos, en orden a preservar las mínimas condiciones de un ambiente ecológico sostenido y equilibrado, *conditio sine qua non* para la realización de la persona humana, se encuentran íntimamente ligados al individuo; sin embargo debe ajustarse dicha valoración a los efectos y presupuestos de la legítima defensa y las consecuencias de dicha potestad; así también a nuestra realidad social, donde la falta de presencia del Estado en muchos lugares de nuestro territorio nacional, desencadenarían consecuencias por no menos decirlo “trágicas”⁶⁵⁵, tal como ha sucedido en los últimos años, cuando los pobladores toman de propia mano decisiones que suponen afectación a derechos fundamentales, excluyendo del análisis el derecho que tienen de protestar y de elevar sus demandas a las autoridades competentes, donde la problemática reside también en que las autoridades gubernamentales reaccionan —por lo general— cuando se han provocado consecuencias que lamentar.

En las provincias de la sierra del país, donde las empresas mineras desarrollan de forma estratégica su actividad, surgen legítimas oposiciones de los pobladores cuando se pone en riesgo sus bases mínimas de subsistencia; ante derrames de mineral tóxico u otras sustancias lesivas para la vida y la salud, proponer la posibilidad de la legítima defensa en estos casos sería sumamente peligroso para las bases mismas de un orden democrático de derecho. En estos casos cabe sólo el estado de necesidad justificante cuando se ponen en peligro los intereses más importantes del individuo, cuando puedan verse directamente afectados⁶⁵⁶; consecuentemente, no cabe la legítima defensa en el caso de los bienes jurídicos supraindividuales; cuya defensa se encomienda exclusivamente a los órganos estatales⁶⁵⁷.

655 Así, LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 596.

656 En este caso para STRATENWERTH, sí será admisible la legítima defensa: *Derecho Penal...*, p. 230.

657 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 596.



Finalmente los bienes defendibles, pueden ser «propios» o de «terceros»; es de verse, que la legitimidad de la acción defensiva en la legítima defensa reposa en el contenido material de los derechos fundamentales, cuya interpretación siempre debe dar lugar a una acepción lata. Por consiguiente, los valores en los cuales se asienta un régimen democrático, tiene por principal soporte el principio de solidaridad, que evoca el sentido humano que debe guiar la actuación de los ciudadanos, procurando establecer un grado de apoyo y colaboración entre los individuos.

Por lo dicho, cabe la legítima defensa para cautelar la preservación de bienes jurídicos de terceros, terceros que no necesariamente deben tener una vinculación legal o de parentesco con quien ejerce la acción defensiva, pues de ser así estaríamos coartando arbitrariamente los lazos de solidaridad que deben primar entre los ciudadanos.

Ahora bien, en lo que refiere a los partícipes (cómplices y el instigador) en una acción de Legítima Defensa, es importante destacar, que en la presente investigación, hemos defendido el carácter accesorio de la participación, y en base al principio de accesoriedad limitada, se fundamenta la punición del partícipe cuando su intervención es dependiente a un hecho principal calificado como un verdadero Injusto penal para el autor, pues si el hecho principal es justificado para el autor, lo deberá ser también para el partícipe. Sin embargo, JAKOBS, mediante el siguiente ejemplo, nos exige realizar un mejoramiento de nuestra concepción esgrimida, v. gr., se trata del caso en que un sujeto ayuda a otro a defenderse de una agresión ilegítima, alcanzándole un cuchillo cuando habría bastado con alcanzarle un palo, que también estaba a su alcance⁶⁵⁸. JAKOBS

658 La justificación de la defensa se extendería al partícipe, si éste al momento de pasarle el cuchillo no advirtió la presencia del palo.



dice que la defensa está justificada para el ejecutante, es antijurídica para el cómplice⁶⁵⁹.

Para que la actuación del partícipe sea también justificada debe desplegar su intervención dirigida a tal fin, a conjurar agresiones ilegítimas mediante la acción necesaria para tal fin, es decir, necesita de una base subjetiva. Pues, en el caso de que el partícipe aprovecha una situación de agresión ilegítima que pone en peligro a otro, para que el agresor resulte lesionado más allá de lo que los límites de esta justificante demandan, no podrá obrar justificadamente, pues su obrar no fue dirigido a defender un bien jurídico sino más bien de agredir el otro; por lo tanto, el carácter antijurídico subsistirá para él, a lo sumo la sanción punitiva podrá ser atenuada, conforme al art. 21° del CP.

2.2. Necesidad racional del medio empleado

En definitiva, este presupuesto es el que más ha sido objeto de discusión doctrinal, como resultado de una interpretación judicial no muy coherente y a veces disipada en sus resoluciones.

«Medio racional», es aquel lo suficientemente idóneo, para poder repeler eficazmente la agresión ilegítima, es la relación entre la magnitud de la amenaza y la dañosidad de la defensa. Necesaria, desde el punto de vista de la inexistencia de otros medios eficaces.

Medio: no hay que entenderlo en su sentido gramatical o restrictivo, es decir, no sólo como instrumento, sino como todo aquel procedimiento lo racionalmente necesario y proporcional con la eficacia suficiente para poder neutralizar la agresión.

659 Ejemplo citado por SANCINETTI. *Observaciones sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, cit. ps. 72-73.



Dicho lo anterior, deben ser proporcionales a la peligrosidad de la agresión, pero, obviamente serán aquellos, que en el caso concreto se encontraban al alcance de la víctima, es decir, desde una perspectiva *ex ante*; todo dependerá de las particularidades de las circunstancias, así como de las capacidades individuales de la víctima: no será lo mismo para un luchador profesional como para un anciano de escasas posibilidades de defensa.

Asimismo, la peligrosidad de la agresión se constituye en un límite de la necesidad del medio, en definitiva, no habrá que disparar mortalmente para evitar el daño de un vehículo.

La «racionalidad» habrá que relacionarla y medirla con la necesidad en el caso concreto y no en el medio a utilizar.

Ejemplo: resulta no menos que irracional, obligar a la víctima a utilizar un objeto análogo al que emplea el agresor, si en el caso concreto no le es alcanzable. El atracador que utiliza una navaja filuda y es muy diestro en su utilización y el agredido sólo tiene en su poder un arma de fuego, no podrá obviar éste y pedir al agresor que lo espere hasta conseguir una navaja, lo coherente será que este utilice el arma, pero sólo de la manera necesaria para conjurar el peligro. Sin duda, la proporcionalidad del medio no habrá que comprobarla *ex post*, sino habrá que evaluarla al momento de los hechos (*ex ante*), cuando el hombre actúa y en base a la representación que él tiene en ese momento. En consecuencia, a pesar de que a *posteriori* se compruebe que el medio no era racional (Error Invencible), podrá admitirse la Legítima Defensa.

El legislador con el fin de establecer una congruencia sistemática entre la interpretación de *lege ferenda* con la prescripción de *lege lata*, modifica este presupuesto mediante la dación de la Ley N° 27936 del 11 de febrero del 2003, que reza de la siguiente manera: “Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre

otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la firma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa”.

La interpretación es la siguiente: “la necesidad racional del medio” deberá ser estimada a partir de la proporcionalidad entre la lesión que el medio puede causar y la lesión que se pretende evitar, no se exige, pues una proporcionalidad matemática entre el daño causado por la acción defensiva con el posible daño que la agresión hubiese causado.

La legítima defensa resulta es justificada por su «proporcionalidad» sino por su «necesidad», pues serán válidos todos aquellos medios que desde una perspectiva *ex ante* se encontraban al alcance de quien ejerce la defensa.

2.3. Falta de provocación suficiente

La presencia de este requisito en el ámbito de los presupuestos de la legítima defensa no es de admisión pacífica en la doctrina, sin embargo su análisis es imprescindible en este trabajo, pues el legislador lo comprendió de *lege lata* en el inciso c) del artículo 20º del CP.

Cuando el agente provocador realiza actos de defensa sobre el sujeto agresor, dicha conducta se convierte en ilícita, pues se ha apartado de la protección del ordenamiento jurídico, por lo tanto ya no es admisible como tal la legítima defensa, actos que no pueden consistir en una agresión, pues sería ya de plano rechazable la legítima defensa y el agredido el legitimado para realizar la acción defensiva. El defensor será el provocado y no el provocador⁶⁶⁰.

Para tal efecto, resulta necesario delimitar el concepto de «provocación» y de «provocación suficiente».

660 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 242.

¿Qué significa “provocar”?; excitar, incitar, inducir a uno que ejecute una cosa; irritar o estimar a uno con palabras u obras para que se enoje; facilitar, ayudar o mover⁶⁶¹. Dicho en otras palabras: generar un determinado estado psíquico en la persona del agresor, el estímulo a una reacción agresiva.

Sin duda, la propia esencia personal y caracterológica de la persona humana, deviene en problemática establecer patrones de reacción conductiva, por lo que se debe renunciar a establecer un común denominador, esto es, de forma abstracta, por lo que debe valorarse caso por caso; así también debe considerarse que ciertas personas son proclives a reaccionar siempre de una manera violenta, por más leve que resulte la provocación; en tal merced, la provocación debe evaluarse conforme a la intensidad que puede provocar, de acuerdo a un espectador medio, pero tomando en consideración también a la persona provocada.

Hay que entender por tal un comportamiento voluntario del sujeto que induce o motiva la agresión; no es necesario, por tanto, que sea delito ni tentativa⁶⁶².

La provocación puede consistir tanto en una conducta voluntaria como imprudente de quien pretende luego ejercer la acción defensiva. No puede restringirse a una provocación dolosa, pues se estaría recortando de forma injustificada la protección de los bienes jurídicos fundamentales, por quien es provocado ilegítimamente. La acción no es preciso que esté dirigida al fin de desencadenar la respuesta agresora⁶⁶³, para que se afirme la concurrencia de la provocación suficiente, cuestión que será analizada renglones más adelante.

661 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 503.

662 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 209.

663 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 240.



Ahora bien, la pérdida del derecho de defensa para el que es agredido ilícita mente está condicionada por una provocación que no necesita ser antijurídica pero que debe ser “suficiente”⁶⁶⁴, esto quiere decir, que la provocación sea suficientemente idónea para generar una reacción agresiva, que puede o no proceder de un agente culpable, pero en el caso de los niños y los enfermos mentales, debe someterse la reacción a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, de evitarse la reacción agresiva en la medida de lo posible, situación que debe ser conocida por el provocado.

Entonces, la provocación suficiente importa despojar al provocador del derecho a una acción defensiva, pero no necesariamente confiere al provocado dicho derecho subjetivo, pues no concurre el presupuesto de “agresión ilegítima”, a lo más una disminución del grado cuantificable de culpabilidad.

Suficiente será aquella conducta de suficiente entidad como para provocar una reacción agresiva, por lo que se descartan aquellas conductas nimias, leves, insignificantes, chistes, burlas, etc. El derecho de legítima defensa también le asiste a quien ha contribuido a provocar la agresión (por ejemplo, haciendo burlas al agresor)⁶⁶⁵.

Quedan fuera de este marco, las reacciones explosivas de quien recibe una ofensa verbal y ejecuta una conducta violenta, v. gr., quien ante los piropos que recaen sobre su pareja, reacciona disparando un arma de fuego, por lo que el provocador no está obligado a soportar dicha reacción agresiva, estando amparado por la legítima defensa.

Sin embargo, concurre la denominada «provocación intencional», cuando el agente provocador dirige su conducta a generar una

664 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 126.

665 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 127.

reacción agresiva del provocado y así cometer su designio criminal, por lo que no hay ánimo de defenderse, sino encontrar los motivos para desplegar una intención lesiva u homicida; (...) pues si buscamos *ex profeso* ser agredidos, para vengarnos de secretos resquemores contra otro a quien sabemos excitable; si lo excitamos o le provocamos con burlas, en voz baja, haciendo que el individuo explosivo saque el arma, para así matarle con todas las apariencias de una causa de justificación, no ejecutamos una legítima defensa, sino que la hemos buscado como pretexto y no nos será aprovechable⁶⁶⁶, por lo que se pierde el derecho a la legítima defensa⁶⁶⁷. Queda claro, que en esta situación el provocador intencional, ha renunciado con su obrar a la protección del orden positivo.

En síntesis, parafraseando a LUZÓN PEÑA, diremos que la provocación suficiente será el caso en aquella provocación que deje claro ante todos que el sujeto no está legitimado para actuar como defensor del Derecho, concretamente cuando objetiva y abiertamente, es decir, a los ojos de todos, el provocador haya renunciado a la protección jurídica de la legítima defensa, esto es, a la defensa del Derecho y por parte del Derecho, y quiere resolver el asunto como una cuestión interna⁶⁶⁸.

Por tanto, quien provocó en el agresor una actitud violenta, no podrá invocar sin más la Legítima Defensa; quien provocó dolosa o imprudentemente, la agresión, debe afrontar todos los costos graves de su acción inicial.

Suponer que en el caso de una provocación mínima, no cabe la Legítima Defensa, podría conducir como afirma MUÑOZ CONDE, a una responsabilidad objetiva por el resultado⁶⁶⁹.

666 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 503-504.

667 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 127.

668 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 614.

669 MUÑOZ CONDE, F. y otro. *Derecho Penal. Parte General*, p. 340.

Por último, mientras el provocado puede ejercer la acción defensiva (siempre que se dé la agresión ilegítima), el provocador debe sortear el ataque y limitarse a ejercer una defensa pasiva. Ejemplo: un mero empujón a otro y éste reacciona lesionándolo con un objeto contundente.

Conclusivamente, resulta necesario no haber provocado la situación agresiva para poder beneficiarse con la Legítima Defensa, quien se defiende no debe haber creado la situación⁶⁷⁰.

Llevada tal argumentación al plano jurisprudencial, tenemos que en el Fundamento 5.2 del RN N° 910-2018-Lima Este, se señala que: *“La legítima defensa, como causa de justificación, se funda, desde un plano individual, en la defensa que realiza la persona en repuesta racional frente a una agresión injusta; y, desde el plano supraindividual, en la necesidad de defensa del orden jurídico y del derecho en general, conculcados por la agresión antijurídica; sin embargo, la importancia y trascendencia que tiene conceder a una persona derechos que incluso se nieguen al Estado (por ejemplo, matar a otra persona en defensa propia), imponen la necesidad de limitar ese derecho individual a casos y situaciones realmente excepcionales, en los que solo el individuo puede defender sus bienes jurídicos más preciados, y en la medida en que no sea posible operar eficazmente otros mecanismos jurídicos protectores del bien puesto en peligro”*. Requisitos de la legítima defensa: *no existe ninguna posibilidad de imputación del resultado a quien hizo la defensa de su patrimonio y de su propia vida, porque no creó la situación de conflicto, constituyendo el supuesto de hecho una situación de legítima defensa prevista en el inciso 3, del artículo 20, del Código Penal, puesto que concurren sus elementos configurativos: agresión*

670 En lo referente a los casos de Error, el invencible o inevitable en el cual se ve incurso el agresor sobre la situación jurídica, se resolverá según el tratamiento del Error de Prohibición (error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación).

ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa (R. N. N° 1878-2007-Áncash, de 06-05-2008, fojas 4 y 7. Sala Penal Permanente. 3 RN N° 4986-97-Lima, de 27-04-1998. Sala Penal).

No siempre los custodios del orden (policiales), estarán en condición de repeler estas agresiones ilegítimas, por ende, se faculta a los ciudadanos a ejercer una positiva defensa, en pos de salvaguardar sus intereses jurídicos más preciados, siempre que concurren ciertos presupuestos de forma confluyente, tal como se desprende del inciso 3) del artículo 20° del Código Penal.

En el FUNDAMENTO DUODÉCIMO del RN N° 910-2018-Lima Este, la Sala Penal Permanente, destaca que no se debe olvidar que, según el numeral 3 del artículo 20° del Código Penal y conforme lo señala el profesor Hurtado Pozo: *Actúa en legítima defensa quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros [...]. En su aspecto objetivo, esta descripción comprende una situación de peligro creada por la agresión ilegítima y la acción destinada a neutralizarla. El aspecto subjetivo consiste en la voluntad de defenderse, o de defender a terceros, con la que ha de actuar quien ejerce la defensa. Esta voluntad está prevista de modo implícito en la expresión “obrar en defensa de”. La situación de peligro (estado de necesidad en sentido amplio) supone, por un lado, una agresión ilícita, actual o inminente y, por otro lado, un bien jurídico preponderante que deba ser protegido.*

La institución jurídico-penal de la Legítima Defensa adquiere una vital importancia en la actualidad, merced a la delincuencia que azota todas las ciudades del país, donde el número de efectivos policiales con que cuenta la institución, se muestra en insuficiente, para hacer frente a esta temible criminalidad; de ahí, que los ciudadanos, no en pocas oportunidades, deban defenderse de forma personal. Situación que debe ser valorada correctamente por los operadores jurídicos, a fin de evitar resoluciones jurisdiccionales injustas, don-

de se sancione punitivamente a quien se limitó a defender sus bienes jurídicos vitales.

Requisitos: agresión ilegítima, falta de provocación suficiente, medio racional empleado (“proporcionalidad”); así, en el FUNDAMENTO TERCERO, por parte de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el RN N° 3697-2007-San Martín, definiendo los alcances de la “legítima defensa”; que la Constitución Política del Estado, en el numeral veintitrés del artículo dos, señala que: “Toda persona tiene derecho a la legítima defensa”; asimismo, el numeral tres del artículo veinte del Código Penal, estipula que: “El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa”.

Como bien se sostiene en el RN de Lima Este: *“Constituye premisa básica para expedir sentencia condenatoria, que la misma se respalde en suficientes elementos que acrediten, de forma clara y categórica, la vinculación de una persona en el evento materia de imputación; asimismo, se debe verificar si en autos existe una causa de justificación que exima de responsabilidad penal a la autora de los hechos materia de investigación; ya que a falta de dichos elementos procede su absolució*n. Esto significa, que la legitimidad de una sentencia de condena en un orden democrático de derecho, tomando a la libertad como plataforma fundamental de su construcción programática, no basta pues que se haya realizado una conducta típica –portadora de lesividad social–, sino que a su vez el agente no haya actuado de tal manera, premunido de un precepto permisivo, propiamente autorizado por una Causa de Justificación, donde la lesión del interés jurídico es pues lícita.



3. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

3.1. Introducción al tema

Conforme se sostuvo en los apartados iniciales de la capitulación, principio esencial en el cual reposan las causas de justificación (preceptos autoritativos), importa la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, los valores superiores, contemplados en la Ley Fundamental, conformidad a la orientación teleológica de un Estado Social y Democrático de Derecho.

De la protección de los derechos fundamentales se deriva el principio del «interés preponderante», en cuanto al grado de jerarquía que los bienes jurídicos, referido a la relevancia que despliegan en el ámbito privativo de la persona humana, llevado a su realización personal y su actuación en el colectivo social.

Es la misma cotidianeidad de las relaciones sociales, que surge el conflicto de intereses, que día a día se activa cuando el ser humano debe elegir el sacrificio de uno para la salvaguarda del otro; por lo tanto, cuando se actúa típicamente en resguardo de un interés superior, no se puede actuar antijurídicamente, a pesar de que dicha realización importe la afectación a otro interés jurídico —objeto de tutela—, en tanto la realización plena de los intereses vitales del ser humano prima ante otros intereses jurídicos que no han adquirido dicha envergadura.

Los efectos positivos que se derivan de la «acción justificante» se superponen a los efectos negativos que se derivan de la acción típica.

Las normas jurídico-penales prescriben modelos de conductas valiosos, en cuanto al fin que persiguen —desde una perspectiva finalista—: la «protección de bienes jurídicos» adquiere vigencia efectiva mediante la función preventiva que despliegan y no viceversa, como pretenden ver los partidarios del Funcionalismo propuesto por

JAKOBS; por tales motivos, la infracción del directivo de conducta (norma) presupone un estado de lesión a un bien jurídico o su puesta en peligro, que se verifica con la concurrencia de los presupuestos objetivos, en cuanto a la realización de un riesgo que sobrepasa la medida permitida y que ingresa al ámbito de protección a la norma (imputación objetiva) y en la vinculación anímica del hecho con la persona de su autor, que importa la acreditación del dolo o la culpa (imputación subjetiva). Pero con ello todavía no hemos agotado el nivel de valoración del Injusto penal, que requiere de forma específica que dicho estado de lesión (tipicidad) no entre en contradicción con intereses preponderantes, es decir, que si la lesión –verificada en el directivo de la conducta de forma parcial– obedeció a la realización de una conducta autorizada por el ordenamiento jurídico, el hecho no es ilícito, a pesar de que la lesión no se haya desvanecido en la esfera del bien jurídico, por lo que esta conducta concuerda con los fines de la política jurídica del Estado, en lo que respecta al reconocimiento de los intereses jurídicos preponderantes.

Según las diversas variables que se desprenden de la teoría del delito, el intérprete debe tomar muy en cuenta, las diversas valoraciones que se desprenden de las categorías dogmáticas; las que fluyen de la tipicidad no son equiparables de ningún modo con los de la antijuridicidad; no se le puede concebir como la parte positiva y negativa del Injusto –como conciben erróneamente los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo–, sino a través de específicas funciones, según dictados de política-criminal.

En cuanto a la categoría de la «antijuridicidad», reconocemos la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos; no obstante, descartamos de plano que la afirmación del injusto penal, pueda estar condicionada a las características particulares del sujeto –conforme su grado de aprehensión normativa– (culpabilidad), pues somos de la idea que los niveles de valoración son de naturaleza preclusiva, un análisis ordenado, desde el nivel más lejano al más cercano.



El «estado de necesidad justificante», por tanto, se construye a partir del grado de jerarquización de los bienes jurídicos, en cuanto su reconocimiento constitucional, que conlleva el sacrificio del bien menor en aras de cautelar la pervivencia del bien de mayor jerarquía.

Hemos de convenir, entonces, que el «estado de necesidad justificante», prioriza la jerarquía del bien a elegir, no se fundamenta en la defensa del ordenamiento jurídico, sino en la tutela de los derechos fundamentales.

La eximente de estado de necesidad se basa exclusivamente como sostiene CEREZO MIR, en la necesidad de defender los bienes jurídicos⁶⁷¹. Siendo así, es el interés preponderante el fundamento esencial sobre el cual reposa el estado de necesidad justificante.

La justificación sobre la base del principio del interés preponderante —apunta RUDOLPHI— significa que el ordenamiento jurídico permite una acción peligrosa porque valora más las posibilidades de salvación generadas por ella que la peligrosidad que le es inherente⁶⁷². Lo que determina la exclusión de la antijuricidad es, según este punto de vista, la necesidad de lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado⁶⁷³.

Cuando la afectación de un bien es mayor que la de otro, se entiende que el derecho esté dispuesto a dejar sin pena ese comportamiento, pues en todo caso se cumple su función de protección y además, se asegura el desarrollo social, en cuanto lo fundamental no es afectado y se está dentro de los riesgos que implica la vida social⁶⁷⁴.

671 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, p. 249.

672 RUDOLPHI, H. J. *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, p. 88.

673 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 128.

674 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 216.

En el estado de necesidad justificante se produce una colisión entre dos bienes jurídicos, en la cual se da preferencia al más importante, desencadenando un estado de lesión al bien de menor jerarquía; (...) no sólo los intereses que hay que salvar sino también aquellos que para ello hay que perturbar son en principio igualmente dignos de protección jurídica, pues el peligro no procede de una agresión ilegítima o, si procede de ella, no se evita, no se resuelve el conflicto a costa del agresor ilegítimo, sino de bienes o intereses de terceros, lo cual explica, entre otras, las restricciones de proporcionalidad y subsidiariedad que se imponen a la acción salvadora⁶⁷⁵.

Es de verse, que en el estado de necesidad justificante, la realización de la conducta salvadora deberá ser siempre el último recurso a utilizar, es decir, la agresión al bien jurídico debe proceder, cuando no exista la posibilidad de realizar otra conducta menos lesiva en orden a conjurar el peligro; (...) la acción de salvamento será estrictamente subsidiaria respecto de cualquier otro remedio que afecte en menor medida los bienes jurídicos ajenos o no lo haga en absoluto⁶⁷⁶; esta última declaración resulta relevante, en orden a racionalizar la concurrencia de esta justificante, a un verdadero «estado de necesidad».

A tal efecto, el Estado de Necesidad Justificante, lo podemos definir *como aquella justificante, que elimina el Injusto penal, que se deriva del conflicto de bienes jurídicos de distinta valoración jurídica y social, prefiriéndose el valor jurídico de preponderante, por ser considerado de mayor relevancia por la sociedad y el orden jurídico*; por lo tanto, el conflicto, sólo podrá resolverse mediante una ponderación de bienes jurídicos, que va a desencadenar el sacrificio del bien menor en salvaguarda.

675 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 620.

676 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 246.



3.2. Requisitos

a. *Estado de necesidad*

Debe aparecer en el escenario, un «conflicto real de intereses jurídicos», que pueda inferirse la posible lesión del bien mayor, para lo cual se procederá a sacrificarse el otro.

Primero, entonces, debe concurrir un verdadero «estado de necesidad», quiere decir esto, que las circunstancias fácticas que rodeen al hecho, manifiesten una aptitud de lesión o de peligro para uno de los bienes jurídicos que se comprenden en el inc. 5 del artículo 20° del CP; la posibilidad razonable de que un interés –penalmente protegido– pueda ser objeto de lesión.

La «necesidad» debe dar a entender, que no existe otro remedio que proceder a una conducta lesiva (del bien menor), a fin de preservar la intangibilidad del interés jurídico superior.

El peligro, significa probabilidad, una considerable posibilidad de lesión de algún bien jurídico o interés, que no esté totalmente protegido⁶⁷⁷; poco importa, sin embargo, la intensidad del riesgo⁶⁷⁸.

Por consiguiente, no habrá “estado de necesidad” cuando el peligro pueda ser conjurado por otra vía menos traumática o, cuando el sujeto ha provocado intencionalmente dicho estado de peligro, a fin de ampararse en la justificante en cuestión, aunque no es necesario que la provocación de la situación de necesidad fuera el fin perseguido por el sujeto (...) ⁶⁷⁹; sin embargo, en el caso del “auxilio necesario” si el mal fue provocado por el titular del bien, y

677 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 623.

678 HINOSTROZA PARIACHI, César. *Manual de Derecho Penal*. APECC, marzo del 2006, Lima, p. 174.

679 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 284.



aun conociendo de esta situación el defensor actúa, habrá estado de necesidad justificante. La situación de necesidad no debe haber sido creada por el titular del bien jurídico amenazado⁶⁸⁰, más si se admite si fue creado por un obrar negligente.

El estado inminente de peligro puede haber sido creado por un hombre, por las fuerzas de la naturaleza (terremoto, tsunami) o por acción de los animales; en el caso de la legítima defensa el peligro de lesión siempre proviene del hombre (agresión ilegítima).

Para que pueda hablarse de un estado de necesidad es preciso que la producción sea inminente⁶⁸¹, que la probabilidad de que se cause una afectación perjudicial a un bien jurídico, sea cuestión de escaso tiempo; v. gr. quien con violencia despoja de su vehículo a un tercero, a fin de poder conducir a un pariente enfermo de gravedad a un nosocomio cercano, quien arranca su celular a otro para llamar a los bomberos, pues se está incendiando una casa contigua; el galeno que tiene que amputar una pierna gangrenada para salvar la vida del paciente(...) ⁶⁸²; el decaimiento significativo de la salud de una menor que la coloca en un riesgo inminente de perder la vida, por lo que el padre acude a una farmacia y sustrae de su interior, medicación necesaria para salvar la vida de su hijo; pero si la enfermedad es una estación prolongada —sin advertirse aún un riesgo inminente de muerte—, en la cual se necesita de cierta medicación y, el padre está en posibilidad de solventar el gasto, si es que se esfuerza, no será posible estimar el estado de necesidad justificante, si se comete la conducta típica —*in examine*—.

Si admitiéramos lo contrario, estaríamos fomentando el decaimiento de los deberes de protección, en cuanto a la asunción de

680 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 128.

681 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 246.

682 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 514-515.



obligaciones por quienes son «Garantes» y el debilitamiento de la vigencia de la norma, convirtiendo a las causas de justificación en la regla.

Empero, si el estado permanente manifiesta ya un estado crítico, en el cual se deba decidir por la salvaguarda del interés jurídico de mayor jerarquía, sí procede admitir el estado de necesidad; como es el caso del aborto terapéutico, donde la enfermedad de la gestante haya sido pronosticado de un tiempo atrás, pero luego de realizados todos los exámenes médicos, se llega a la determinación que no existe más remedio que ejecutar el aborto.

Una hipótesis del Estado de Necesidad Justificante, lo podemos advertir en otras dos situaciones: primero, es sabido, que la codificación punitiva penaliza aquella conducta del funcionario o servidor público, que pese a estar destituido, cesado, subrogado o suspendido, continúa ejerciendo una determinada actuación pública funcional, lo que da lugar a una de las modalidades típicas de la figura de la Usurpación de Funciones; empero, si es que aún no llega su reemplazante, y aparece un estado de necesidad, una calamidad pública, donde el director del hospital ha de tomar decisiones, la conducta será atípica, pero penalmente justificada; así también, ante un hipotético caso de Malversación de Fondos, mediando la disposición de un fondo presupuestado, que es empleado por el Alcalde para otra finalidad, en el marco interno de la Administración, en concreto para palear un verdadero estado de necesidad, en tanto un alud o un terremoto, ha causado estragos en la población, que requieren ser atendidos con fondos públicos, el comportamiento será atípico, mas negado desde el plano de la antijuridicidad penal.

El mal que se pretende conjurar debe reflejar una estimación valorativa de especial importancia, de acuerdo a su vinculación con el titular del bien que se pretende salvaguardar, es decir, dicha estimación no se puede realizar en abstracto, sino partiendo de las

particularidades concretas del caso en cuestión; de ahí se estima necesario acudir –por parte de la doctrina–, al principio de proporcionalidad, el cual importa que el interés a salvaguardar deba ser eminentemente superior al interés sacrificado, así como al marco de penalidad de cada delito en cuestión: faltando este requisito se podrá observar una eximente incompleta.

No habrá estado de necesidad, en el caso del joven acaudalado que a fin de salvaguardar la intangibilidad de su vehículo de último modelo, lo impacta, con la carretilla de alimentos de un vendedor humilde.

Tampoco se configura el estado de necesidad cuando se pretende realizar una acción en contravención a la libertad ajena, de quien teniendo un pariente enfermo de gravedad y necesitado de un trasplante de riñón, aprovechando el estado de inconsciencia de un tercero le extrae dicho órgano; (...) no procede, entonces⁶⁸³, cuando su ejercicio suponga una infracción grave del respeto debido a la persona humana, postulado inspirador del orden constitucional vigente, que por su carácter material se constituye en un auténtico límite de índole inmanente al derecho positivo⁶⁸⁴.

En este último caso estamos ya ante bienes de igual rango valorativo, por lo que procedería el estado de necesidad disculpante, siempre y cuando sea el único medio para salvar la vida del pariente.

En lo concerniente a los bienes jurídicos a salvaguardar, a diferencia de lo que sucede en la legítima defensa, el legislador ha estipulado normativamente que se trate de la vida, la integridad corporal y la libertad, de conformidad al orden de valores superiores consagrados en la Ley Fundamental. Sin embargo, luego abrió una ventana cuando dispuso de *lege lata* "(...) u otro bien jurídico".

683 Lo subrayado es mío.

684 ROXIN, C. *Derecho Penal...*, T. I., p. 483.



Debe tratarse en principio de bienes jurídicos inherentes a la persona humana, como la libertad sexual, la intimidad, el derecho al honor, en defensa de la pervivencia de la familia, etc., tal como se sostuvo en el caso de la legítima defensa.

Se niega la salvaguarda de los bienes jurídicos institucionales –vía el estado de necesidad–, pues un orden democrático de derecho cuenta con los mecanismos legales idóneos para tutelar eficazmente estos intereses jurídicos; a menos que se ponga en riesgo de forma indirecta bienes jurídicos personalísimos y no el supuesto de una «agresión ilegítima» que da lugar a la defensa necesaria.

Finalmente, los bienes jurídicos *supraindividuales*, de acuerdo a lo acotado en el nivel anterior, sí procede el estado de necesidad justificante, que en definitiva tiene una cobertura de regulación más amplia que la legítima defensa; v. gr.; si se pone en riesgo la salud de toda una comunidad por posibles riesgos de desechos tóxicos que provienen de actividades mineras, el cierre de sus locales es una medida en realidad justificante, vía el estado de necesidad.

En resumidas cuentas, los bienes –objeto de salvaguarda– pueden ser propios o de terceros, rige en este caso todo lo dicho en el caso de la legítima defensa.

Finalmente, los intereses jurídicos que pueden ampararse en la acción necesaria, pueden ser propios o de terceros; es de recibo, que los preceptos permisivos reposan en criterios de solidaridad social, en cuanto al deber de los ciudadanos de asumir la defensa de los bienes jurídicos de sus congéneres; es así que se distingue el estado de necesidad propio, cuando coinciden en una misma persona la calidad de titular del bien amenazado y quien ejerce la acción justificante y el denominado “auxilio necesario” cuando es un tercero que conjura el peligro; sin embargo se dan ciertas diferencias en orden a la estimación del estado de necesidad justificante.

En el caso de que concurra un deber de sacrificio en el sujeto del bien defendido, como se verá más adelante, no podrá ampararse en esta justificante, pero, si concurre la hipótesis del «auxilio necesario»; v. gr., si un ciudadano ejerce una acción defensiva en tutela de la vida de un bombero o policía en el ámbito del deber y lesiona un bien jurídico de menor valor, el defensor sí incurre en estado de necesidad justificante.

b. Interés preponderante

El mal causado debe ser inferior (menos lesivo) al que se quería evitar; en el caso de colisión de bienes, el comportamiento típico solo quedará justificado si se preserva el interés “esencialmente” preponderante, salvando el bien jurídico de rango superior, evitando la lesión más grave o el peligro mayor⁶⁸⁵.

Debe partirse de la relación jerárquica de los bienes jurídicos en juego, es decir, de los bienes jurídicos que colisionan⁶⁸⁶, (...) solo el bien jurídico de menor valor puede ser sacrificado para la manutención de uno de mayor valor⁶⁸⁷.

Valga anotar, a este nivel, que una estimación valorativa de los bienes jurídicos en conflicto, no es en realidad empresa fácil, pues no basta con la mera apreciación de la jerarquía del bien a proteger, (...) sino también a la forma y gravedad de su lesión, así como su reparabilidad⁶⁸⁸.

Dicho lo anterior, la vida es el primer bien jurídico a tutelar, pero la afectación de la libertad personal o del patrimonio ajeno, debe conllevar la necesidad de conjurar un peligro en realidad grave

685 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 249.

686 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 129.

687 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 132.

688 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, ps. 276-277.

para el bien; si se priva de un patrimonio a una persona para comprar una pastilla contra el resfriado o simplemente para evitar que la ropa se moje, no habrá de ningún modo un estado de necesidad.

Lo decisivo será, sin embargo, no la relación jerárquica de bienes, sino el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social⁶⁸⁹.

También juega un rol la procedencia del mal, si tiene su origen en el propio bien que se va a sacrificar (caso de aborto terapéutico)⁶⁹⁰; lo que interesa, por tanto, es tomar en consideración no solo el grado de preponderancia del bien que se pretende salvaguardar, sino que en el caso concreto, la lesión del bien menor es de menor gravedad del que podría haberse producido en el interés de mayor rango legal.

La entrada en conflicto de estos bienes conlleva necesariamente a una ponderación, la misma que deberá realizarse considerándose a los bienes jurídicos como objetos empíricos dotados de ciertas características que los hacen más importantes a unos que a otros, así como la intensidad del peligro que se intenta conjurar y la naturaleza del ataque que se pretende desplegar.

La justificación queda excluida como señala WELZEL, si la utilización de un determinado bien jurídico para salvar a otro fuera impropio, por haberse empleado un bien de los que constituyen un fin en sí mismo, v. gr., caso de la vida humana.

Cuando se enfrentan un peligro concreto con uno abstracto, debe preferirse en general el concreto, sobre todo en la cuestión de los bienes jurídicos colectivos. Ejemplo: el sujeto que lleva en su

689 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 129.

690 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 218.



automóvil a la víctima de un accidente que debe ser atendida de forma urgente, estará justificada la puesta en peligro eventual de la vida de los peatones que cause su conducción arriesgada en el tráfico; no obstante ser bienes de valor jurídico equivalente, el peligro de lesión es significativamente mayor que las personas actuantes en el tráfico vario.

La doctrina ha elaborado determinados criterios, en cuanto al análisis preponderante, de acuerdo a una valoración, en esencia «criminológica».

En tanto, se tome en cuenta la relación específica entre el titular y el bien jurídico que se trate, pues hace referencia a un criterio subjetivo; como afirma RUSCONI, la intensidad del daño no depende solo de la agresión y el bien jurídico, sino de la especial vinculación de éste con su autor⁶⁹¹.

Ante un bien que es considerado como la única fuente generadora de ingresos de una familia y una de las tantas propiedades de un vecino adinerado el valor social de la primera es completamente superior al valor estrictamente económico de la segunda y, por tanto, determina la gravedad del mal⁶⁹².

Vemos, que la referencia valorativa dependerá del grado de utilidad que el bien signifique para su titular, más aún si este bien es de aquellos indispensables para la manutención de otros bienes prevalentes, como la vida o la salud. Piénsese en el ejemplo de la ternera que proporciona la leche diaria a una familia de escasos recursos económicos. No será justificada la acción de aquel conductor que colisiona su vehículo moderno contra la carretilla de alimentos que sirve de sostén económico de una familia, a fin de evitar que se raspe ligeramente y sufra así detrimento la pintura del mismo.

691 *Ibidem*.

692 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal*, Ariel. Barcelona, 1984. p. 217.



c. Acción justificada

La acción ha de resultar idónea, según las circunstancias concurrentes, para salvar el bien jurídico preponderante, eficaz para salvaguardar su intangibilidad y, de conformidad con el principio de subsidiariedad, no debe existir otro medio de solución capaz de conjurar el peligro, menos lesivo.

No puede autorizarse cualquier acción, sólo aquella suficiente para poder ejercer la acción de salvaguarda, rige también aquí el principio de proporcionalidad; sólo se debe desplegar una conducta lo estrictamente necesaria para conjurar el peligro, pues de lo contrario el exceso no es amparado vía esta justificante, cuyo estado de error puede llevar a lo más a una atenuación de la pena o a un estado de necesidad disculpante.

Debe emplearse un medio adecuado para vencer el peligro según las circunstancias y el alcance de estos instrumentos en poder de quien ejecuta la acción justificante, potencialmente idóneo para poder evitar la afectación del bien jurídico en peligro a través de la acción justificada.

d. Elementos subjetivos

Común denominador de los preceptos permisivos es la correspondencia que debe existir entre el factor anímico y los hechos que dan lugar a la acción justificante, es decir, el agente que realiza la acción necesaria, debe saber que actúa de esa forma a fin de salvaguardar un bien jurídico de mayor valor al que se sacrifica con la conducta lesiva.

El sujeto ha de actuar con el fin, es decir, con el ánimo de evitar un mal propio o ajeno⁶⁹³.

693 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 275.

Elemento psíquico definido por: «el saber que se encuentra en una situación tal, que lo faculta a ejercitar una acción agresiva destinada a vencer el peligro inminente».

El contenido anímico se compone de dos elementos: a. Impulsado por el hecho de encontrarse en un estado de necesidad, es decir, obra en base a la conciencia de dicho estado, sabe de ello y actúa conforme a dicha percepción y b. El despliegue de la acción justificante, la realiza con el fin de evitar el peligro para sí o para otro.

Ahora bien, si el sujeto actúa sin conocer que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, no será admisible el estado de necesidad justificante; v. gr., si el médico ejecuta las acciones abortivas sobre el cuerpo de la gestante, con la única intención de interrumpir el fruto de la concepción (de forma clandestina), sin saber que la salud de la madre se encuentra en peligro, precisamente como consecuencia de dicho estado, faltará el elemento subjetivo, por lo tanto, la conducta será punible, al no actuar de forma justificada.

Si a la inversa, el autor supone erróneamente la existencia de los presupuestos objetivos del estado de necesidad (estado de necesidad putativo), se halla en error sobre la antijuridicidad de su hecho; regirán las reglas para el error de prohibición⁶⁹⁴, para otro sector de la doctrina rigen las reglas del error de tipo.

El análisis de encontrarse o no en un Estado de Necesidad, deberá efectuarse *ex ante*, de qué forma el sujeto se representó psicológicamente el evento y asimismo la valoración acerca de la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto.

La voluntad del sujeto debe ser impulsada por la finalidad de salvaguardar el valor jurídico preponderante, ante el sacrificio del bien de orden menor.

694 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 133.

En el caso de la creencia errónea de estar inmerso en un estado de necesidad, se resuelve de igual forma que el caso de la Legítima Defensa.

e. Ausencia de obligación de sacrificio

Recapitulando, se configura el estado de necesidad justificante, cuando la acción justificante se dirige a conjurar un peligro inminente a un interés preponderante, por lo que se lesiona el interés jurídico de menor rango legal, y el agente debe actuar sabiendo de dicha situación y motivado con la voluntad de evitar un mal a un bien propio o ajeno.

A tales circunstancias debe añadirse que el que realiza la acción justificante no debe tener el deber de soportar el peligro; la norma a pesar de no hacer mención expresa al respecto, debe entenderse que el deber debe recaer sobre el necesitado y no sobre la persona que realiza la conducta salvadora.

Aparecen determinados cargos, oficios o vinculaciones de carácter institucional, que generan ciertos deberes de salvamento hacia terceros, en cuanto al sacrificio que importa el ejercicio mismo de la función, por lo que están obligados a sacrificarse a costa de la lesión de sus propios bienes; así, los bomberos, socorristas, policías, médicos, padres, etc., deberes de actuación que se fundan en la ley pacto, convención u oficio; (...) es decir se trata de posiciones jurídicas especiales, que en la mayoría de los casos, han sido elegidas voluntariamente por los obligados⁶⁹⁵.

En situaciones de extrema necesidad, estas personas no pueden lesionar un interés jurídico de menor rango, a fin de salvar sus propios bienes. La exigencia se sustenta en la especial función social que estas personas desarrollan bajo el marco de un estado social de

695 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 632.

derecho: la exigencia del sacrificio se deriva de un deber inherente al cargo: «Tiene la obligación de proteger los bienes de los ciudadanos»; dicho presupuesto, en consecuencia, no sólo deberá evaluarse en el Estado de Necesidad Disculpante.

Como bien dice PEÑA CABRERA: “La ponderación de bienes debe recoger la situación en que se encuentra una persona sumida en el deber de sacrificarse”⁶⁹⁶.

Las personas sujetas a estos deberes jurídicos no quedan excluidas, escribe CEREZO MIR; sin embargo, según opinión dominante, de un modo absoluto del ámbito de aplicación de la eximente de estado de necesidad⁶⁹⁷.

En el marco general del estado de necesidad, rigen sin duda, los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad, entiendo el primero como la necesidad de sacrificar un interés menor a fin de salvaguardar fines superiores, no siempre entonces deberá el deber implicar un sacrificio a toda costa⁶⁹⁸.

El hecho de que asuma de *motu proprio* una posición social de por sí peligrosa, no quiere decir de ningún modo que el sujeto obligado quede despojado de cualquier ámbito de tutela; de ahí que el legislador de *lega lata* solo lo haya incluido en el estado de necesidad disculpante. No puede pedirse sin más, que un bombero renuncie a su integridad física, para salvar el dinero del banco. Sin duda, las normas jurídico penales en su faz determinativa, tiene una base racional, de no exigir la realización de actos heroicos que supongan una lesión inminente en los bienes-jurídicos fundamentales. Ejemplo: el depositario no puede hacer uso de los caudales encargados, por más que se encuentre en una situación en extremo

696 PEÑA CABRERA, R. Cfr.

697 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 288.

698 CÓRTEZ DE ARABIA, Ana María. *Causas de Justificación*, p. 441.



difícil; estas exigencias no son absolutas, los límites habrá que encontrarlos en cada situación en concreto.

En resumidas cuentas, consideramos plausible que el estado de necesidad justificante no sea sometido a esta exigencia, pues estaríamos devaluando los intereses jurídicos superiores, a fin de salvaguardar bienes estrictamente patrimoniales, de conformidad con la previsión normativa en cuestión, por lo que no es necesario llenar este vacío normativo con una interpretación de alcance sistemático.

4. OBRAR POR DISPOSICIÓN DE LA LEY EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO

4.1. Introducción al tema

Los preceptos permisivos son en realidad derechos de intervención, que se fundan en una serie de principios, esto quiere decir, que la valoración del injusto penal parte desde una consideración objetiva y material a la vez, de acuerdo al «disvalor de la acción» y al «disvalor del resultado».

En el marco de las «Causas de Justificación», la sujeción estricta de la legalidad, importa enunciado de especial relevancia en el Estado de Derecho, en mérito del cual ciertos individuos se encuentran revestidos de poderes de coacción que inciden en la afectación y privación de derechos fundamentales; suponen «autorizaciones jurídico-públicas», manifestando la lesión de bienes jurídicos.

La Ley Fundamental y la normativa en general, confieren determinadas facultades a los funcionarios públicos, que desencadenan verdaderas afectaciones a los ciudadanos, pero que

son importantes para la preservación de un orden social regido por el Derecho y por la Justicia; el bien común sólo puede obtenerse cuando el derecho subjetivo de un individuo es reivindicado a pesar que aquello supone la afectación a otro derecho individual.

Una sociedad gobernada por seres imperfectos, requiere de prescripciones normativas, de ordenaciones de control, de específicas regulaciones legales, encaminadas a poner coto, a todo viso de abuso, en el ejercicio de un derecho; así, como a un ciudadano, se le reconoce el derecho de expresarse libremente y de proferir críticas a toda actuación funcional, no es menos cierto, que el desarrollo de dichos derechos no puede tomar lugar de forma libérrima, a efecto de cautelar el orden público así como la seguridad del resto de ciudadanos.

No se podría asegurar el desarrollo socio-económico de una Nación, si es que no se disponen parámetros de actuación a los ciudadanos; entendiéndolo, de que el ejercicio de cualquier libertad —contenida y consagrada— en la Ley Fundamental, ha de tomar lugar en armonía con el resto de intereses jurídicos, también objeto de amparo por los preceptos constitucionales en rigor.

Asimismo, el Estado Social debe cumplir con ciertas obligaciones que tienen que ver con la marcha ordenada del Fisco, la recaudación tributaria resulta imprescindible para poder ejecutar la política social y, así satisfacer las demandas de los sectores más empobrecidos de la sociedad.

Las normas jurídico-penales prescriben mandatos y prohibiciones, dirigidos a configurar un estado valioso de convivencia, en cuanto a la tutela de bienes jurídicos; pero, a veces la afectación de estos bienes será lícita (permitida), siempre y cuando sea necesaria para la preservación de la seguridad jurídica y para la defensa del orden legal vigente.



Del mismo ordenamiento jurídico, fluyen la contraposición del interés individual con los intereses colectivos, este conflicto debe resolverse siempre bajo los criterios de ponderación y de proporcionalidad, de preferir el segundo de ellos cuando sea imprescindible para tutelar los fines superiores del ordenamiento jurídico.

La privación de libertad del imputado o condenado, el despojo patrimonial, el cierre de un establecimiento comercial, la actuación médica salvadora, el interés de los litigantes, la represión hacia los manifestantes, el desalojo, allanamiento domiciliario, interceptación telefónica, la divulgación de frases injuriantes, etc.; son todas manifestaciones de preceptos de intervención, que se basan en el principio de legalidad, que autorizan a ciertos funcionarios a ejecutar conductas típicas, a la postre justificadas.

Las coacciones realizadas por funcionarios públicos mediante violencia siempre son típicas, pero justificadas si concurren para tal efecto, los presupuestos que serán analizados más adelante.

4.2. Ejercicio legítimo de un derecho

No solo el ordenamiento jurídico confiere autorizaciones de intervención, que recaen en el ámbito de los bienes jurídicos fundamentales del individuo, sino también, el ejercicio mismo de determinadas profesiones u ocupaciones, así como las posiciones sociales que emanan de instituciones fundamentales, generan un «ejercicio legítimo derecho de intervención», por lo que la conducta en principio típica es finalmente lícita, es decir, autorizada por el ordenamiento jurídico.

El derecho de intervención puede provenir o no de un precepto legal, de cualquier disciplina jurídica, pues aquello que es permitido (lícito) en una parcela de la legalidad no puede resultar prohibido para el Derecho penal; importan actuaciones, que para

ser lícitas, deben encuadrarse en los presupuestos que regulan su actuación, por ende, cualquier exceso en dicha atribución no será comprendida en esta justificante («prohibición de exceso»); todo precepto permisivo, ha de sujetarse a los parámetros normativos que regulan su actuación, como una forma idónea de separar lo «lícito» de lo «ilícito».

La facultad de intervención no se deriva de la persona *per se*, sino de la profesión (oficio) y posición social, de la cual el sujeto se encuentra revestido, por lo que es intransferible e indelegable; el padre no le puede delegar a la niñera el derecho de corrección sobre sus menores hijos; comportan especiales ámbitos de «orden institucional», legal así como de «naturaleza social».

Asimismo, ejercen sus derechos, todos aquellos que realizan acciones que no son prohibidas, tal afirmación emana de una norma constitucional, artículo 20° inciso a): *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedirlo de hacer lo que ella no prohíbe”*.

Al referirse el dispositivo legal –invocado–, al ejercicio de un derecho se refiere a su contenido, ya que una extensión amplia podría desembocar en un «abuso del derecho», lo cual no es permitido y justificado, concordante con lo previsto en el artículo III del Título Preliminar del CC.

Además, para poder apreciar la concurrencia de esta justificante, el sujeto debe actuar sabiendo (ánimo subjetivo) que actúa amparado bajo el ejercicio legítimo de un derecho; resultando la conducta típica, su acción es pues legitimada y no antijurídica, el estar su ejercicio con arreglo a ley.

Ejemplo: la función fiscalizadora de los Congresistas de la República, que según el artículo 93° de la Constitución no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación. No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por sus opiniones,

que en determinadas oportunidades pueden resultar a veces ora injuriantes, ora calumniantes; de todos modos, la «permisibilidad» de este derecho no es ilimitada, en el sentido, de que las frases injuriantes deben proferirse en el ámbito estricto de la función legislativa o, como consecuencia de una labor fiscalizadora; *contrario sensu*, si el Congresista divulga a título personal, una cualidad injuriantes o una imputación delictiva a una determinada persona, no estará cobijado por esta eximente, pues la conducta típica ha sido cometida al margen del derecho que confiere la intervención lesiva.

Debe tenerse presente que el derecho de que se confiere, tiene como sustento la función legislativa y no la persona, cuestión parecida acontece en el caso de los periodistas, que muchas veces en su actuación profesional, divulgan hechos delictivos o profieren cualidades personales injuriantes, en cuya licitud se enmarca también esta justificante.

Es en este nivel —de la discusión—, donde entran en franca colisión dos bienes jurídicos fundamentales: el honor, como atribución individual de todo ser humano y, la libertad de expresión y de opinión que encuentra su basamento en los principios ordenados de una sociedad democrática y pluralista, donde la actuación del periodista debe dirigirse a la formación de una opinión pública veraz y objetiva, no a despertar el mórbido de la colectividad.

Para que el periodista pueda encuadrar su conducta en esta justificante, debe haber realizado previamente una labor de investigación lo suficientemente objetiva, para haberlo llevado a una determinada conclusión, de haber cotejado la información con otras fuentes, es decir, debe haberse esforzado seriamente para llegar a la verdad.

Por consiguiente, si el periodista actuó con ligereza, sin haber contrastado la veracidad de la información, habrá actuado con «temerario desprecio hacia la verdad», por lo que su conducta

será constitutiva de un injusto penal. Queda claro, que la solución —vía la ponderación de bienes jurídicos en conflicto— no puede ser resuelta de ningún modo a nivel de la tipicidad, por el recurso de los “ánimos” - elementos subjetivos del injusto (*injuriandi, difamandi*, etc.⁶⁹⁹), por ser abiertamente inconstitucionales e incompatibles con el principio de legalidad; efectuar este razonamiento supone vaciar de contenido material un bien jurídico de tanta trascendencia en el Estado de Derecho, como es el honor de una persona.

En resumidas cuentas, la realización de cualquier derecho requiere de límites y de contornos bien definidos, en este caso, de que el informador haya contrastado debidamente la información recabada, a fin de cautelar su “veracidad” y, si luego de comprueba su evidente falsedad, la conducta a pesar de ser “típica” (menoscabo al honor = dañosidad social) será penalmente justificada, dada su utilidad social, siempre y cuando se haya cumplido con el deber de comprobación y de debida diligencia; desde una visión *ex-ante* de veracidad subjetiva, comprobada *ex-post*⁷⁰⁰. Por tanto, la nocividad social del comportamiento (tipicidad penal), es dejada de lado, ante la presencia de un acto pleno de utilidad social (causa de justificación). El injusto penal pues, implica la realización del tipo penal, tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos, y la ausencia de un precepto autoritativo, este es el primer plano de valoración, a efectos de fundamentar la legitimidad de la reacción punitiva, la valoración estrictamente individual, referente al reproche de corte personal (culpabilidad), determina otro punto de estudio, que no nos interesa en la presente valoración. Lo injusto es injusto de la acción referida al autor, es injusto “personal”, dice WELZEL⁷⁰¹.

699 Posición contraria, CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 314.

700 En parte, JAÉN VALLEJO, M. *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, p. 241.

701 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán. Parte General*, p. 92.



Ahora bien, en el ámbito de los derechos reales de garantía, previstos en el Código Civil, se confiere al acreedor el denominado «Derecho de Retención» (artículo 1123° del CC), en virtud del cual se le confiere la potestad de retener el bien de su deudor, si es que su crédito no se encuentra suficientemente garantizado.

Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene, debiéndose tomar en cuenta la excepción contemplada en el artículo 1124° (*in fine*) y los requisitos y presupuestos que deben concurrir para su aplicación, de acuerdo a las disposiciones legales del cuerpo legal antes citado; en tal entendido, se protegen los legítimos intereses de los acreedores, de que sus créditos se encuentren debidamente garantizados, a fin de satisfacer sus pretensiones crediticias; por consiguiente, la apropiación de bienes muebles que pueda darse a este nivel, si bien son típicas, constitutivas del tipo penal de Apropiación Ilícita (artículo 190° del CP), son lícitas, al estar justificadas por el ejercicio legítimo de un derecho, por lo tanto no son conductas antijurídicas.

a. Ejercicio profesional

El ejercicio de determinadas profesiones, permite en ciertas circunstancias, la comisión de actos típicos justificados, por estar amparados por el ejercicio regular de dicha actividad.

En el ámbito de las relaciones profesionales, existe lo que se denomina el «Secreto Profesional», que confiere la obligación de mantener reserva de las informaciones que el abogado recibe de sus clientes (deber de confidencialidad), así también de proferir frases a veces injuriosas en el debate que se produce en las audiencias judiciales, justificadas por ser necesarias en la práctica forense, cuyo fin esencial es la defensa de los intereses jurídicos del cliente.

Asimismo la actuación del médico que actúa amparado bajo los parámetros de la *lex artis*, esto es, son intervenciones médicas condicionadas a una finalidad curativa; en cuanto actuación que si bien puede resultar lesiva, por lo tanto típica, es justificada, pues se enmarca en un precepto permisivo.

En el ámbito de la intervención médica, existe mucha discusión por parte de la doctrina, en el sentido de atribuir a estas intervenciones como un caso de atipicidad, pues no se puede hablar de lesiones típicas, cuando la intervención del galeno ha producido una mejora en la salud del paciente y se ha contado con su consentimiento. Ya que lesionar implica atentar contra la salud individual, de modo que un tratamiento médico exitoso como es justamente en beneficio de la salud, no puede ser típico⁷⁰², supuesto en que se cuente con el consentimiento (aún tácito)⁷⁰³.

Al respecto, pueden proponerse varias disquisiciones; primero, sí como se sostuvo, la actuación del galeno se realizó con una intención curativa y, en efecto se produjo una mejora en la salud del paciente, la conducta será atípica, conste o no el consentimiento del paciente. Mediante una interpretación teleológico-restrictiva puede estimarse que no se da el resultado típico de los delitos de lesiones corporales⁷⁰⁴. No olvidemos, que la justificación in *examine* no es propiamente el «Consentimiento», sino el «ejercicio legítimo de un derecho», en tal virtud, cuando la intervención médica se haya producido de acuerdo a las reglas de la *lex artis* y con una finalidad curativa, contando o no con el consentimiento del paciente, será una conducta típica, pues habrá afectado el estado fisiológico, pero lícita (justificada), por enmarcarse precisamente en el marco del ejercicio legítimo de un derecho.

702 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 226.

703 POLITOFF L. S. y otros. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, p. 238.

704 CEREZO MIR. J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 316.



Sin embargo, se sostiene en otro sector de la doctrina, que en estos supuestos se comete de todo modos unas lesiones por maltrato⁷⁰⁵, posición que determina la plena disponibilidad de este bien jurídico, pues nadie tiene por qué aceptar que se mejore su salud, cuando no sea esta su voluntad; pero acaso, ¿No existe un juramento hipocrático, de que el médico debe proteger la vida humana sobre todo mal? no estamos hablando de cualquier persona, sino de un individuo, cuya función precisamente es la de salvar vidas; máxime, el tipo de lesiones requiere una intención dirigida a vulnerar las dimensiones física, corporal y psíquica de una persona, por lo que queda descartado de plano, que estas intervenciones puedan ser reputadas como típicas, a lo más constitutivas de un injusto administrativo o de una responsabilidad extracontractual.

Hay situaciones en las cuales, por su urgencia, no puede dilatarse la intervención del médico, obrando así el estado de necesidad, como también en los casos en que la voluntad contraria del afectado o sus parientes, impidan la actividad terapeuta, como en ciertas sectas religiosas respecto a la transfusión de sangre o las intervenciones quirúrgicas (...) ⁷⁰⁶; sin duda, el derecho a la vida está por encima de las confesiones ideológicas y religiosas del representante legal del paciente, claro que cuando la prolongación de la vida importa un sufrimiento intolerable, la valoración debe ser distinta.

Por consiguiente, la intervención médica como ejercicio legítimo de un derecho, solo entrará en consideración como una causa de justificación, cuando el médico actuando bajo los parámetros de la *lex artis* y con una finalidad curativa, provoca unas lesiones en las dimensiones físicas, corporales y psíquicas del paciente, sin interesar el consentimiento del paciente, empero, la intervención médica que se produce con infracción de la *lex artis* a pesar de conllevar una

705 HIRSCH, H. J. *Adecuación Social y Teoría del Injusto*, p. 38.

706 CÓRTEZ DE ARABIA, A. M. *Causas de Justificación*, p. 464.



intención curativa será una conducta típica y antijurídica, toda vez que se ejecutó sobrepasando el riesgo permitido.

El consentimiento del paciente es de por sí imprescindible, en el marco de una cirugía estética⁷⁰⁷, transfusiones de sangre, trasplantes de órganos y de tejidos y los llevados a cabo para el control de la natalidad (vasectomía y ligadura de trompas).

La ausencia de consentimiento del paciente, importa la realización de una actividad eminentemente típica.

Requisitos: 1.-Consentimiento del paciente, sólo cuando ello sea posible. 2.-Suministro de la ficha técnica del paciente, y 3.-Trascendencia de la intervención quirúrgica.

En el caso de no concurrir los presupuestos anotados, solo podrá ser justificado en situaciones de emergencia —de grave riesgo— que importan una acción rápida y decidida del facultativo. No podemos olvidar que la función esencial de los galenos es de salvaguardar la vida de sus pacientes, a toda costa y por todos los medios humanos posibles.

Esta actuación profesional lógicamente no podrá sobrepasar el riesgo permitido y deberá sujetarse a la diligencia debida.

Desde una perspectiva de *lege ferenda*, tal como lo prevé la legislación penal española, debe señalarse taxativamente cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que pueda operar esta justificante y, así cerrar espacios de discrecionalidad interpretativa al intérprete. En definitiva, ello importa un elemento indispensable para garantizar la seguridad jurídica y en aras de evitar interpretaciones extensivas que puedan ser reputadas como «arbitrarias».

707 A menos que la cirugía estética sea necesaria para corregir un defecto fisiológico, necesario para el funcionamiento de un órgano o tejido humano.

5. EL CONSENTIMIENTO

5.1. Introducción al tema

El arquetipo de constitución democrática –como lo denomina HÁBERLEE– tiene como contenido fundamental, el siguiente elemento: la dignidad humana, como premisa que deriva de todo un pueblo y de unos derechos humanos universales, a su vez entendidos como vivencia de la individualidad o especificidad de un pueblo determinado que logra su identidad, tanto en la tradición histórica como en sus propias experiencias⁷⁰⁸.

En un Estado de amplias libertades ciudadanas, el sistema de intervención estatal no puede intervenir en aquellas esferas de actuación humana, que manifiesten una decisión libre y voluntaria de los protagonistas del evento; solo resulta admisible la intervención del Derecho penal, cuando se debe un proceder humano que haya de afectar o poner en peligro un bien jurídico –punitivamente tutelado–.

La individualidad humana constituye el soporte fundamental de toda la construcción normativa, donde la Ley Fundamental tiene por aspiración servir al ser humano, dirección teleológica que se compagina en la idea de un Estado Social y Democrático de Derecho. No es, sin embargo, un bien cuya consagración jurídica haya sido una constante histórica; antes al contrario, puede decirse que durante la mayor parte del ciclo histórico humano, la libertad ha distado de ser un bien universal o absoluto, en el doble sentido de ser plena y de corresponder a todos⁷⁰⁹.

El Derecho, ha puesto de relieve PECES BARBA, es organización, a través de sus normas, de la vida social humana, es producto de

708 HÁBERLEE, Peter. *Teoría de la Constitución como Cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 33.

709 GARCÍA MORILLO, Joaquín y otros. *Derecho Constitucional*, Vol. I., p. 229.



la cultura y tiene por consiguiente un sentido racional, en la historia, por supuesto, y no de carácter abstracto e ideal válido para cualquier tiempo histórico, y una orientación tendente a humanizar la sociedad, a liberar al hombre de su alineación, a permitir el desarrollo pleno de la condición humana⁷¹⁰; aquellos constituyen los valores sobre los cuales debe reposar cualquier ideal de Justicia y del Derecho como consideración ius filosófica, con arreglo a un basamento constitucional.

En el marco de un Estado liberal de Derecho, los pilares filosóficos se basaron en el reconocimiento de la libertad como bastión de los derechos civiles y políticos del hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros Documentos Internacionales construyeron su edificio legal, bajo el contenido material de la libertad individual y sus efectos derivados, lo cual determinó una nueva configuración Estado-ciudadano. Dentro de una concepción basada ya sea en el racionalismo libertario liberal o bien jusnaturalista, en que en el centro de toda consideración está la libertad del hombre, cualquier otra función que vaya más allá de la conservación del pacto social en sentido estricto no le compete al Estado y por tanto resulta indiferente que se consiga o no para juzgar la bondad del Estado⁷¹¹.

Al Estado le está vedado ingresar a la esfera de libertad ciudadana, de pretender regular los ámbitos de autodeterminación que solo le pertenecen al individuo —como sujeto libre y responsable—; menos aún con el aparato represivo que representa el Derecho penal; por consiguiente, aquellos ámbitos de lesividad que provienen de una decisión humana libre y responsable, quedan en principio, son sustraídos del ámbito de punición.

710 PECES BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Debate, p. 193.

711 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 41.



Ahora bien, el reconocimiento estatal de la libre autodeterminación humana, comprende una doble dimensión: «negativa», en cuanto la imposibilidad de restringir niveles de actuación pertenecientes al individuo, únicamente cuando se está ante un sujeto incapaz, cuando el fin es ilícito o jurídicamente imposible, quiere decir esto, que las convenciones interpartes no pueden contravenir los principios sobre los cuales se sostiene un orden democrático de derecho, de obligatorio cumplimiento; por ende, los menores de edad no pueden contraer matrimonio ni enajenar sus bienes al igual que un privado de discernimiento, la vida humana no puede ser objeto de comercio, menos puede ser enajenada; por tales motivos, el respeto de la autodeterminación personal debe ponderarse con las reglas de convivencia social, a fin de evitar el ejercicio abusivo de un derecho, tal como lo consagra el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

En «Positivo», el reconocimiento de la autodeterminación personal, supone la implementación de mecanismos legales, dirigidos a la realización de dicha autodeterminación, tanto en el plano individual como social.

La reivindicación de la libertad personal por la acción del *Hábeas Corpus*, el derecho a la información vía la acción de *Hábeas Data*, etc., constituyen instrumentos tuitivos del individuo en su relación con el Estado; como mecanismos de interdicción a todo viso de arbitrariedad pública, encaminaos a reponer a su estado anterior, el hecho reñido y reprobado por el ordenamiento jurídico.

Dicho lo anterior, la autodeterminación del individuo es un derecho fundamental de primer orden, cuyo reconocimiento constitucional fluye del inciso 1) del artículo 2º, toda persona tiene derecho: “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)”.

En el ámbito de la regulación penal, aquellas conductas que revelen el consentimiento del titular del bien jurídico, quedan ex-

cluidas de plano de la valoración típica, pues ya de por sí inciden en la misma adecuación de la conducta bajo los alcances del tipo penal en cuestión, se habla en este caso de la libre disposición del mismo⁷¹²; por lo tanto, quedan excluidos los bienes jurídicos supra-individuales aunque el afectado sea un particular⁷¹³ y los de carácter institucional.

Es de verse, que la tipicidad de ciertas conductas se encuentra condicionada a la ausencia de consentimiento del ofendido, valoración que dependerá del contenido material que se le confiera al bien jurídico lesionado, en cuanto a su perspectiva teleológica. Tal sería el caso, por ejemplo, de los delitos de coacción, detenciones ilegales, allanamiento de morada o hurto por falta de lesión, respectivamente, los bienes jurídicos, libertad de manifestación de voluntad, libertad ambulatoria, intimidad o custodia⁷¹⁴; (...) o la adecuación social de la conducta, que entre quienes aceptan tal figura ha sido considerada a veces causa de justificación, pero mayoritariamente como causa de atipicidad por entender que si una conducta aparentemente subsumible en un tipo legal –como una detención prolongada de un tren de pasajeros en un despoblado entre dos estaciones no sería en las detenciones, ilegales, o en las coacciones, o el corte de pelo en las lesiones leves– se considera socialmente correcta, adecuada entonces realmente no es jurídico-penalmente relevante la perturbación del bien jurídico y por ello no supone indicio de antijuridicidad⁷¹⁵.

712 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 327.

713 DE VICENTE REMESAL, Javier. *Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de Exclusión de la Tipicidad o de la Antijuridicidad?*, p. 117.

714 DE VICENTE REMESAL, Javier. *Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de Exclusión de la Tipicidad o de la Antijuridicidad?* En: *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999, p. 122.

715 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Causas de atipicidad y causas de justificación*. En: *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Arazandi Editorial, 1995, p. 22.



En las descripciones típicas mencionadas, la presencia del consentimiento excluye la noción misma de «lesividad», por lo que su relevancia jurídico-penal queda descartada de plano; cuestión distinta aparece cuando la presencia del consentimiento, no excluye la lesión del bien jurídico, donde la exclusión de pena obedece estrictamente al reconocimiento de la libertad personal.

A nuestro entender la «conformidad del ofendido», no tiene la virtualidad suficiente como para excluir la propia lesividad de la conducta, por lo que no se enerva la tipicidad y entraría a tallar el consentimiento como una causa de justificación; de ese modo se presupone tácitamente que el consentimiento no modifica en nada la lesión del bien jurídico como tal y que justamente solo decaería la razón para sancionarla penalmente⁷¹⁶.

Es importante destacar a este nivel de la discusión, que según la posición adoptada en la monografía, el tipo actúa como indicio de «antijuridicidad», es la *ratio cosnoscendi* y no la *ratio essendi*, por lo que de ningún modo, el consentimiento puede operar a la vez como causa de atipicidad y como causa de justificación, tal como puede desprenderse de la teoría de los elementos negativos del tipo.

Cuestión controversial (*discutible*), entonces, importa la ubicación sistemática del consentimiento, ora como causa de atipicidad, ora como causa de justificación; pasando por una postura dual, quiere decir que este elemento aglutinante puede operar a partir de ambos niveles dogmáticos.

De los tipos penales donde el consentimiento opera ya como una causal de atipicidad, podríamos citar a la violación de domicilio (art. 159°), donde se protege una especial parcela de la intimidad personal, un espacio físico donde el individuo desarrolla sus concre-

716 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 209.

tas relaciones socio-individuales, donde el titular está en la potestad de decidir quiénes ingresan o en su defecto quiénes deben salir, pues el consentimiento puede revocarse en cualquier momento, tal como se desprende del tenor literal de este tipo penal (acción y omisión).

A tal efecto, el consentimiento tiene la idoneidad de excluir la propia lesividad de la conducta; no obstante lo dicho, nuestro tipo penal describe la acción siguiente: “el que sin derecho...”⁷¹⁷; por lo tanto, el acceso que permite el titular, en virtud de un derecho reconocido (arrendatario, poseedor, copropiedad, etc.), no hace desaparecer la probable afectación que pueda sufrir su intimidad (personal y familiar), por lo que el consentimiento opera como una causa de justificación, el bien jurídico en este caso no es disponible desde un alcance general.

En el caso del artículo 160° (allanamiento ilegal de morada), sucede una cuestión distinta, pues el sujeto activo, es un individuo que debe sujetar su actuación a ciertas prescripciones que fluyen de la Ley, el hecho de que esté presente el consentimiento no enerva su atipicidad, pues en este caso se tutela también la legalidad, en cuanto sumisión por quienes ejecutan funciones públicas.

Cuando se advierte un error sobre las formalidades que debe observar el funcionario, debe ser tratado como un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación; en el marco de la privación de libertad impuesta de forma ilegal, en este caso, nos referimos a la detención producida por la actuación de un funcionario policial, pues en el caso de un particular, el consentimiento ya de por sí cancela la tipicidad del comportamiento, v. gr., los autosequestros, en los cuales la presunta víctima organiza su propio secuestro a fin de obtener un provecho ilícito, cuestión distinta es

717 A diferencia del CP argentino, artículo 150° - “contra la voluntad expresa o presunta del dueño”.

el consentimiento «viciado» que el rehén presta a sus captores a fin de no ser lesionado o vejado en su integridad personal, así también cuando es reducido por sus captores y acepta de *motu proprio* ser conducido, en realidad en contra de su voluntad.

Entonces, en el caso de la detención ilegal, el consentimiento no cancela el menoscabo que sufre la libertad personal, el encierro, que afecta la libertad de locomoción; el consentimiento no puede eliminar, por más que quiera, la realidad del encierro y con ello la posible defraudación de expectativas ajenas, basadas en la “normal” presunción de libertad⁷¹⁸.

Convenimos, entonces, que el consentimiento del ofendido, solo puede admitir la presencia de una causa de justificación; en el caso de los tipos penales de coacción y secuestro (artículos 151° y 152°), advertimos que dicho elemento se encuentra entrecruzado entre una causal de atipicidad penal con una causa de justificación⁷¹⁹, también en los delitos de acoso personal y otros (Dec. Leg. 1410).

El «consentimiento» de un menor de edad, en principio no surte efectos legales, pero debe tomarse en cuenta que el Derecho penal no puede exigir la capacidad de goce y de ejercicio que exige el Derecho civil, basta con que el menor sea capaz de discernir los alcances de su decisión en cuanto a la disponibilidad del bien jurídico, por lo que será a partir de los 14 años. En consecuencia, cuando el menor tiene menos de catorce, el consentimiento será reputado inválido, no pudiendo operar como causa de atipicidad ni como causa de justificación; cuando el menor es sustraído por quien no ejerce la patria potestad, se configura el delito de sustracción de menor (art. 147°).

718 DE VICENTE REMESAL, J. *Consentimiento y Acuerdo...*, p. 151.

719 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, ps. 476-480.

En el ámbito de los delitos sexuales, propiamente se puede hablar de que el consentimiento excluye la lesividad de la conducta, en la medida que el bien jurídico se configura a partir de la libre autodeterminación del individuo de disponer su sexualidad, por lo que es indiscutible que la conformidad del ofendido es una causa de exclusión de tipicidad.

El consentimiento en las relaciones sexuales, debe manifestar una voluntad unívocamente irrevocable, pues la retractación de dicha voluntad puede revelarse en cualquier momento, por lo que la conducta en inicio atípica puede convertirse en una de carácter típico.

Siendo esto así, el «consentimiento» de un mayor de 14 años, sí tiene validez en el ámbito de las relaciones sexuales, por lo que el comportamiento devendría en atípico; lastimosamente, la tozudez del legislador, en su intención de transmitir un mensaje firme en la lucha contra esta criminalidad, privó de dicha libertad a los mayores de 14 años y menores de 18 años, vía la sanción de la Ley N° 28704 del 05 de abril del 2006, lo cual constituye una grave ofensa a la libertad humana, consustancial al orden de valores que se compaginan en un orden democrático de derecho⁷²⁰.

En el marco de los tipos penales de Favorecimiento a la Prostitución y Proxenetismo, sucede algo paradigmático, pues si hemos sostenido que a partir de los 14 años se posee facultad de autodeterminación sexual, sería lógico que fuera lícita la conducta de aquel individuo que promueve o facilita el comercio carnal de una persona con capacidad de discernimiento, pues parece que en estas tipificaciones pende aún un atisbo de moralidad, al tutelarse en estos injustos la moralidad sexual, en la medida que el consentimiento de la meretriz no surte efectos como causal de atipicidad. Sin duda, en el campo del favorecimiento a la prostitución, consideramos de *lege*

720 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, ps. 709-722. Derogado por la Ley N° 30076.



ferenda debería circunscribirse a los medios por los cuales el agente se vale para favorecer la prostitución, esto es, el chantaje, la coacción, la violencia y la intimidación, como medios comisivos que vician de nulidad el consentimiento de la víctima⁷²¹, más en el caso de menores de edad la conducción típica ha de ser por explotación sexual.

En resumidas cuentas, en el campo de los delitos sexuales no resulta posible encontrar un bien jurídico coincidente en todos los tipos penales, lo que de cierta forma quiebra su sistematicidad.

En el tipo de estafa (art. 196°), la descripción típica supone la inducción o mantenimiento en error de la víctima, como consecuencia del acto mendaz (engaño) que provoca el sujeto activo, de tal forma, que la aparente voluntad de la víctima hacia el negocio jurídico se encuentra viciada⁷²², por lo tanto nula *ea ipso*.

Cuando la víctima del error es un menor de 14 años, y se produce el desplazamiento patrimonial, la conducta será constitutiva de hurto y no de estafa, por la inidoneidad del sujeto pasivo; a tal efecto, la voluntad de la víctima para nada despliega efectos positivos con respecto a los niveles de la «tipicidad» y a la «antijuridicidad»; no obstante, debe decirse también que los negocios jurídicos de por sí riesgosos, o evidentemente lesivos para los intereses de uno de los contrayentes, siendo conocidos por ellos, supone la irrelevancia jurídico-penal de la conducta⁷²³.

Los tipos penales de proxenetismo, estafa y usura son delitos de participación necesaria, donde la participación de la víctima es

721 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *La Nueva Reforma de los Delitos Sexuales en el Marco Político, Criminal de la Ley N° 28251 del 08 de junio del 2004*. En: Libro Homenaje al profesor Raúl PEÑA CABRERA, T. II, p. 226.

722 Los vicios de la voluntad se encuentran contemplados en los artículos: 201° y ss. del CC.

723 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, ps. 344-345.



un elemento esencial para la realización típica, no obstante concurrir el consentimiento de la víctima, éste no hace desaparecer la tipicidad del comportamiento, ora por resultar una conformidad viciada, ora por la propia entidad del bien jurídico tutelado. Finalmente, en el hurto, el consentimiento del dueño del bien mueble, desaparece la propia lesividad de la conducta, (...) pues no se ataca su derecho de propiedad y facultades inherentes, sino que se ejercita precisamente tal derecho al usar de la facultad de disposición⁷²⁴.

La intervención del tercero no supone una lesión de la posición de propietario, sino una cooperación a su ejercicio libremente tolerado⁷²⁵; el consentimiento debe brindarse antes de producirse el apoderamiento, pues de no ser así, el ánimo de apoderarse de un bien ajeno sería evidente.

Conforme la línea argumental esbozada, debe establecerse una posición del consentimiento, en cuanto a su ubicación en el plano sistemático de las categorías dogmáticas.

La doctrina se divide en dos posiciones: la tesis «dualista» y la «unitaria» (monista). Para la primera de las posturas, el consentimiento opera desde un doble plano valorativo: el consentimiento puede plantear una causal de atipicidad y en otros asumir la posición de una causa de justificación; mientras que la segunda entiende que el consentimiento solo puede operar como una causal de atipicidad.

La posición que se adopte es en realidad relevante, pues no olvidemos que la declaración de atipicidad cancela cualquier tipo de responsabilidad (*extra-penal*), mas la presencia de una causa de justificación en algunos casos, no elimina la respon-

724 LUZÓN PEÑA, D. M. *Causa de Atipicidad y Causas de Justificación*, p. 23.

725 DE VICENTE REMESAL, J. *Consentimiento y Acuerdo...*, p. 150.

sabilidad *extra-penal*. Por lo demás sus efectos son prácticamente idénticos⁷²⁶.

A fin de dar respuesta a esta discusión, se deberá establecer de prima facie, cuál es la naturaleza jurídica del consentimiento, se ingresa en realidad en un dilema, si es que se confiere un valor absoluto al consentimiento del ofendido, esto es, si la disponibilidad es total no habrá problema para afirmar que la conformidad posee efectos anulatorios a nivel de la tipicidad.

MEZGER escribe que el consentimiento excluiría el injusto, pues supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición del bien jurídico⁷²⁷; quiere decir entonces, que el consentimiento del ofendido importa a su vez la sustracción del bien jurídico del ámbito de protección normativa.

En palabras de STRATENWERTH, lo que se protege en el caso de un bien jurídico (individual) nunca es solo su sustrato corporal, que en muchos casos ni siquiera existe, sino, antes bien, la libertad del individuo de disponer de determinados intereses suyos⁷²⁸.

El menoscabo de tales bienes no puede constituir ilícito cuando, cubierto por la voluntad del afectado, se halla precisamente en armonía con la libre autodeterminación, y no en contradicción con esta⁷²⁹; (...) la acción solo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico⁷³⁰.

726 LUZÓN PEÑA, D. M. *Causas de Atipicidad y Causas de Justificación*, p. 27.

727 Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal...*, T. IV, p. 581.

728 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 210.

729 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 210.

730 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 132.

Consecuentemente, el consentimiento opera únicamente como una causal de atipicidad; sin embargo, puede afirmarse con corrección que la tutela de un bien jurídico (individual), solo se sustenta en un interés individual, no es cierto acaso, que cuando un bien jurídico adquiere tutela penal se toma en consideración el interés público o comunitario.

Sobre esta base, el argumento decisivo de la bipolaridad entre consentimiento y acuerdo (o entre consentimiento como causa de justificación, para quienes rechazan aquella distinción terminológica) radicaría en la determinación de si el bien jurídico resulta o no lesionado cuando en el hecho realizado existe una voluntad concordante con el afectado⁷³¹.

CEREZO MIR señala que el criterio de MEZGER no es convincente, pues se puede otorgar el consentimiento en contra del propio interés, o el sujeto pasivo puede equivocarse acerca de cuál sea su interés⁷³². Resulta más convincente, por ello, el criterio de renuncia a la protección del Derecho⁷³³; empero, conforme lo antes expuesto, la dispensa de protección no hace desaparecer el interés de tutela del bien por parte de la comunidad.

Ahora bien, la respuesta no puede sustentarse únicamente de la interpretación literal de los tipos penales, pues como vimos, el tipo de allanamiento de morada no puede admitir el consentimiento como una causal de atipicidad sino como causa de justificación, por lo que debe añadirse, la concreta valoración que el bien jurídico recibe por todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, por la valoración comunitaria y su realización en el marco de una sociedad, pues la vida sea como fuere no es un bien jurídico disponible, así también la integridad corporal como se verá más adelante.

731 DE VICENTE REMESAL, J. *Consentimiento y Acuerdo...*, ps. 119-120.

732 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 333.

733 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, ps. 333-334.

Nuestra posición es la siguiente: para que el consentimiento pueda operar como una causal de «atipicidad» no resulta suficiente que el tipo penal condicione la tipicidad de la conducta a la ausencia de consentimiento del titular del bien, sino que dicho comportamiento a su vez no signifique una lesión que disminuya de forma significativa las atribuciones inherentes a su goce y ejercicio, v. gr., las conductas socialmente adecuadas, de mínima insignificancia, contactos sociales mínimos, operan ya como baremo de valoración jurídico-penal.

Cuando la conducta típica (tipo indiciario), produzca una lesión en las facultades dominicales del bien con respecto a su titular, el hecho seguirá siendo típico, pero «justificado», al operar el consentimiento como una causa de justificación, pues la conformidad del ofendido no puede eliminar la lesión de la conducta, no obstante concurrir un asentamiento válido; es que la tutela de los bienes jurídicos reposa en un interés eminentemente comunitario.

El consentimiento opera como una auténtica «causa de justificación» cuando el Derecho conceda prelación al valor de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la agresión o lesión del bien jurídico (honor, propiedad, integridad corporal)⁷³⁴.

El respeto a la libre autodeterminación de la persona, debe ir en consonancia con los intereses del colectivo, de conformidad con la naturaleza misma del Derecho penal.

El problema del consentimiento, tiene que ver directamente con la disponibilidad o indisponibilidad del bien jurídico, por parte de su titular; en definitiva, la solución a la problemática en cuestión, habrá que orientarla a los principios básicos que cimientan el Estado Democrático de Derecho —donde los derechos y liberta-

734 CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit. p. 334.

des individuales y colectivas—, deben ser respetados y protegidos por el orden jurídico-estatal, tomando en cuenta la individualidad del ser humano y las necesidades de tutela de ciertos intereses jurídicos, en cuanto a una intromisión ilegítima por parte de un tercero.

Lo anotado constituye la conquista de un Estado Liberal, producto de las ideas libertarias y humanistas proclamadas en la Revolución Francesa en 1784: «Libertad, igualdad y fraternidad», que marcó el tránsito de un Estado autoritario y conservador a un Estado liberal y democrático, en el cual la dignidad de la persona humana es el valor supremo del Estado y de la sociedad; constituyen *per se* principios básicos que se han ido integrando en las Constituciones Liberales que emergieron a comienzos del siglo XIX.

El CP de 1991 expresa la ideología de un Estado Social de Derecho, que tiene como fin esencial la prevención de delitos y la protección de bienes jurídicos. Pero, a veces esta finalidad es limitada por la propia intervención de la víctima, que con su consentimiento anula la capacidad del Estado de responder punitivamente ante ataques antijurídicos; tal permisión se encuentra consagrada en el artículo 20° inc. 10, que declara exento de responsabilidad penal a aquel que actúa con consentimiento válido del titular del bien jurídico.

Parafraseando a PEÑA CABRERA, “el problema del consentimiento es un punto nuclear dentro de la Teoría del Delito, por la característica de pretender poner un límite al *ius puniendi* estatal”⁷³⁵.

Según lo adoptado, se levanta la siguiente interrogante: ¿Resulta legítima la intervención del Estado, a través del Derecho Penal, en aquellas esferas de libertad de los ciudadanos, de disponer de determinados bienes jurídicos, como titulares de estos? Ha de verse que en un Estado Constitucional de Derecho, el Estado está



735 PEÑA CABRERA, R. *Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*.

en la obligación de respetar aquellas decisiones de los ciudadanos –voluntarias y conscientes– que pueden consistir en el asentimiento de lesiones a bienes jurídicos tutelados penalmente.

La existencia y reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales –consagrados constitucionalmente y reconocidos por los Convenios y Tratados Internacionales– no constituyen una mera proclama lírica, sino una realidad, y esta se constituye en un verdadero límite de contención contra el poder punitivo del Estado, garantizando racionalidad y ponderación al sistema en su conjunto; empero, habrá que establecer límites frente a la voluntad del titular en concordancia con el concepto de bien jurídico que se tenga, y los intereses comunitarios que sostienen la intervención punitiva, es que el individuo no vive aislado del resto, el derecho regula precisamente su vida en sociedad.

EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE LAS FUERZAS DEL ORDEN PÚBLICO, EN EL MARCO DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN. ENTRE SUS LÍMITES DE ACTUACIÓN FUNCIONAL EN LA AFECTACIÓN DE LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD EN UN ORDEN DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. EL TIPO PENAL DEL INJUSTO

Debemos comenzar estas líneas, indicando que la realización de todo hecho punible, parte de una serie de valoraciones (*dogmáticas*) a saber, pues para poder afirmar la presencia de un verdadero *injusto penal*, no basta con advertir la presencia de un agente (*autor o partícipe*), provisto de una mínima dosis de libertad (presupuesto esencia de una acción *que sostiene la imputación jurídico-penal*) y así que dicha conducta (sea por *acción u omisión*) haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico amparado por la ley penal, en el sentido de que la sanción penal parte la premisa de una conducta portadora de dañosidad (*lesividad*) para alguno de los intereses jurídicos que son objeto de tutela por la codificación punitiva, base material esencial que otorga legitimidad a la intervención del «ius-puniendi» estatal en un orden democrático de derecho.

Lo que hemos de concebir de un «Derecho penal del acto» por una «Culpabilidad por el acto», núcleo central de todo el sistema sancionador, que lo aleja pavorosamente de aquellas descargas punitivas sostenidas en caracterizaciones criminológicas, de estatus de



vida, si bien reprobables ética y socialmente, no adquieren el suficiente contenido de *desvalor material del injusto* para ser alcanzado por una pena; este es un predicado fundamental en un modelo político criminal que pretende legitimar la violencia institucionalizada que significa el Derecho penal.

Si esto es así, si en primer plano apreciamos un comportamiento humano, atribuible a una persona (*hombre u mujer*) libre y responsable y a su vez, identificada la lesividad de la conducta, la muerte, lesiones de la víctima, o sea la destrucción o la apropiación de un bien mueble, damos cuenta de la «acción» y de la «tipicidad», que de cuño su análisis no puede ser meramente ontológico, sino también normativo y social, desde del ámbito de descripción referencial y contextual en que se desarrolla la conducta delictiva, donde la tipicidad se extrae únicamente del principio del *nullum crimen nula poena sine lege praevia*, desde el ámbito de literalidad normativa, que implica por parte del intérprete su escudriñamiento, esto es, fijar en concreto su ámbito de protección en confrontación con la descripción fáctica que soporta la incriminación en contra del agente.

De manera, que entrando en sustancia, diremos que el «injusto penal», implica una conducta (*acción u omisión*), que importa primero una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico —*penalmente tutelado*— lo que da lugar a la tipicidad penal⁷³⁶, luego en segundo orden (*dogmático*), se verifica si dicha lesión y/o puesta en peligro de dicho interés jurídico obedeció a un precepto autoritativo que hace que el acto no sea penalmente antijurídico; si esto último no se da, es que estamos entonces ante un verdadero «injusto penal».

736 Para GÓMEZ LÓPEZ, se aprecia una diferencia práctica entre injusto y tipicidad, pues esta última cumple una función de señalamiento o selección del injusto; por tanto, el tipo le da relevancia penal al injusto y añade a la conducta otra calificación, la de injusto criminal; *Tratado de Derecho Penal. Antijuridicidad y causa de justificación*, T. IV, Vol. II, cit., p. 1060.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL (LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN)

Diríamos por tanto, que la acción humana sumada al juicio positivo de la tipicidad penal (confluencia de los elementos objetivos, subjetivos, descriptivos y normativos), da como resultado una conducta humana que ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, y que lo hizo en uso pleno de su libertad, sin embargo, con ello no lo decimos todo, en la medida que dicho comportamiento típico, debe ser también *penalmente antijurídico, ello importa su negación con todo el ordenamiento jurídico en su totalidad*, de manera que ciertos dispositivos legales en particular (en consonancia con la Ley Fundamental), pueden permitir o dígase autorizar la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, por lo que si ello es así, la conducta atribuible al agente no puede ser penalmente sancionada⁷³⁷. Una cosa es aquel que directamente tira a matar a otro para apropiarse de sus pertenencias o la hace producto de la recompensa otorgada por un tercero, que aquel ciudadano que mata al agresor ilegítimo para salvaguardar su vida o la de un tercero vinculado, o el policía que tira a matar al hampón, para evitar que este siga matando ciudadanos inocentes.

Dicho así: *la punición de un acto conforme a los valores de un orden democrático de derecho, requiere no solo de una conducta lesiva para un interés jurídico, sino también que dicho comportamiento no esté autorizado por el ordenamiento jurídico; acorde a*

737 Como anotan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan; *Derecho Penal. Parte General*, Novena edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, cit., p. 331. De recibido, la vida del hombre en sociedad, es por sí conflictiva a su vez, el mismo ordenamiento jurídico, en la finalidad precisamente de proteger los bienes jurídicos fundamentales del ciudadano otorga autorizaciones a su afectación, ante determinados contextos histórico-sociales que así lo convengan, por razones de utilidad política criminal.



tales premisas argumentativas, es que estaremos en realidad ante un verdadero «injusto penal». La realización del tipo de injusto fundamenta la antijuricidad del hecho concreto siempre que, excepcionalmente, no intervenga una causa de justificación, escriben JESCHECK y WEIGEND⁷³⁸. Como lo expone el maestro sanmarquino PEÑA CABRERA, la sospecha que posee la tipicidad como indicio de antijuricidad queda cancelado por la presencia de una causa excluyente de antijuricidad, convirtiendo al hecho en un hecho totalmente lícito, y –lo más importante– consentido por el ordenamiento jurídico; y esto se le denomina causa de justificación⁷³⁹.

Una contrariedad a derecho o dígase una antinormatividad que no puede ser construida desde una visión estrictamente formal, sino se requiere a la par su acusada «materialidad»), lo que llevo a VON LISTZ a postular la dañosidad social de la conducta, en cuanto a una perturbación que trasciende la circularidad humana, al margen de que tal lesión pueda ser percibida únicamente desde un plano inmaterial (bienes jurídicos *supra individuales*). A decir de MEZGER, la antijuridicidad es el juicio imperativo-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico⁷⁴⁰. Y este análisis debe tomar lugar, a diferencia de la tipicidad penal, en base a todo el universo del orden jurídico⁷⁴¹, donde se van a poder identificar preceptos legales que autorizan a una determinada persona, en ciertos contextos, a vulnerar bienes jurídicos, lógicamente con una necesaria dosis de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad. A estas se les conoce como «causas de justifica-

738 JESCHECK, H. / WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Instituto Pacífico, 2014, cit., p. 478.

739 PEÑA CABRERA, R. S. *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Estudio Programático de la Parte General*. Grijley, 1997, Lima, cit., p. 404.

740 MEZGER, E. *Derecho Penal...*, cit., p. 131.

741 Así, WESSELS, BEULKE Y SATZGER. *Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Raúl Pariona Arana, Instituto Pacífico, 2018, cit., p. 168; postulando la unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico.



ción⁷⁴²». Y a estas las denominamos como aquellas «autorizaciones», «permisiones» o dígase «autorizaciones», que dimanen de todas las parcelas del ordenamiento jurídico interno en armonía con lo previsto en los documentos internacionales, las cuales confieren a ciertas personas a ejercer ciertos actos de violencia sobre intereses jurídicos fundamentales de terceros, sea para defender sus bienes vitales, para hacer prevalecer intereses jurídicos de mayor prevalencia constitucional, para respetar la autonomía de las personas en plano de libre actuación personal y asimismo, para preservar el orden y la seguridad pública por parte de los custodios del orden. Así, el mismo ordenamiento jurídico concede a ciertas personas en determinados contextos, un derecho «subjetivo», que en puridad importa la injerencia al derecho fundamental de un tercero, lo que se concibe como el «ejercicio legítimo de un derecho». Así, GÓMEZ LÓPEZ al considerar que si el ordenamiento jurídico atribuye a una persona determinada una facultad, significa que le está reconociendo un poder de supremacía y prevalencia e su interés, para los casos en que entre en conflicto con otros intereses, merced al principio de que una acción no puede ser consentida y al mismo tiempo prohibida por el derecho⁷⁴³.

3. EL CUMPLIMIENTO DE UN “DEBER” COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

En sustancia, aparece en el escenario legal y jurídico de las eximentes de responsabilidad penal, propiamente en el marco de las

742 A decir de WESSELS, BEULKE Y SATZGER, por medio de las causas de justificación, frente a los tipos penales se encuentran los tipos permisivos, que autorizan excepcionalmente el comportamiento típicamente lesivo para el bien jurídico, *Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Raúl Pariona Arana, Instituto Pacífico, 2018, cit., p. 167.

743 GÓMEZ LÓPEZ, J. O. *Tratado de Derecho Penal. Antijuridicidad y causa de justificación*. T. IV, Vol. II, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2013, cit., p. 1055.



causas de justificación, el «cumplimiento de un deber», que acorde a nuestra *lege lata*, es considerado como el «ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»; ya luego con la inclusión del inc. 11) al artículo 20°, es que tomo lugar de forma expresa producto de la dación del Decreto Legislativo N° 982 de julio del 2007. Bajo esta hipótesis, el uso de la violencia, propiamente el empleo de la *fuerza pública por parte los custodios del orden (efectivos policiales y militares) dimana del propio ordenamiento jurídico, pues siendo uno de las funciones esenciales del Estado Republicano resguardar el orden público y la seguridad nacional, para tal cometido se confiere a dichos sujetos públicos el despliegue de la fuerza sobre los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos, basado en el principio de legalidad y sujeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad*, acorde a los valores de un orden democrático de derecho, donde la violencia represiva institucionalizada no puede convertirse en arbitrariedad estatal, menos en una afectación a los derechos humanos.

Siguiendo a VELASQUEZ V., diremos que de conformidad con esta permisión legal, se declara ajustada al derecho la realización de ciertas conductas típicas llevadas a cabo por el agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico; aunque, para poder concebir esta hipótesis como justificante, es indispensable la existencia de un deber consagrado en la ley, esto es, jurídico –no de carácter moral–, y que el agente cumpla con una serie de exigencias, tanto de índole objetiva como subjetiva (...) ⁷⁴⁴. Estos hechos, que desde lo formal se adecuan a la descripción acuñada en la figura delictiva, están justificados por la eximente en análisis, si el funcionario interviniente los ha ejecutado dentro de los límites de la legalidad, objetiva y subjetiva, del cargo público que ejerce y ostenta ⁷⁴⁵. En palabras de BACIGALUPO, el “oficio o cargo”

744 VELÁSQUEZ V., F. *Derecho Penal. Parte General*. Parte II, Colimbros, 2009, cit., p. 723.

745 LÓPEZ MESA, M. J. / CESANO, J. D. *Antijuridicidad y causas de justificación*, cit., p. 387.

sólo tiene efecto justificante en la medida que impone un deber específico al que lo desempeña⁷⁴⁶.

Partimos nosotros desde una concepción de la teoría del delito, donde cabe nivel o categoría dogmática despliega fines político criminales por separado, distintos, de manera, que ya penetrando en la tipicidad, estamos siempre que se supere el umbral de los normativamente permitido, en un acto lesivo para un bien jurídico, para luego confrontar esa conducta típica con todo el universo del ordenamiento jurídico, de manera que si un precepto legal en particular autoriza a una persona en un contexto y circunstancia determinada, proceder a tal acometimiento lesivo, estamos pues ante una «causa de justificación», como sucede en el caso que nos ocupa.

4. ANÁLISIS DEL AP N° 05-2019/CJ-116

4.1 Fundamento y naturaleza jurídica del “cumplimiento del deber”

Partimos el examen *jurídico-penal*, sosteniendo que no es lo mismo aquel que mata a otro (agresor ilegítimo), para defender su vida o de persona estrechamente vinculado a él, que aquel efectivo policial que mata a otro en el cumplimiento de un deber (*por la ley la Constitución Política del Estado*); pero igual como todo precepto permisivo, que autoriza el orden jurídico a lesionar a un bien jurídico amparado por la ley penal, aun considerando que el cumplimiento de un oficio y/cargo ha de ser llenado en su legítima aplicación, en base a la remisión de normas extra penales⁷⁴⁷, como se desprende de la doctrina mayoritaria, al manifestar una acción de violencia institucionalizada, debe tomar lugar de manera restrictiva, esto es,

746 BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición totalmente renovada y ampliada. 3ª impresión, José Luis Depalma Editor, Argentina, 2012. cit., p. 381.

747 Una suerte de ley penal en blanco.



solo será lícita la conducta del agente policial que mata o hiere gravemente a otra persona, cuando es estrictamente necesario para salvaguardar su vida o la de otro ciudadano, ante una situación de franco peligro, generado ilícitamente (*ilegítimamente*) por quien es ultimado o herido de gravedad. Y siempre una medida tan extrema y pro activamente violenta, debe ser siempre la última opción (medida atendiendo al principio de *progresividad*)⁷⁴⁸; el efectivo policial (custodio del orden) debe barajar antes otras opciones menos lesivas (principio de proporcionalidad), esto significa que tirar a matar o herir gravemente a alguien, debe ser siempre la única alternativa, para evitar la muerte de un inocente o del propio policía (siempre que este no haya generado culposa o deliberadamente la situación de peligro⁷⁴⁹). Esta es la fórmula necesaria para arbitrar y regular rigurosamente el uso de la violencia represiva «institucionalizada», con arreglo a los principios esenciales de un Estado constitucional de derecho.

Como bien lo postulan en la doctrina especializada, el uso de la fuerza, armas o de violencia es, por lo general, una causa de justificación, pues el ejercicio de las funciones propias de ciertos cargos públicos facultan a los servidores de la Fuerza Pública, por ejemplo, al usar cierto grado de fuerza para cumplir las funciones, pudiendo en la actividad causar daño a la vida o integridad personal, tal como ocurre con la captura del sujeto que se resiste o el autor de un crimen que huye utilizando armas, o para inmovilizar a un demente que pone en peligro a la comunidad, o para capturar a alguien que atenta contra otra persona, o a fin de impedir la perturbación del

748 Así, GÓMEZ LÓPEZ, (...) el uso de las armas de fuego para causar muerte sólo podrá utilizar por las autoridades cuando “sea estrictamente inevitable para proteger la vida de una persona” o cuando “las medidas menos extremas resulten insuficientes”; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 1192.

749 Cuestión distinta toma lugar ante el conflicto de bienes jurídicos del mismo rango prelativo, fuera de toda agresión ilegítima —propia de la legítima defensa—, propiamente el estado de necesidad «disculpante».

orden público o para recuperarlo, para hacer cumplir las decisiones y órdenes de los jueces y demás autoridades, impedir la comisión de infracciones penales, para evitar mayores peligros en casos de calamidad pública, a efectos de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona (...)»⁷⁵⁰.

La vida, el cuerpo y la salud, pues son los valores supremos del Estado y la sociedad, por lo que constituyen los cimientos, el pórtico sobre el cual se edifica y soporta todo el ordenamiento jurídico constitucional.

En consecuencia, señala la Corte Suprema en el Fundamento 6, que: *“La intervención de las normas sobre la materia no puede realizarse fuera de los límites señalados por las normas internacionales e internas relativas al uso de la fuerza y el uso de armas de fuego en particular”*. O en otras palabras dicho, en sujeción al sub principio de «necesidad», cuando otras medidas represivas menos gravosas no sean idóneas o eficaces, para conjurar el riesgo de lesión a los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos y del propio efectivo policial.

Para ZUGALDIA ESPINAR el cumplimiento de un deber implica la ejecución de una conducta obligada por el derecho, impuesta a su autor, y que además es penalmente típica pues supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por la ley, conforme se detalla en el Fundamento 4. Cumplir con el deber supone una actuación funcional conforme a derecho, donde la afectación a la vida, el cuerpo y la salud, es definitivamente típica, al constituir una afectación a un bien jurídico, pero es lícita, por tanto, —no penalmente antijurídica—, al dimanar dicha obligación de los valores del modelo republicano de derecho, que es justamente proteger dichos bienes jurídicos fundamentales.

750 GÓMEZ LÓPEZ, J. O. *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 1190.



El programa filosófico-humanista que impregna nuestro ordenamiento jurídico determina que el uso de la fuerza pública institucionalizada, la normatividad que la ampara, sea necesariamente interpretada de manera reduccionista, así evitamos vaciar de contenido los bienes jurídicos esenciales de la persona, el Estado y la sociedad.

La facultad coactiva del funcionario debe regirse tanto por el principio de menor lesividad de la intervención como el de su proporcionalidad dice JESCHECK y WEIGEND, como normas fundamentales del Estado de Derecho⁷⁵¹ (Fundamento 5); esto es al amparo de las facultades legales y jurídicas que el ordenamiento jurídico confiere a los custodios del orden, con arreglo a la específica normatividad que la regula como a la competencia funcional (“material”), de quien cumple con el acotado deber⁷⁵².

£ Estando a lo descrito, dar un contenido amplio y extensivo de una justificante —así concebida—, supondría devaluar precisamente dichos bienes jurídicos fundamentales, lo cual nos hace acercar a modelos autoritarios y/o policíacos, donde la represión estatal no se encuentra debida y rigurosamente delimitada, dando lugar violaciones sistemáticas de los derechos humanos, tal como sucedió en décadas pasadas en nuestro país y otras latitudes de la región, sea cual fuese la situación que se atraviesa (Estado de Emergencia o de Excepción).

Será un verdadero «deber jurídico», al implicar la realización de una actuación funcional encaminada a salvaguardar los valores

751 JESCHECK, H. / WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, cit., p. 577.

752 VELÁSQUEZ V., indica que el deber jurídico debe ser de aquellos que obliguen al sujeto a realizar un comportamiento tipificado en el ordenamiento punitivo, y es indispensable que el deber cumplido por el agente no sea de rango inferior al infringido, esto es, que sea igual o superior; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 726.

primordiales del Estado constitucional de derecho, en cuanto a la defensa del orden público, concretamente los bienes jurídicos elementales que pueden verse en peligro de lesión cuando toman lugar situaciones de extrema violencia.

Este deber acota POLAINO NAVARRETE ha de ser necesariamente un deber jurídico o, mejor dicho, un deber que tenga necesariamente relevancia jurídica; en el presente caso, directamente derivado de una norma legal. Será a nuestro entender, un verdadero «deber jurídico», al implicar la realización de una actuación funcional encaminada a salvaguardar los valores primordiales del Estado constitucional de derecho, en cuanto a la defensa del orden público, concretamente los bienes jurídicos elementales que pueden verse en peligro de lesión cuando toman lugar situaciones de extrema violencia. Es la propia normatividad pues, de la que emerge todas las facultades coactivas estatales, que en el presente caso, son conferidas a los efectivos policiales, verdaderos custodios del orden público. Así, el artículo 166° de la Constitución Política, al prescribir que: *“La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”*.

La facultad coactiva del funcionario debe regirse tanto por el principio de menor lesividad de la intervención como el de su proporcionalidad dice JESCHECK, como normas fundamentales del Estado de Derecho. O en otras palabras dicho, en sujeción al sub principio de necesidad, cuando otras medidas represivas menos gravosas no sean idóneas o eficaces para conjurar el riesgo de lesión a los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos y del propio efectivo policial. Siguiendo a doctrina especializada, el ejercicio de la autoridad o de las funciones propias del cargo sea legítimo, esto es, conforme a derecho, y cumpliéndose las formalidades propias de la



función y el ejercicio de la fuerza debe ser necesario y proporcionado a la gravedad de los hechos⁷⁵³. O como se dice en otro sector de la doctrina, el criterio fundamental para dilucidar este extremo es el de *menor lesividad posible* “apreciable en concreto al momento de la acción (Bustos Ramírez, J./ Hormazábal Malarée; *Lecciones de Derecho Penal*, cit., p. 158). De manera que el ejercicio de la fuerza debe ser –para poder considerarse lícita– necesaria, congruente, oportuna y proporcionada a “la exigencia de mantenimiento de la autoridad y el orden público en la situación concreta⁷⁵⁴”.

No perdamos de vista que se trata de *violencia institucionalizada*, por lo que para ser legítima el uso de la fuerza pública debe dimanar de una competencia reconocida por la ley y la Constitución y debe tomar lugar de manera arbitrada y proporcional a las circunstancias y gravedad de la situación que enfrenta el custodio del orden.

En consecuencia, señala la Corte Suprema en el Fundamento 6, que: “(...) la intervención de las normas sobre la materia no puede realizarse fuera de los límites señalados por las normas internacionales e internas relativas al uso de la fuerza y el uso de armas de fuego en particular”. El programa filosófico humanista que impregna nuestro ordenamiento jurídico determina que el uso de la fuerza pública institucionalizada, la normatividad que la ampara, sea necesariamente interpretada de manera reduccionista, así evitamos vaciar de contenido los bienes jurídicos esenciales de la persona, el Estado y la sociedad.

En el Fundamento 15 del AP, se dice que CARO y VILLAVICENCIO acotan, que el entendimiento mayoritario del cumplimiento del deber como causa de justificación debe ser reconducido a la impu-

753 GÓMEZ LÓPEZ siguiendo a TOLEDO Y UBIETO-HUERTA TOCILDO. *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 1191.

754 LÓPEZ MESA, M. J. / CESANO, J. D. *Antijuridicidad y...*, cit., ps. 390-391.

tación objetiva (riesgo permitido⁷⁵⁵) como elemento integrante del tipo. Se trata de un debate relevante dado que si el miembro policial no cumpliera su deber de obrar incurriría en conducta omisiva probablemente delictiva, de modo que no puede constituir causa de justificación la obligación de no delinquir. Decir que la omisión de la realización de una acción exigible por la norma extra penal es delictiva (omisión de actos funcionales) atribuible al efectivo policial, significa que su actuación conforme a dicha obligación funcional es una causal de atipicidad penal, importa confundir los diversos planos de valoración dogmática, en las diversas situaciones que puede colocarse el custodio del orden; pues una cosa es no incautar una mercadería ilícita o no poner a disposición del Ministerio Público a quien ha sido aprehendido en flagrante delito (Omisión de actos funcionales) que aquella situación de extremo riesgo para la vida, el cuerpo y la salud de personas inocentes, donde el efectivo policial procede a matar o herir gravemente al agresor ilegítimo, pues en este último caso se ha extinguido una vida humana o puesta en peligro de lesión la misma⁷⁵⁶. Acá pues, al haberse afectado un bien jurídico fundamental, la conducta es típica, pero al haber tomado

755 Si estamos al nivel de imputación objetiva, propiamente en el plano del *riesgo jurídicamente aprobado*, y si ello implica que la conducta está desprovista de tipicidad legal, es porque no resulta lesiva a bien jurídico alguno, esto resulta ajustable a aquellas actuaciones por las cuales la utilidad social hace descartar que la podamos calificar como “lesiva”, pero cuestión distinta a saber, es cuando dicho emprendimiento da lugar a una afectación a un interés jurídicos por menos afectivo que sea, pues ello define un marco de afección cuya licitud solo puede construirse desde las vértices de una causa de justificación; a decir de Gómez López, obrar bajo un «riesgo permitido» es una causa de atipicidad, más aún cuando (...) conforme a la teoría de la imputación objetiva, actuar bajo un riesgo jurídicamente aprobado es *causa de no imputación del resultado producido*; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 1110.

756 En posición de López Mesa y Cesano, esta justificante tiene como presupuesto la existencia de conflicto de deberes que impone a su titular, en forma concurrente, comportamientos contradictorios y excluyentes, de tal modo que el cumplimiento de uno de ellos determina la lesión del otro; *Antijuridicidad y causas de justificación*, cit., p. 365.



lugar en el estricto cumplimiento del deber y no haber otra alternativa menos lesiva, es considerada una causa de justificación. Una postura en contrario implicaría vaciar de contenido dichos intereses jurídicos nucleares del ser humano. Así en las últimas líneas del fundamento 15, al precisarse que: *“Solo corresponde indicar que se estaría ante una causa de justificación sin ánimo de agotar ahora el tema puesto que no es materia del pleno”*.

4.2. Presupuestos⁷⁵⁷ de aplicación del cumplimiento del deber

En el Fundamento 18 del AP se da cuenta de la regulación del uso de la fuerza por parte de la PNP, vía el Decreto Legislativo numero 1186 de agosto de 2015: (i) legalidad, el uso de la fuerza pública policial solo puede estar encaminada al cumplimiento de una finalidad prevista en la ley y en la Constitución política del estado, no es otra que la protección del orden público y la defensa de los valores fundamentales consagrados al primer nivel del ordenamiento jurídico; (ii) Necesidad, en el sentido de no contarse con otros instrumentos o medidas legales menos lesivas que permitan lograr cabalmente dicha finalidad⁷⁵⁸; (iii) Proporcionalidad, el uso de la fuerza pública sea acorde o en armonía a la situación de violencia generada, esto es, para poder sofocar o dígase conjurar dicha situación de peligro para los bienes jurídicos fundamentales de las personas o del mismo efectivo policial.

Hemos de remitirnos a la ley mencionada, que justamente establece el marco legal que regula el uso de la fuerza por parte del personal de la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su finali-

757 Legales y jurídicos.

758 Así, LÓPEZ MESA y CESANO al indicar, que no habría tal proporcionalidad, por ejemplo, cuando para conjurar una fuga de un preso se efectúa un disparo fatal. Es evidente que, en tal caso, el restablecimiento del orden no puede justificar tamaña conducta; *Antijuridicidad y...*, cit., p. 391.

dad constitucional. Su finalidad constitucional es resguardar el orden público y la integridad de los ciudadanos en todo el territorio nacional, para cual se les faculta al uso de la «fuerza pública»⁷⁵⁹, acorde a lo dispuesto en el artículo 166° de la Constitución Política del Estado; así se dispone el en siguiente articulado, que: “*Las disposiciones del presente decreto legislativo alcanzan a todo el personal de la Policía Nacional del Perú en situación de actividad que usa la fuerza en defensa de la persona, la sociedad y el Estado*”. Este es su ámbito de actuación, en lo que respecta a la persona facultada para ejercer la fuerza pública, en el ejercicio del cargo público y en defensa de los intereses jurídicos fundamentales del Estado, la persona y la sociedad, es decir, de naturaleza personal, colectiva e institucional.

Para la eximente no es suficiente que se esté en ejercicio del cargo, sino que además, que se obre con ocasión del ejercicio de las funciones propias del cargo, es decir, que la acción típica correspondiente se ejecute en el desarrollo de las funciones propias de la autoridad o cargo; por lo mismo, la tarea debe constituir un acto propio del servicio⁷⁶⁰.

Por su parte, en el Fundamento 20 del AP, se establece que el Decreto Legislativo 1186 reconoció que el uso de la fuerza tiene lógicos niveles, lo que implica Una suerte de proceso de “progresividad”, en cuanto a la dosificación del uso de la fuerza pública dependiendo de la gravedad de la situación que ha de enfrentar el efectivo policial —en cada caso en particular—; lo cual significa, que de entrada no puede tirar a “matar” al probable agente delictual, sino

759 MUÑOZ CONDE y García Arán, indican que los límites propios del ejercicio del cargo serán los que expresamente aparezcan en el reglamento o en la ley, pero en todo caso la doctrina y las disposiciones internacionales han señalado límites a fin de evitar excesos o desviaciones de poder: se han señalado como límites la necesidad racional de la fuerza y su adecuación proporcional al hecho; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 1192.

760 GÓMEZ LÓPEZ, O. J. *Tratado de Derecho Penal...*, cit., ps. 1191-1192.



que ha de hacer uso primero de otros mecanismos disuasivos que importen una menor dosis de violencia represiva. Ello atendiendo también al principio de proporcionalidad.

Llevado lo argumentado, al «uso racional de la fuerza», vemos que en el Fundamento 33 del AP, se establece *que los efectivos policiales en el desempeño de su labor (como funcionarios) encargados de hacer cumplir la ley están autorizados, entre otras cosas, a emplear la fuerza y usar las armas de fuego que el Estado les confía, pero dentro de los razonables límites permitidos*. Esto quiere decir, que la realización de su labor, en la custodia del orden público y la defensa de la integridad de los ciudadanos, ha de hacer uso de la fuerza, pero para que esta sea legítima, mejor dicho «lícita», debe ser dosificada de manera racional, en el sentido de que la expresión misma de la fuerza denota diversos niveles de intensidad, por lo que su graduación dependerá de las características y particularidades del caso. No se podrá de frente tirar a matar, o disparar contra los órganos vitales de un ciudadano, ante el mínimo arrebató de un bien de escaso valor sin violencia o ante una protesta pública.

No en vano en el Fundamento siguiente del AP, se señala que *no obstante, aunque estén autorizados a usar la fuerza y las armas de fuego, (...), en el Derecho internacional existen límites a dichas actuaciones para evitar los excesos y resultados fatales*. Todo ello en respeto a la dignidad de la persona. Esta es una premisa fundamental, en tanto acá existe conflicto de bienes jurídicos, no propiamente del que toma lugar del estado de necesidad justificante, sino de la exige la ponderación, sabedores que el empleo de la fuerza física y sobre todo de las armas de fuego, son potencialmente lesivas para la vida, el cuerpo y la salud, de manera que el desarrollo de toda esta actuación funcional de los custodios del orden, ha de estar debidamente delimitada –normativamente hablando–.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en su calidad de organización imparcial, neutral e independiente, mantiene un

diálogo con las fuerzas policiales y de seguridad de muchos países del mundo, sostiene (en las Reglas y Normas Internacionales aplicables a la Función Policial), que: *“Las fuerzas policiales y de seguridad a las que se les ha conferido el mandato de hacer cumplir la ley en sus países desempeñan un papel importante en ese sentido, puesto que tienen la responsabilidad de servir y proteger a sus poblaciones y comunidades y, en particular, de prevenir y detectar los crímenes, mantener el orden público y proteger y asistir a las personas que lo necesitan. Al cumplir esas obligaciones, tienen el deber de respetar el marco jurídico internacional relativo a la aplicación de la ley, que es el derecho internacional de los derechos humanos”*.

A su vez, se requiere la presencia del elemento subjetivo, que toda causa de justificación conlleva, esto implica la necesidad de verificar, que el agente policial (“militar”), –al momento de realizar el cumplimiento del deber– (*lesionar gravemente o matar a un ciudadano*), sepa que está actuando amparado bajo una causa de justificación, en cuanto a un precepto permisivo que le autoriza efectuar injerencias en los derechos fundamentales de terceros⁷⁶¹. En la literatura internacional, se estima que el autor debe (...) reconocer la existencia de la situación que justifica el hecho y haber actuado en el ejercicio de la autorización que se le otorga o en cumplimiento del deber que se le impone⁷⁶².

4.3. No concurso entre causas de justificación

Una sustancial y notoria distinción, entre la Legítima Defensa y el Cumplimiento del deber; es que si bien en ambas puede advertir-

761 Así, LÓPEZ MESA, M. J. / CESANO, J. D. *Antijuridicidad y...*, cit., p. 392; POMARES CINTAS, E. *Derecho Penal. Parte General*. Director Jose M. Zugaldía Espinar, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, cit., p. 597.

762 JESCHECK, H. / WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 483-484.



se una agresión ilegítima, en el primer precepto autoritativo, la acción defensiva debe tomar lugar antes o en el desarrollo de la conducta lesiva del agresor, y debe ser así “actual o dígame inminente” y así conjurar el riesgo de lesión para los bienes jurídicos elementales de quien se defiende o de alguien vinculado a aquel, si ya la víctima murió y así su familiar persigue a su autor y lo mata, no habrá Legítima Defensa; en cambio, en el segundo de los mencionados, puede haberse ya consumado la lesión al bien jurídico, el hampón puede ya haber matado a varios ciudadanos y va de huida disparando a mansalva o pretende seguir disparando contra ciudadanos inocentes e indefensos, en estos casos puede el efectivo policial disparar a matar o lesionar a este agente delictual. De manera, que en el caso de la Legítima Defensa, entre la probable o ya ejecutable agresión ilegítima y la acción defensiva debe subyacer un «nexo de inmediatez», como no se aprecia en el cumplimiento del deber. Acá no opera la “falta de provocación suficiente”, en la medida que si el efectivo policial, primero da una amonestación o un acto encaminado a evitar que siga en trayecto una actuación violencia de otro, luego este pretende ya ejercer un acto en sí lesivo, el custodio del orden puede ya neutralizarlo, haciendo uso de la fuerza pública.

Como se expresa en el Fundamento 35 del AP, la legítima defensa es “la defensa necesaria” *ante una agresión ilegítima no provocada suficientemente por el agredido, puede presentarse sobre las personas o sus derechos; sin embargo, es necesario apreciar la racionalidad del medio empleado. Mientras que en el actuar en cumplimiento del deber, la ejecución de una conducta que supone una lesión o menoscabo de un bien jurídico está protegido por la Ley.* Ya la ley establece la forma, modo y circunstancias de cómo debe actuar el efectivo policial ante casos de extrema violencia, cuando se pone en riesgo el orden público y la integridad de las personas y sus bienes; importa una facultad más amplia y determinada legalmente, como no sucede en el caso de la Legítima Defensa. No es que el custodio del orden pueda sentirse o no provocado por un tercero,

para así hacer uso de la fuerza pública contra los bienes jurídicos de aquel, sino que el propio ordenamiento jurídico le autoriza a actuar de tal manera, en defensa justamente de los valores más preciados de la persona y la sociedad.

Como bien se dice en el Fundamento 37 del AP, siguiendo a COCA VILA⁷⁶³ el agente de policía, en definitiva, no actúa bajo la lógica de la legítima defensa de terceros, sino en cumplimiento de un deber positivo institucional que le obliga a proteger los intereses de los particulares y la seguridad ciudadana cuando se ven amenazados. Por otro lado, la legitimidad de la intervención coactiva policial para conjurar un peligro depende a su vez de que aquella se dirija contra un destinatario adecuado.

En resumidas cuentas, destacamos lo que la CS esboza en el Fundamento 48 del AP, de que la materia analizada engloba la afectación de los bienes jurídicos vida e integridad física, que a criterio de PEÑA CABRERA "la posición que caracteriza el texto punitivo supone colocarlos, en un primer plano de valoración; en el sentido de la vitalidad elemental del ser humano". Esto es algo de especial valor, en el sentido de que no puede perderse de vista, que el ordenamiento dígame prevalencias, que justamente debe tomarse en consideración al momento de analizar la legitimidad de causas de justificación, como la de análisis.

4.4. Solución de la Controversia

Dar solución a la presente situación, en cuanto al conflicto que subyace entre el cumplimiento del deber, —en cuanto a afectación y/o lesión de bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos—,

763 COCA VILA, I. "Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de intervención policial". En: Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología, RECPC 19-24, 2017, cit., ps. 14-15.



con precisamente su inviolabilidad y respeto a su contenido esencial, ha de partir pues, desde el orden de valores contemplados en el texto «ius-constitucional», considerando que el uso de la fuerza pública supone una actuación funcional legítima del efectivo policial, al resultar consustancial a las labores que ese mismo orden jurídico le confiere, en cuanto a la irrestricta defensa del orden público y los bienes jurídicos vitales del ser humano y de la sociedad, y, es para tal fin que se le confiere legalmente la realización de actos de injerencia sobre la integridad personal de un ciudadano, el cual deberá ser dosificado conforme las características y particularidades de la situación de alarma generada por un tercero. Siempre claro está, conforme a los principios de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad; no poner límites legales e interpretativos a la normatividad que concede a estos funcionarios y servidores públicos el empleo de la «fuerza pública», significaría –sin duda–, vaciar de contenido estos derechos fundamentales, algo inaceptable e intolerable en un orden jurídico regido por la justicia y el Derecho.

En la esfera específica de la violencia estatal por parte de la autoridad y sus agentes –escribe POMARES CINTAS–, la colisión de intereses se plantea entre el interés relativo al mantenimiento de la seguridad pública y la prevención de delitos, de un lado, y la protección de bienes jurídicos individuales fundamentales, de otro; conflicto que se resolverá a favor del primero, siempre que se observen determinados requisitos^{764 y 765}. Nos mostramos contestes –en su momento– a la reforma normativa –provocada por la Ley N° 30151–, básicamente por dos argumentos a saber: primero, al existir un mercado negro de armas de fuego, que se vería alimentado, con una disposición de tal calibre, en vez de ser combatido, median-

764 POMARES CINTAS, E. y otros. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, cit., p. 592.

765 Vide, al respecto, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2da. edición, Barcelona, 2010, cit., ps. 311-312.

do una lucha frontal a la venta informal e ilegal de armas de fuego y, segundo, al develarse que varias de las organizaciones delictivas que operan en todo lo ancho y largo del territorio nacional, se ven compuestas por efectivos policiales, aspecto que debe ser tomado en cuenta, para impedir que estos malos elementos se escuden en estos preceptos, para pretender cubrir de licitud, actuaciones manifiestamente antijurídicas.

De manera que lo que nunca podrá afectarse o dígase degradarse, relativizarse es la dignidad humana, aun en Estados de Emergencia o de Excepción, que el texto constitucional reconoce y que de hecho implica una limitación al ejercicio de derechos fundamentales y un mayor ámbito de intervención de los custodios policiales del orden, nunca permitirá trato degradante alguno, como el uso de la tortura o el aislamiento total del individuo, despojándolo de las garantías mínimas del “debido proceso”, del derecho de una defensa técnica (sea privada o de oficio), como el control legal y constitucional que la Ley Fundamental le atribuye al representante del Ministerio Público. Ningún estado de Excepción, puede importar lo contrario, las normas constitucionales deben ser interpretadas de manera sistemática, por lo que ninguna actuación policial queda exenta de control del persecutor del crimen y el defensor de la legalidad, es decir, de representante del Ministerio Público, máxime cuando se produce una detención, la policía está obligada a ponerla a disposición del Fiscal, a fin de que este ejercite ante el órgano jurisdiccional las acciones legales que estime pertinente. Esta es la distinción entre regímenes policiales autoritarios con regímenes democráticos y garantistas de la persona humana.

En el Fundamento 52 del AP, se dice al respecto lo siguiente: *“La exigente de obrar en cumplimiento de un deber no comprende los tratos inhumanos o degradantes, prohibidos en la Constitución Política e internacionalmente, pues suponen un atentado grave contra la dignidad de la persona, por lo que para apreciarse esta causa de justificación el agente además debe actuar con el ánimo o volun-*



tad de cumplir con su deber. Para que sea de aplicación la eximente referida “*es preciso que la violencia sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible*”. Lo dicho pues, primero que el uso de la fuerza pública nunca puede vaciar de contenido el cimiento material y espiritual que soporta todo el edificio normativo, esto es, la «dignidad humana» y segundo, su utilización arbitrada por medio del los sub principios de necesidad y de lesividad.

Lo dicho se concatena con lo que se expone en el AP (Fundamento 53), de que: “Ni la incorporación ni la modificación del inciso 11 del artículo 20 del CP –a través de los sucesivos actos legislativos indicados: el *Decreto Legislativo 982* y la *Ley 30151*–, *exoneran al Perú* (y a sus funcionarios policiales) *a reducir u obviar los parámetros del uso de la fuerza que han sido establecidos para todos, a escala mundial, en los instrumentos internacionales que la comunidad de las naciones unidas* (en que nuestro país se inserta) *se ha comprometido a cumplir; ni se puede interpretar las normas locales de modo que contravengan aquellas*”. La reforma de un precepto legal, que fue incorporado en julio del 2007 (Decreto Legislativo N° 982), que en su momento lo cuestionamos duramente⁷⁶⁶, no solo por su acusada falta de sistematicidad, sino también su implicancia y repercusiones para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incide igual en los mismos factores o planos de valoración, en el uso racional y legítimo de la violencia pública «institucionalizada». Así GARCÍA CAVERO al sostener que puede resultar cuestionable la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del CP, por ser absolutamente innecesaria pues la existencia de una causa de justificación general por el cumplimiento de un deber,

766 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Objeciones a la legitimación del inciso 11 del artículo 20 del CP*. En: Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal, GACETA JURÍDICA, cit., ps. 11-21; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, IDEMSA, 4ta, edición, Lima, 2013.

hace ociosa la previsión de este supuesto específico referido a los miembros de las Fuerzas Armadas y posterior modificación (Fundamento 42 del AP). De hecho, esta inclusión normativa parte más de una consideración político criminal tendiente a ejercer una función socio-pedagógica que propiamente técnica (dogmática), puesto que no era indispensable su inclusión en el CP, ello obedeció mas a tribunas y trincheras de la sociedad civil, que criticaban duramente a los operadores jurídicos que no aplicaban con justicia y corrección esta causa de justificación, procediendo en encarcelar preventivamente a efectivos policiales o en el peor de los escenarios, el dictado de una sentencia condenatoria, cuando habían actuado en “cumplimiento del deber”.

No de menor importancia lo que se dice Fundamento 55, último párrafo de que *resulta innecesario disparar contra la persona que eligió la opción de fugar ante la presencia policial* (como forma de auto-tutela ante una inminente detención y posterior procesamiento) *salvo que la vida o la integridad de los efectivos del orden u otras personas sea puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando*. Postulación que adquiere coherencia –con lo argumentado con nosotros–, de que tirar a matar y/o lesionar al presunto infractor de la norma jurídico penal, debe ser siempre la última alternativa a tomar por el custodio del orden, en armonía con el criterio de “progresividad”, de que la dosificación del uso de la fuerza pública ha de depender de la situación de riesgo (concreto) para los bienes jurídicos fundamentales de un ciudadano o del propio efectivo policial, solo si hay una real probabilidad de lesión a dichos interés jurídicos es que se puede proceder funcionalmente de tal manera. Entonces, el solo hecho de fugar del presunto autor de un delito, no es justificación suficiente para tirar a matar o gravemente a este, máxime si este está desarmado o no cuenta con objeto contundente alguno para eliminar a alguna persona.

Luego de relevancia lo que sostiene la CS en el Fundamento 56... *de que todos los agentes encargados de hacer cumplir la ley*

tengan en claro los límites del término “uso de sus armas” y de la referencia “otros medios de defensa”, dado que las disposiciones locales y los cambios normativos internos están subordinados al alcance de los compromisos internacionales que protegen derechos fundamentales, teniendo en cuenta que además de generar en algunos casos daños irremediables y graves responsabilidades personales pueden derivar en pesadas cargas estatales en el ámbito ético y reparatorio. Sin duda, resulta vital que el efectivo que hace uso de la fuerza pública, a veces «extrema», sepa perfectamente cuál es su ámbito legal de actuación funcional, en cuanto a moverse en el campo de lo “licito” así saber también cuando ingresa al ámbito de lo penalmente prohibido. Así, en esta línea de argumentación difícil que el agente policial pretenda ampararse en un error de prohibición, de cara a un exceso en su actuación funcional.

Dicha premisa de cognición normativa adquiere vigor y justificación aplicativa, conforme se desprende de los valores y garantías que subyacen del ordenamiento jurídico constitucional, acorde a los compromisos adquiridos por el Estado peruano a la luz de los convenios y tratados internacionales en rigor, en materia de derechos humanos.

No perdamos de vista, que una vez que se produce un exceso de la función policial o una violación flagrante a los derechos humanos, un aspecto es la responsabilidad penal que solo recae en el efectivo policial y otra, muy distinta, mucho más extensiva en su imputación, la de naturaleza “civil”, que debe asumir el estado, que en algunos casos puede llegar hasta la CIDH, pudiendo significar la determinación de sumas altas de dinero.

Lógicamente, que toda la normatividad que regula el uso de la fuerza pública por parte de los efectivos policiales (Decreto legislativo 1186, RM N 952-2018-IN) en consonancia con el inc. 11) del artículo 20 del CP, en cuanto a una interpretación normativa que se condiga con los intereses en juego, en el sentido de arbitrar la utili-

zación de la violencia institucionalizada de la actuación policial, en cuanto a una debida ponderación entre la necesidad de resguardar la seguridad pública e integridad de la población con el irrestricto respeto a los derechos fundamentales. La utilización racional de la fuerza pública en armonía con los valores que constituyen los cimientos de un orden democrático de derecho.

Así en relación a la reforma introducida por la Ley 30151 (Fundamento 44), siguiendo a VILLAVICENCIO TERREROS, se postula que *esta no es una carta en blanco para el uso de la fuerza por parte del funcionario encargado de hacer cumplir la ley*. En un Estado de derecho no hay licencia abierta para matar o lesionar a alguien, el uso racional y arbitrado de la violencia implica necesariamente someter dicha actuación pública a los presupuestos establecidos en la ley de la materia (ley penal en blanco).

Es en casos extremos, de indudable emergencia y necesidad, que han de disparar a matar o dígase a eliminar a los agentes del delito, solo cuando no quepa otra opción y exista un peligro latente para la vida, cuerpo y salud de una persona; acá se aplican dos principios de «proporcionalidad» y de «prohibición de exceso»; no existe precepto legal alguno que de manera abierta y directa conceda el derecho de matar o lesionar gravemente a otra, ni siquiera a los efectivos policiales en la custodia del orden público, lo que el ordenamiento jurídico autoriza a los miembros policiales es el uso de la fuerza pública, en los casos estrictamente necesarios para controlar y conjurar un probable estado de lesión de un ciudadano, del propio efectivo policial como de preservar un clima de paz pública, pero siempre arbitrado y razonablemente controlado, a fin de cautelar su legitimidad y su desborde, un abuso de un derecho que puede en algunos casos convertirse en una violación de derechos humanos.

Por último, se tiene que en el Fundamento 57 del AP, la CS concluye que: *“El Ministerio del Interior tiene que proporcionar la*

logística suficiente para que la Policía nacional utilice medios no letales eficaces para realizar óptimamente su función de modo que los medios letales puedan ser empleados en los extremos casos en que fueran estrictamente necesarios". Esto implica que las fuerzas del orden público, es específico los efectivos policiales en el «cumplimiento del deber», puedan contar con otros instrumentos, herramientas o armas, que sean no letales, para poder cumplir eficazmente con su labor, así se menciona en el mercado comercial, al generador de voltaje (descarga eléctrica que contrae los músculos) y el gas pimienta. Es pues todo un abanico de alternativas, que para su dotación requiere de una gestión administrativa al más alto nivel (Ministerio del Interior) así estar la policía dotada de armas, que en algunos casos –dada la naturaleza de las cosas–, no se requiere el uso del arma de fuego reglamentaria, lo que en otras palabras implica someter el ejercicio de la fuerza pública a baremos de proporcionalidad. No en vano, en el fundamento 58, se dice que: *"(...) no se pretende desarmar a la policía a escala mundial, sino se aspira promover intervenciones policiales firmes y eficaces, que, al mismo tiempo, sean razonablemente respetuosas de los derechos básicos internacional y nacionalmente declarados y protegidos"*. La eficacia y la eficiencia de la actuación policial en el marco de la lucha y combate contra la delincuencia, así en resguardo del orden pública y la defensa de los bienes jurídicos fundamentales de la persona y la sociedad, en un orden democrático de derecho no supone descargar siempre el máximo y extremo de la violencia institucional, sino de ejercer esta actuación en sujeción a criterios de razonabilidad y racionalidad, así evitamos represiones indiscriminadas y lo que es más grave, flagrantes atentados a los derechos humanos.

Prevención y contención contra la delincuencia "Sí", sobre todo en las manifestaciones más graves de la criminalidad, pero nunca degradando las garantías fundamentales (constitucionales) de la persona humana.

— A modo de conclusión

Así, como la vida, el cuerpo y la salud, constituyen los bienes jurídicos fundamentales (*vitales*) del ser humano, los cuales han de ser rigurosamente protegidos y respetados por el Estado, aparece también la obligación de ese mismo Estado, de garantizar un estado de convivencia pacífica entre los ciudadanos. La paz y el orden público, importan intereses jurídicos, dignos también de tutela jurídica, como unas de las tareas fundamentales del modelo Republicano que recoge nuestro texto «ius constitucional».

Estando a lo anterior, esta labor pública —de primer orden, en un Estado Constitucional de Derecho—, se materializa a través de la actuación de los custodios del orden, de los efectivos policiales de la PNP (en Estados de Emergencia” también por los miembros de las Fuerzas Armadas), tal como lo consagra el artículo 166° de la Constitución Política del Estado. Y, esta facultad del uso de la «fuerza pública» adquiere configuración legal en los incisos 8) y 11) de la Parte General del CP, en cuanto al «cumplimiento de un deber» o dígame el «ejercicio legítimo de un oficio o cargo», que en términos dogmáticos de la “teoría del delito”, opera en el caso que nos ocupa, como una causa de justificación, al significar un precepto autoritativo que autoriza legalmente a los custodios del orden el empleo de la fuerza pública, que en algunos casos puede importar la muerte o la causación de lesiones graves a una persona. Y esta circunstancia y consecuencia, es evidentemente lesiva para un bien jurídico fundamenta, por lo que es necesariamente «típica», pero que no es penalmente antijurídica, por tanto punible, siempre que se cumpla en rigor con la concurrencia de sus presupuestos de configuración legal, que justamente son delineados por la Corte Suprema en el AP —*in examen*—.

Lo dicho, sin defecto de reconocer que en ciertas actuaciones públicas, de mucho menor entidad lesiva, el llamado cumplimiento del deber pueda operar como una causal de “atipicidad penal”, pero, no en el presente caso, donde se hace alusión a una utiliza-



ción progresiva del uso de la fuerza pública, que como se indicó, puede tener como desenlace la muerte de una persona. Máxime, ante la innecesaria inclusión del numeral 11) del artículo 20° del CP, cuando de manera expresa se dice que *el personal de las fuerzas armadas y de la policía nacional del Perú, en cumplimiento del deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa cause lesiones o muerte*. Si ya el numeral 8) le otorgaba esta facultad legal a los efectivos policiales, no era indispensable generar normativamente esta causal de exoneración de responsabilidad penal, no existiendo pues el derecho de matar o lesionar a nadie, lo que sí existe es la facultad que tiene el custodio del orden público, de lesionar o matar a otra persona, cuando resulta siendo la única opción para salvar la vida de otro ciudadano o la suya propia, siempre en ejercicio del cargo.

Entonces, sea bajo el amparo del numeral 8) o 11) de la PG del CP, igual el uso de la fuerza pública por parte del efectivo policial, debe sujetarse estrictamente a toda la normatividad extra-penal que la regula –tanto interna como internacionalmente hablando, ello considerando las diversas circunstancias y particularidades del caso que debe enfrentar el efectivo policial, de modo que acá rigen los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, así impedir el uso excesivo de la fuerza pública, desproporcionada, nunca lícita (por tanto *injustificada*), cuyo desborde ha significado –no en pocas ocasiones–, flagrantes violaciones al contenido esencial de los derechos humanos.

Arbitrar, regular y dosificar el uso de la fuerza pública, muchas veces necesaria para resguardar el orden público como la defensa de los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos, es una misión vital en un orden democrático de derecho, que tiene como plataforma la defensa irrestricta de la persona humana y su intrínseca dignidad.



EL DERECHO DE RETENCIÓN COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA. ANÁLISIS A LA CASACIÓN N° 1885-2018-AREQUIPA

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Como toda «causa de justificación» que da lugar a una eximente de responsabilidad, en cuanto a un precepto permisivo que autoriza a una persona ha lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado por la ley penal, requiere ser debidamente acreditada, conforme los presupuestos legales que definen su marco de legítima aplicación, sabedores que algunas de estas se encuentran previstas en el ordenamiento extra-penal, por ello es que la doctrina penal especializada, bien señala que la categoría dogmática de la “antijuridicidad penal”, en su contenido y valoración es mucho más amplia que la categoría de la “tipicidad penal”, pues mientras la última se define exclusivamente sobre la base de la ley penal, la segunda, en cambio todo un espectro que se abre desde las diversas codificaciones del orden jurídico nacional vigente.

2. EL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA

Así, en el caso del delito de Apropiación ilícita, como manifestación de la criminalidad patrimonial, su desvalor, su contenido material-sustantivo del injusto aparece, cuando el agente delictivo se



niega a devolver un bien mueble, que ha recibido en mérito a título, comisión, retención, etc., que por ley debe restituirlo a su legítimo propietario, afectando con ello sus derechos reales que posee sobre el objeto material del delito.

Ahora bien, no olvidemos que muchas figuras de este capítulo de la criminalidad tiene contenidos extra-penales, donde resulta indispensable remitirse a la normatividad civil, a fin de poder identificar correctamente el ámbito de protección de la norma y más allá, aquellos supuestos donde subyace ciertos derechos del acreedor frente a su deudor, a fin de cautelar su legítima acreencia. Siendo esto así, se da cuenta del derecho de «retención» como causa de justificación, en cuanto a una determinada situación que permite al agente no devolver el bien de su deudor, esto es retenerlo hasta que este último proceda a honrar efectivamente con su obligación pecuniaria. Entonces, si bien la conducta es atípica, no es penalmente antijurídica, ante la concurrencia de una causa de justificación.

3. COMENTARIOS A LA CASACIÓN N° 1885-2018-AQP

Estando a lo anterior, es que recogemos las valiosas citas del DR. LUIS LINGAN CABRERA colgadas en su página personal, sobre la **CASACIÓN N° 1885-2018-AREQUIPA: REQUISITOS PARA QUE EL DERECHO DE RETENCIÓN JUSTIFIQUE UNA APROPIACIÓN.**

Se señala que “la retención como derecho real de garantía (artículo 1123 del Código Civil), permite situarlo como un supuesto para afirmar el ejercicio de un derecho que justifique una conducta punible, siempre que cumpla con los requisitos que la legislación civil prevé: i) La existencia de una obligación no garantizada suficientemente. ii) La existencia de un bien del deudor en poder del acreedor y iii) Conexión entre el crédito y el bien”. (Fundamento 4.3). Si la obligación se encuentra plenamente garantizada con otro bien, ya no hay necesidad entonces de que el agente retenga otro bien, de

hacerlo sería el abuso de un derecho; debe subyacer un poder fáctico del bien del deudor en señorío del acreedor y debe existir una vinculación entre la obligación y el bien, lo de cierta forma garantiza que el objeto material del delito haya ingresado de manera lícita a la esfera de custodia del autor.

Se señala, también que según el ordenamiento civil *“el derecho de retención tiene sus límites, el principal regulado en el artículo 1124 del Código Civil, según el cual no puede ejercerse sobre bienes que al momento de recibirse estén destinados a ser depositados o entregados a otra persona”* (Fundamento 4.5). Esto es, el bien –objeto de retención–, no debe tener un destino predeterminado contractual o legalmente, como de tener como destinatario a un tercero; de ser así, no procede por tanto el derecho de «retención».

Se agrega que *“la determinación de la actuación en el ejercicio de un derecho (artículo 20, numeral 8 del Código Penal) demanda su licitud, esto es, la ausencia de prohibiciones para su invocación tanto a nivel penal como civil, así como la mención expresa de que no se ampara el abuso del derecho ni el ejercicio de justicia por mano propia. La retención que no cumpla con las condiciones para ser invocada y aplicada a nivel de derecho civil no tendrá amparo suficiente para ser constituida como el ejercicio de un derecho, y por ende, desvirtuaría la configuración de una causa de justificación a nivel penal”*. (Fundamento 4.9 a 4.11). Así, apelando a una suerte de antijuridicidad, que desborda el ámbito penal, para penetrar en la anti-normatividad civil, esto quiere decir, que el precepto permisivo del ejercicio legítimo de un derecho, al estructurarse sobre normas del Derecho civil, para su validez requiere de que se cumpla en rigor con los presupuestos previstos en los artículos correspondientes del CC, y así dar paso a la realización legítima de un Derecho, y no de convalidar actuaciones que ingresen a un campo de ilicitud, de orden civil por tanto también penal. De hecho, la recuperación de un bien ha de tomar lugar conforme los cauces y procedimientos regla-



dos en el ordenamiento jurídico, conforme los valores de un Estado constitucional de derecho.

En el caso se considera que la decisión de una Sala Penal de Apelaciones de absolver a un procesado justificando su conducta en el ejercicio del derecho de retención no fue correcta, pues, los hechos se produjeron como consecuencia de una disconformidad de un locador por el presunto incumplimiento del pago de sus beneficios sociales y sus comisiones, sin embargo, dicha controversia fue en tiempo posterior a la presunta apropiación y luego que el encausado dejara de prestar servicios a favor de la empresa agraviada. (Fundamento 5.1 y 5.2). No podía ampararse en este caso, el ejercicio legítimo de un derecho —como derecho de retención—, cuando la pretensión laboral, de pago de beneficios sociales y sus comisiones, no estaban presentes al momento que tomo lugar la retención del bien; esta continuidad de línea de tiempo, resulta esencial para poder confirmar la presencia legítima de este precepto permisivo. Lo otro, es la realización de la justicia de propia mano, que no resulta admisible según los valores de un orden democrático de derecho.

Ante los hechos narrados, no solo se está ante una conducta típica, sino también penalmente antijurídica, por tanto dicho comportamiento es “punible”, susceptible de ser sancionado penalmente, cumpliendo en rigor con un injusto penal de Apropiación ilícita.



LA CULPABILIDAD

1. RESEÑA HISTÓRICA, UBICACIÓN DEL ESTADO DE LA DISCUSIÓN

Recapitulando, presupuestos de pena, importa lo siguiente: la realización de un «Injusto penal», la comisión de una acción u omisión típica que supere los parámetros normativos del riesgo permitido y que ingrese al ámbito de protección de la norma, mediando la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto en la esfera psíquica del agente (dolo o culpa) así como los especiales elementos del ánimo —siempre y cuando estén previstos en la estructuración típica— lo que comprende la tipificación penal como tipo indiciario y, la no concurrencia de preceptos permisivos, que puedan atacar la propia ilicitud de la conducta, cuando legítimos intereses de la comunidad y la propia defensa del ordenamiento jurídico convierten a la conducta típica en un comportamiento justificado, de común idea con la idea de la unidad del ordenamiento jurídico, bajo las salvedades anotadas en el capítulo precedente.

Es de verse, que el Injusto como «disvalor de la acción» y «disvalor del resultado», que expresan un estado de lesión o un probable peligro para un bien jurídico constituyen la base material que legitima la reacción punitiva, en cuanto conducta necesitada y merecedora de pena; por tales motivos, en la categoría del Injusto, se valora la conducta no solo desde un prisma de objetividad, que se manifiesta en la transformación de la realidad social (principio de

lesividad) o, cuanto infracción formal que contradice el directivo de conducta plasmado en la norma; sino también, la esfera anímica del individuo, como ser capaz de conducirse conforme a “sentido”, donde la voluntad constituye la fuerza motor de la conducta humana que se dirige a una determinada causación. Donde el dolo y la culpa forman parte del tipo subjetivo del injusto, que dan lugar al principio de culpabilidad, como vinculación anímica del autor con respecto al hecho cometido, presupuesto indispensable para afirmar la imputación subjetiva, pues quedan de lado los eventos fortuitos, así como la responsabilidad objetiva por el resultado.

Así, también en el ámbito de la categoría de la «antijuridicidad», se toma en cuenta factores subjetivos, a fin de admitir la concurrencia de un precepto permisivo, el sujeto debe saber al momento de la acción (*ex-ante*), que está actuando bajo los efectos de una causa de justificación. Los elementos subjetivos, son entonces, imprescindibles para la valoración de la tipicidad y de la antijuridicidad, dicho en otras palabras: para el análisis total del Injusto.

Sin embargo, el análisis de la imputación delictiva no se agota en la remisión valorativa del Injusto penal, pues falta un elemento personal que da lugar a la denominada «imputación individual», es que debe acreditarse que el sujeto al momento de realizar el Injusto, contaba con una capacidad psicofísica suficiente, como para poder amoldar su conducta al mandato o prohibición normativa.

El hombre, de acuerdo a su particular estructuración, es evaluado, a fin de poder confirmar su poder de evitabilidad y su capacidad de dominabilidad del evento.

Conforme lo anotado, los defectos que provocan una conducta contraria a la esperada en la norma, deben ser consideradas a efectos de la determinación de la sanción punitiva; si el sujeto no ha podido obrar a derecho, porque su propia estructura antropológica y psíquica se lo impidió, el Estado debe renunciar a la imposición de una pena y, en su lugar adoptar una medida alternativa que

despliegue fines únicamente de prevención especial; una medida de seguridad que tenga por fines la tutela, corrección y rehabilitación del sujeto insano, mas no puede propugnarse la posibilidad de efectos de prevención general, pues ante supuestos de «inimputabilidad» (inculpabilidad), no resulta necesario intimidar al colectivo, solo preocupa el interés por rehabilitar al agente incapaz; solo a partir de una culpabilidad comprobada, puede partirse de un doble baremo, a efectos preventivos: de prevención especial, a fin de rehabilitar socialmente al sujeto infractor, y, de prevención general, la intimidación que deben sufrir los autores potenciales.

En resumidas cuentas, el fin preventivo es un medio esencial para el fin último del Derecho penal: la «protección de bienes jurídicos».

La «Culpabilidad», a la que llamaremos imputación individual, otros, «Responsabilidad penal», compagina una serie de elementos que van más allá de la estructura misma del sujeto para penetrar en los fines preventivos de la pena, en las máximas fundamentales del Estado de Derecho y en el reconocimiento de una sociedad democrática y pluralista que debe valorar la diversidad como una fuente indispensable del estado cultural de nuestros pueblos; entre estos, figura concretamente el reproche personal que recae sobre la persona del autor, a partir de un criterio *individualizador que da lugar a la imputación individual*, en la cual se ponen en consideración los diversos factores que condicionan el poder que tiene el sujeto para adecuar su conducta a la prescripción normativa (causas de inculpabilidad); luego, es inevitable una remisión a la comunicación comprensiva que tenga el autor sobre la norma; quiere decir, si el individuo conocía el factor «antijuridicidad», de obrar contrario a derecho, y, finalmente, se advierte un tercer elemento, el cual supone la «exigibilidad de otra conducta», en cuanto a la dirección racional que deben guardar las normas conforme los deberes que asumen los ciudadanos; cuando el cumplimiento normativo supone la colocación en riesgo de los bienes



jurídicos fundamentales, decae el efecto motivador de la norma, en correspondencia con los fines preventivos de la pena, la sanción es inviable por razones de disculpa.

Parafraseando a RUDOLPHI, diremos que la pena presupone imputabilidad individual de la infracción de la norma, así como la exigibilidad de un comportamiento adecuado a dicha norma⁷⁶⁷.

2. LA NECESIDAD DE MANTENER EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD, COMO LÍMITE Y FUNDAMENTO DE PENA

Nuestra posición es de mantener en el concepto de Culpabilidad un juicio de reproche estrictamente personal, que si bien debe fundamentarse en una orientación preventiva, el juicio de reproche debe basarse en la estructura ontológica del autor.

El Estado encuentra limitado el ejercicio de su facultad de castigar en este principio: no puede imponer sanción si no hay culpa y esa sanción ha de ser la adecuada a esa culpabilidad⁷⁶⁸.

Según el orden jurídico-constitucional peruano, el principio de Responsabilidad personal (Culpabilidad) no está reconocido expresamente; sin embargo, lo podemos deducir de varios preceptos constitucionales, sobre todo del artículo 1° que consagra al ser humano y a su dignidad como el valor supremo del Estado y la sociedad, donde la autorrealización del individuo y su participación en los procesos sociales solo resulta factible en un orden normativo donde se respete al máximo las «libertades fundamentales».

La privación de la libertad solo es legítima en cuanto se manifiesta un hecho de significativa lesividad para los intereses jurídicos superiores; pero la intensidad de la reacción estatal debe

767 RUDOLPHI, H. J. *El Fin del Derecho Penal del Estado*, p. 85.

768 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal*, p. 257.



ser proporcional al grado de afectación del bien y sobre todo al reproche personal que recae sobre su autor.

La imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso preventivos, lo cual implica un grave atentado contra su dignidad⁷⁶⁹.

Todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buena parte en la dignidad humana, tal como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo⁷⁷⁰.

El juicio de culpabilidad, entonces, implica una valoración estrictamente personal, penetrando en todos los aspectos que determinaron en el autor una decisión contra el orden jurídico; en tal caso, es necesario remitirse a los procesos sociales, culturales y otros del autor con sus congéneres, aquellos que hicieron madurar en su personalidad una decisión antinormativa, de manifestarse contrario a Derecho, sus concretas relaciones familiares y personales, para enjuiciar en tal sentido concreto la conexión personal real existente entre él y el hecho tipificado como delito⁷⁷¹.

En otras palabras dicho, la culpabilidad al considerar al individuo como tal, tiene que considerarlo como sujeto que ha internalizado toda una red social compleja de valores y definiciones y que al mismo tiempo en un proceso interactivo es productor de valores y definiciones, como se ha señalado últimamente desde un punto de vista estrictamente ético⁷⁷².

769 CEREZO MIR, J. *El Delito como Acción Culpable*, p. 21.

770 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª Edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, p. 96.

771 TORIO LÓPEZ A. *El Concepto Individual de Culpabilidad*, p. 299.

772 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Política Criminal y Dogmática*, p. 129.

Importan una suma de factores que en sociedades como la nuestra, responden a motivos de la más variada índole y naturaleza, pues, no resulta lo mismo aquel malhechor que se apropia sistemáticamente de caudales que han sido confiados en razón del cargo público que ostenta, que el abigeo que sustrae el ganado ajeno para alimentar a su familia, en evidente estado de necesidad. No se puede, por tanto, modo establecer una medición de culpabilidad en base a la abstracción ideal del «hombre medio».

La capacidad para responder al mandato o prohibición jurídica no le es dada de forma general al hombre como afirma TORIO LÓPEZ. Esta capacidad depende fundamentalmente de sus relaciones sociales. Defectos culturales, analfabetismo o pertenencia a culturas marginales, influyen relevantemente sobre la imputabilidad⁷⁷³. Ya en el nivel de la medición de pena deben entrar a propender los factores de prevención.

Siendo así, nuestra concepción de culpabilidad allana el camino a una sustentación de la «Reincidencia» que se base en el juicio de reproche personal, que será analizado en el capítulo en referencia⁷⁷⁴.

Ahora bien, qué debemos entender por Culpabilidad por el carácter o por conducción de vida. Esta caracterización se la debemos a MEZGER, quien utilizó la frase: “*Lebensführungsschuld*” —culpabilidad por la conducción de vida—. Señalando lo siguiente: “La fundamentación teórica viene de la culpabilidad por la conducción de vida. La culpabilidad del autor no solo existe en la culpabilidad por el hecho, sino también en la “actitud” que el autor ha mantenido en el transcurso de su vida pasada en relación con el Derecho en su totalidad”⁷⁷⁵. Quiere decir, que el juicio de culpabilidad

773 TORIO LÓPEZ, A. *El concepto individual de culpabilidad*, p. 297.

774 Ver, el Cap., sobre la determinación judicial de la pena.

775 MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho Penal...*, p. 87.

no solo debe circunscribirse al hecho punible cometido, sino que debe extenderse a la conducta del autor que ha ido desarrollando toda su vida frente a las regulaciones positivas, que se manifiestan concretamente en su récord delictivo.

La culpabilidad por la conducción de vida que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque solo aquella parecía en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como “pena”, es decir, como respuesta a la Culpabilidad⁷⁷⁶.

La culpabilidad por el carácter hace alusión a la manifestación de la personalidad frente al derecho, su enemistad que se expresa en su predisposición a delinquir en orden a factores psicológicos y caracterológicos. SAUER rechaza el concepto de culpabilidad por conducción de vida utilizada por MEZGER, por comprender una culpabilidad del autor; y adopta una “culpabilidad crónica de tendencia” que consiste en la disposición de ánimo o cualidad de carácter como causa inmediata del hecho; en realidad se basa en numerosas tendencias de fuerza y de valor iguales, que se han condenado en una magnitud psíquica constante, a causa de la tenacidad de la excitación criminal⁷⁷⁷.

La tendencia, entonces, se manifiesta en la predisposición que el autor revela a la comisión de ciertos hechos de símil naturaleza, que se hace presente en su voluntad de actuar. Esta postura evoca una concepción que centra el estado del valor jurídico, no en el hecho en sí, sino en la personalidad del delincuente que se manifiesta caracterológicamente cada vez que comete un hecho punible. La esfera personal del autor, tiene un valor trascendente, pero en el

776 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. T. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, p. 180.

777 SAUER, Guillermo. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción directa por Juan del Rosal y José Cerezo. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956, ps. 235-236.



ámbito de la determinación judicial de la pena, so pena de ingresar a una esfera que no le es lícita al Derecho penal en un orden democrático de derecho.

La lesividad que se expresa en el disvalor de la acción conjuntamente con el disvalor del resultado, es la fuente material que legitima la reacción punitiva, esto quiere decir, que en el Estado de Derecho la punición se condiciona a un «Derecho penal del acto» en correspondencia con una «Culpabilidad por el acto».

Según la línea argumental esbozada, debemos apuntalar a un juicio de reproche estrictamente personal, que parta de la propia persona que delinquiró, según las diversas aristas que manifestó en la conducta antijurídica, mediante una retrospección en su vinculación con su familia y la sociedad, que comprenda todo su aprendizaje sociopedagógico, es entonces ontológico, pero no se sustenta en una premisa ya de por sí falsa, si otro (hombre medio) hubiese podido actuar conforme a derecho (libre albedrío) sino en un criterio individualizador, para luego adentrar en el reproche que da lugar a la imputación individual, cuya naturaleza es esencialmente normativa.

Por consiguiente, la «Culpabilidad» sigue ejerciendo una función limitadora del *ius puniendi* estatal, en correspondencia con la defensa de la autonomía humana y el respeto a su dignidad, valores que se compaginan armoniosamente en el marco del «Estado Social y Democrático de Derecho».

El juicio de Culpabilidad debe reflejar no sólo un criterio individualizador, sino también la retrospección al análisis socio-cultural del autor, a fin de establecer la vulnerabilidad que ésta ha presentado frente al sistema jurídico-estatal en su conjunto, sin que ello signifique penetrar en juicios de valoración morales o etizantes.

Resumiendo, URQUIZO OLAECHEA, apunta que el principio de culpabilidad, en el Derecho penal peruano, tiene diversas expresiones. La orientada a partir de la Constitución indica que existe un

límite infranqueable a la determinación de la culpabilidad penal en la dignidad de la persona⁷⁷⁸.

A nuestra consideración el juicio de Imputación individual en el Perú adquiere una particularidad propia, a partir de su descripción étnica y multicultural; en razón a las variadas tipologías antropológicas y bioculturales que puede presentar el hombre peruano, tal como se desprende de la Ley Fundamental. Una máxima del Estado de Derecho es el respeto a la pluralidad ideológica y a la diversidad cultural, de modo que la imputación jurídico-penal debe recoger estos datos culturales a fin de ajustar la sanción punitiva a un mínimo de racionalidad.

El hombre de la costa, de la sierra y de la selva revelan ciertas particularidades y singularidades, que ameritan ser valorados por el Juzgador, al momento de la «determinación judicial de la pena» e «individualización de la pena»; es sobre todo el hombre de los “andes” que merece una mayor distinción, por su desarraigo con el monismo jurídico que le es impuesto por el Estado. En estos parajes del territorio nacional se avizoran comunidades que empiezan a imponer sus propias reglas y valores, ante el divorcio profundo que se produce con el Estado de Derecho, lo cual desencadena el fenómeno de los ajusticiamientos selectivos, fenómeno que ha sido objeto de análisis en el apartado correspondiente.

Por consiguiente, resulta todo un despropósito pretender homogeneizar (estandarizar) al hombre peruano, en orden a los fundamentos antes mencionados; un «Derecho penal» que no recoge la realidad sociocultural de un pueblo, importa una ruptura entre la norma y la sociedad, cuyo desembalse desencadena su propia ilegitimidad.

778 URQUIZO OLAECHEA, José F. *Derecho penal: principio de culpabilidad*. En: Jurídica. Suplemento de Análisis Legal. Diario El Peruano, martes 16 de mayo del 2006, ps. 4-5.



Un sistema de Imputación delictiva (juicio de reproche individual) basado en la realidad nacional, tal como lo reconoció el legislador del 91, al introducir el denominado: «Error de comprensión culturalmente condicionado» (artículo 15° del CP); empero, esta institución punitiva no resulta lo suficientemente comprensiva, como para valorar las múltiples características que pueden manifestarse en la persona del infractor; por lo que el estudio del hombre delincuente a fin de graduar la pena por parte del Juzgador, es un imperativo en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, que tiene como sostén la «diversidad cultural».

3. CONCEPTO ACTUAL DE CULPABILIDAD

Su definición conceptual no evoca posturas unánimes y coincidentes, sino meras aproximaciones, no existe pues, un concepto consolidado —lo que sí se ha logrado es despojarlo de revestimientos «subjetivistas» y «psicológicos»—.

Para BACIGALUPO, “La culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma”⁷⁷⁹.

La tendencia actual ha sido de dotar a la culpabilidad de un juicio meramente impersonal: vinculación del individuo al hecho (imputación individual).

“La culpabilidad constituye la simbolización de garantías y logros para el desarrollo de la personalidad, sin duda la valoración debe incidir sobre el hombre en concreto y sus capacidades igualmente concretas: inmersos en un sistema social se colige la exigencia de que cada individuo sea responsable de los hechos atribuibles a su ámbito organizativo interno, como un rol basado en la integración del sistema”.

779 BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho Penal*. p. 298.



La opinión de la imposibilidad de verificación de la culpabilidad de un hombre singularmente considerado en una situación específica se reputa actualmente como incontrovertible, dado que no es posible científicamente postular la culpabilidad en ese sentido, pues sus presupuestos son racionalmente indemostrables. De la misma opinión es MUÑOZ CONDE, al señalar que “la capacidad de actuar de un modo distinto (libre albedrío) de cómo se obró es humanamente indemostrable”⁷⁸⁰.

La referida capacidad de actuar de modo distinto de cómo realmente se obró, se acerca más bien a problemas del alma, por su naturaleza metafísica: el hombre, en suma, pudo haber obrado de muchas formas.

Para PEÑA CABRERA: a) La culpabilidad es precisamente el campo donde se valoran jurídicamente las características personales del autor del delito (Imputación Individual). La antijuridicidad sólo formula un juicio objetivo impersonal, ya que la acción lesiva para el bien jurídico se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma. Es a través de este juicio personal, que se puede atribuir la autoría de un Injusto penal, por tener capacidad de responsabilidad penal, es el reproche del autor por la acción antijurídica de naturaleza imputativa. b) La conciencia de la antijuridicidad es la base central de la culpabilidad, esta debe ser non nativa y no de naturaleza moral. c) Deber de Exigibilidad, solo se le puede imputar al autor aquellos actos que tenía el deber de realizarlos o de omitirlos, y cuando en virtud de sus conocimientos especiales y en base a las circunstancias en concreto estaba en la capacidad de realizarlos.

De modo, que para poder dilucidar el complejo campo de la culpabilidad, ameritará un trabajo multidisciplinario de las ramas jurídicas y no jurídicas, amén de ofrecer un panorama más claro

780 MUÑOZ CONDE, F., y otro; *Derecho Penal. Parte General*. ps. 366 y ss.



conducente a elaborar un concepto de culpabilidad lo más cercano posible a la realidad humana.

La libertad, como criterio rector, que no sólo irradia al Derecho Penal, sino a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, debe ser la premisa a partir para poder valorar las verdaderas capacidades de cada sujeto en la situación concreta, de acuerdo con los fines definidos por el Estado de Derecho; en consecuencia, si el autor es capaz de conducir su comportamiento y de dirigirlo normativamente (dirigibilidad normativa) y si el mismo posee la capacidad de adecuarse a la norma, entonces la culpabilidad surge cuando el autor no asume otras posibilidades que psíquicamente le eran viables (ROXIN⁷⁸¹).

Cuando alguien infringe la ley, se produce, a decir de JAKOBS, una defraudación de las legítimas expectativas sociales —que esperan que sus conciudadanos se comporten conforme a Derecho—, lo que significa una falta de «reconocimiento de la vigencia fáctica de la norma».

La pena es solamente un medio y no un fin en sí misma, se encamina a fines sociales e individuales; no se aplica *quia peccatum*, más bien se impone *ne peccetur*; la pena debe ejecutarse mirando al futuro y no al pasado.

Desde la teoría de los fines de la pena, se observa el carácter preventivo de la culpabilidad; por consiguiente, por más culpabilidad que pueda comprobarse, puede que el hecho antijurídico no sea merecedor de pena por fines preventivos («Principio de Oportunidad»), en el marco de un criterio delimitador del injusto material; quiere decir, que la necesidad y el merecimiento de pena se determinan a partir de criterios cuantitativos y cualitativos, que permiten al legislador regular filtros de selección, a fin de reservar la pena a

781 Para ROXIN, la culpabilidad, cuando un Injusto penal merece pena, deberá responder dependiendo de razones político-criminales y preventivas (especial).

los hechos antijurídicos (*contenido material del injusto*) que generen una mayor reprobación en el colectivo social.

La culpabilidad no puede ser considerada únicamente como un elemento categorial de la teoría del delito, sino también como un principio político-criminal que otorga al juzgador, criterios racionales de merecimiento y necesidad de pena, en cohesión con sus fines preventivos.

“La culpabilidad es la barrera infranqueable que no puede pasarse por alto en el momento de determinar la pena para el autor, es una de las variables a tomar en cuenta”⁷⁸².

La culpabilidad, en definitiva, limita el merecimiento de pena, acorde con la meta resocializadora propuesta en el artículo IV del Título Preliminar del CP; se constituye como estructura basilar, la aplicación de medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad, con el fin de neutralizar el efecto disocializador y criminógeno que desencadena la estancia carcelaria, todo ello en el ámbito de un Derecho penal dosificado por sus principios legitimantes (intervención mínima).

“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho: el Principio de Proporcionalidad, el grado de culpabilidad atribuible a su autor son pues los criterios que fija la graduación de la sanción, conjuntamente con los fines de la pena (general y especial): Un «Derecho Penal de Culpabilidad» de inclinación humanista que sea acorde con los fines asignados al *ius puniendi* estatal, esto es, la prevención de delitos y la protección de bienes jurídicos.

En un Estado de Derecho, la utilización de la pena debe reservarse sólo a aquellos infractores —que con su proceder antijurídico—

782 Las otras variables serán el contenido del Injusto típico, los fines preventivos de la pena (general y especial) y finalmente criterios político-criminales.

revelan un intenso menosprecio por los intereses jurídicos de los miembros de una sociedad democrática: “sólo para los delitos más graves”; ingresando únicamente a aquellos ámbitos sociales que revelan focos de conflictividad insoportables.

Defendemos la postura de un «Derecho penal democrático», que conduzca a abrigar esperanzas en un esfuerzo común en la lucha contra la delincuencia, ello debe significar que las agencias estatales competentes, así como los miembros de una sociedad –que desea que sus miembros infractores se reintegren y reconozcan como suyos los principios mínimos de convivencia–, en tal contexto, tanto el Estado como la sociedad, asumirán sus roles como corresponsables del delito, no puede dejarse de lado –desde una visión criminológica– que el delito es una fenomenología que se gesta por obra de las propias relaciones sociales, en tal sentido, la sociedad no puede ser ajena a los efectos que debe generar la sanción.

La reacción punitiva, por lo tanto, debe ajustarse conforme a los principios fundamentales, tomando a la Culpabilidad como un elemento indispensable a fin de justificar la pena, pero para dispensar de ella, la Culpabilidad junto a los otros principios despliegan un rol elemental. Esta misión de autocontrol –como expresa SILVA SÁNCHEZ–, de reducción de la medida de la propia violencia, está presidida por dos conjuntos de principios de naturaleza diversa: por un lado, por principios de signo utilitarista (restricción de la intervención penal, en la medida que esta constituye un mal, al mínimo auténticamente necesario en términos sociales); por otro lado, por principios axiológicos no utilitaristas, sino de garantía individual (justicia, proporcionalidad, humanidad, etc.)⁷⁸³.

En resumidas cuentas, los postulados que se desprenden de la Ley Fundamental, comportan la necesidad de racionalizar

783 SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 242.

la respuesta punitiva del Estado como estrategia de un programa de minimización punitiva, ajena a la concepción retributiva de la Culpabilidad, esta última debe sujetarse a los fines preventivos, que en consuno juegan un rol preponderante en la mitigación de la pena.

4. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

«Culpable» es aquel que conocía de la antijuridicidad de su conducta (conocimiento de la antijuridicidad), que tenía la capacidad de motivarse conductivamente conforme al directivo de conducta (imputabilidad) y que le era exigible comportarse conforme a Derecho (exigibilidad), tal reproche solo se puede dirigir a las personas —que según su estructura psicosomática— están en la capacidad de adecuar su comportamiento de acuerdo con el efecto motivador de la norma (Imputabilidad), y el presupuesto básico que puede exigir tal comportamiento es el Conocimiento de la antijuridicidad, como garantía del «Principio de Legalidad» y de una verdadera relación normativa.

En palabras de BACIGALUPO, la capacidad de motivarse por el cumplimiento del derecho determina que la realización del ilícito sea reprochable y esa capacidad depende de que el autor haya podido comprender el derecho, comportarse de acuerdo con esa comprensión y podido conocer el derecho (es decir, la antijuridicidad), las causas de inculpabilidad no son elementos que eliminan esa capacidad, (...), pero que, de todos modos, marcan el mínimo de gravedad de la reprochabilidad para fundamentar un reproche⁷⁸⁴.

En cuanto a los fundamentos de la inculpabilidad, JIMÉNEZ DE ASÚA expone un contenido distinto al esgrimido por nosotros, pues asevera que el fundamento de las causas eximentes reside en que,

784 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, ps. 151-152.



hallándonos ante un acto que encaja en un tipo legal, que es anti-jurídico y procedente de un hombre imputable, si bien no falta en él ese ligamen subjetivo de intención o negligencia, es imposible elevarle normativamente a dolo y culpa, en que se basa la responsabilidad jurídico-penal, debido a que ese acto ha sido anormal o irregularmente motivado, ora porque el agente creía erróneamente de modo invencible que obraba conforme a derecho, cuando en verdad no era así; ora porque el sujeto, movido por especiales apremios, se vio en la necesidad de obrar de manera antijurídica, o finalmente porque a causa de una u otra motivación, no se le podía exigir una conducta adecuada al orden jurídico⁷⁸⁵.

De ello se colige, que el dolo y la culpa forman parte del reproche individual, como variantes de la culpabilidad; es de verse, que el «dolo» y la «culpa» constituyen elementos de la tipicidad, por lo que el conocimiento del agente no abarca la conciencia de lo prohibido, únicamente el aspecto formal de la construcción típica; el resto es común a lo descrito anteriormente, en cuanto al error de prohibición y los estados de inexigibilidad, solo los primeros forman parte del juicio de imputación individual, pues el error de tipo encaja en un nivel dogmático distinto.

Asimismo, el Derecho no puede exigir a sus ciudadanos, comportamientos imposibles que impliquen sacrificio de los bienes jurídicos más preciados por el orden social, como: la vida, la integridad física y la libertad; surgen pues, circunstancias excepcionales en las cuales el individuo ve amenazados dichos intereses jurídicos –tanto propios como de terceros– en los cuales se opta por agredir otro bien jurídico de equivalente valor normativo en aras de salvar el propio. Dicha descripción fáctica, mantiene subsistente su carácter antijurídico, pero, el Estado renuncia a la imposición de una pena, por no poder exigir al ciudadano la realización de un



acto heroico, asimismo, por el eminente decaimiento de necesidad de pena en base a sus fines preventivos –tanto general como especial–; en consecuencia, el sujeto está fuera de los límites de la «exigibilidad».

Dentro de las diversas variantes de inculpabilidad, éstas pueden aparecer en su forma excluyente o cuando no concurren en su fase completa, pueden determinar la graduación de la culpabilidad, pudiendo conllevar la atenuación de la pena (artículo 21° del CP), como una potestad discrecional que el legislador confiere al juzgador.

4.1. Imputabilidad o Capacidad de Culpabilidad

La «Imputabilidad», en principio, responde a las condiciones mínimas que debe revelar un individuo, para responder penalmente por la comisión de un hecho antijurídico, el reproche que recae sobre el autor por haber realizado una conducta que sobrepasa el riesgo permitido y que no se encuentra justificada penalmente; dicho así: trata de un juicio de Imputación individual respecto a la atribución de un injusto penal.

Para DE TOLEDO Y UBIETO, es la aptitud psíquica de autogobernar el comportamiento por el temor al castigo (pena) con que la norma penal se conmina la realización de una cierta conducta. Esto es, capacidad psíquica para inhibirse de practicar la conducta prohibida por la norma penal, ante el temor de que se imponga la pena que amenaza la realización de conducta. En suma, imputabilidad es motivabilidad del sujeto respecto de la norma penal⁷⁸⁶.

La imputabilidad versa en principio sobre la responsabilidad penal, o dicho así: *las condiciones que deben concurrir para que el*

786 DE TOLEDO Y UBIETO - HUERTA TOCILDO. *Derecho Penal. Parte General*, p. 335.



autor sea pasible de una pena, de conformidad con los fines que se desprenden de la sanción punitiva.

Según la perspectiva funcional, los fines preventivos de la pena han marcado una pauta determinante en la Culpabilidad, a fin de delimitar aquellas causas de inculpabilidad en sentido estricto, con aquellas causas de disculpa, que eliminan la posibilidad de la sanción por motivos estrictamente preventivos (prevención general y especial).

ROXIN, desde un método integrador de la dogmática jurídico-penal con la política criminal, ha elaborado un concepto de Culpabilidad que parte de las premisas antes anotadas, incluyendo el factor «Responsabilidad»; así pues, ROXIN ha mantenido el concepto tradicional de culpabilidad, en el sentido de “reprochabilidad” (que, por su parte, se entiende como “motivabilidad normal”), como subnivel específico en el seno del tercer nivel del sistema, que redefine como “responsabilidad”⁷⁸⁷; en este último nivel, los factores preventivos inciden directamente en la limitación de la pena.

Lo que ocurre es que ROXIN trata de separar claramente los ámbitos en los que la decisión de exclusión de la responsabilidad se debe a lo uno (falta de culpabilidad en sentido propio) o a lo otro (falta de necesidad preventiva); algo que no es posible —escribe SILVA SÁNCHEZ—, como prueba del propio reconocimiento de ROXIN que también en la inimputabilidad (núcleo aparente de la inculpabilidad en sentido estricto) inciden consideraciones de índole preventiva (de necesidad de pena)⁷⁸⁸.

En dicha elaboración conceptual se niega a la sistematicidad anotada, en cuanto en la imputabilidad también juegan un rol fundamental los fines de la pena, lo cual no importa contradicción

787 SCHÜNEMANN, B. *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, p. 66.

788 SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 410.

alguna. En un esquema de esta naturaleza anota SCHÜNEMANN, el valor rector de la prevención solo es necesario para la precisión del “criterio de normalidad” y, por lo demás, se le remite a cumplir una función de complemento en la configuración detallada de las llamadas tradicionalmente causas de exclusión de la culpabilidad⁷⁸⁹.

Así, RUDOLPHI, en cuanto a la imputabilidad individual, al señalar que la pena solo es razonable y proporcionada por razones preventivo-generales y preventivo-especiales si en la medida en que es impuesta y ejecutada con motivo de una infracción normativa individualmente imputable y con la finalidad de evitar futuras infracciones también individualmente imputables⁷⁹⁰.

Los fines preventivos (general y especial), están presentes en ambos niveles, solo que en el segundo de ellos su incidencia adquiere mayor relevancia, como efecto limitador de pena; en los supuestos de «inculpabilidad», vienen a coincidir las exigencias de la culpabilidad (no hay responsabilidad ni merecimiento de pena) con las exigencias de la prevención (ya que tampoco en estos casos existe necesidad de pena, ni desde el punto de vista de la prevención general, ni desde el punto de vista de la prevención especial)⁷⁹¹.

Sin embargo, debe destacarse que en el esquema por nosotros concebido, el contenido ontológico de la Culpabilidad es añadido por otros conceptos, no solo por motivos preventivos, como veremos más adelante. La culpabilidad no solo puede actuar como límite de pena, sino también como fundamento de pena. Sin embargo, dice ROXIN, la tarea de la pena es preventiva, porque no debe orientarse a retribuir, sino a evitar la comisión de futuros delitos. En cambio, político-criminalmente la culpabilidad sólo tiene la función

789 SCHÜNEMANN, B. *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, p. 66.

790 RUDOLPHI, H.J. *El fin del Derecho Penal del Estado...*, p. 84.

791 ZUGALDIA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho Penal...*, ps. 246-247.



de limitar la medida en que deben perseguirse las metas preventivas para limitar la libertad de la voluntad individual⁷⁹²

A tal efecto, no puede haber pena sin culpabilidad y, esta importa la negación de la libertad individual, a fin de evitar infracciones normativas, tanto por la colectividad como por el sujeto que delinque.

La culpabilidad está compuesta por las facultades físicas y cognitivas óptimas; es decir, en condiciones mínimas para poder motivarse normativamente; es por ello, que cuando un sujeto presenta un déficit en su estructura psicosomática, se le declara «no culpable» (Inimputable), por no tener capacidad de responsabilidad penal, no obstante haber cometido un Injusto penal.

En cuanto a la denominada «imputabilidad», esta significa en realidad la atribuibilidad de un juicio de reproche personal, por no haber adoptado el modelo de conducta contenida en la norma, pese a que el autor estaba en condiciones de poder evitar la realización de la conducta antinormativa, (...) significa que la imposición de la pena requiere que el autor fuera capaz de evitar su comportamiento antinormativo mediante la adecuación de su decisión voluntaria a lo establecido por la norma infringida por él⁷⁹³; (...) si alguien, por las razones que sean, no puede evitar el injusto típico por él realizado, carece de objeto castigarlo; cualquiera sea la teoría de la pena que se mantenga, no se puede pretender retribuir una culpabilidad inexistente, no tiene sentido querer apartar a la generalidad de la causación de consecuencias inevitables: y un efecto de prevención especial en personas, a las que no se puede reprochar su conducta, es innecesario o, como sucede con los enfermos mentales, no se puede alcanzar por medio de una pena⁷⁹⁴.

792 ROXIN, C. *La Evolución de la Política Criminal...*, p. 73.

793 RUDOLPHI, H.J. *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, p. 84.

794 ROXIN, C. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, ps. 89-90.



Ante sujetos eminentemente «inimputables», el castigo punitivo pierde racionalidad y sus efectos preventivos decaen de forma inevitable, el hecho de tener que imponerles una medida alternativa a la pena (medida de seguridad) solo puede fundarse en razones de prevención especial.

Imputabilidad, como afirma MEZGER, significa capacidad de culpabilidad⁷⁹⁵, como presupuesto esencial de pena, imputación individual en cuanto a un juicio de atribución personal por la comisión de un injusto penal.

La «imputabilidad» constituye el primer nivel de análisis, en lo referente al juicio de reproche personal, de que el sujeto actuó al momento de la realización típica con plenitud de sus facultades psicomotrices, pues sin duda el inimputable puede querer o no querer el hecho típico (actuar de forma intencional), sin embargo, lo que interesa a este nivel, son las fuerzas internas que controlan y dirigen todos los impulsos fisiológicos. Se revela la neutralización de las funciones que se transmiten desde el sistema nervioso central, como dador de los movimientos corporales del individuo.

En resumidas cuentas, el juicio de imputabilidad permite la determinación de la sanción, pues si este juicio es positivo, la reacción estatal será una pena, pero si es negativa, la reacción estatal deberá ser la medida de seguridad, de conformidad con lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar de común idea con lo estipulado en el artículo 72° del CP.

Los declarados «inimputables» por la Ley no son responsables penalmente, pues ellos no están en capacidad de adecuar su conducta conforme a una debida comprensión normativa, su propia estructura les impide obrar conforme a Derecho.

795 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 202.

Su estudio no se agota en las facultades cognoscitivas y volitivas del autor; no todos los individuos interactúan socialmente bajo los mismos principios de convivencia —el Perú es una muestra palpable de ello, Nación en la cual coexiste una pluralidad étnica y cultural, una fusión de razas que hace de nuestro país una comunidad de gentes variopinta— al confluir una diversidad de normas sociales y culturales, a veces, el individuo, el ciudadano común se encuentra alejado del Derecho Positivo que regula todo el Estado peruano; ante tal realidad, surge la siguiente interrogante.

¿Cómo el sujeto puede adecuar su conducta simultáneamente a las normas que rigen su grupo social y las que emanan del Estado? La psicología actual distingue a este proceso, como: Motivación «La capacidad de reaccionar o de motivarse de acuerdo a los directivos normativos, lo que viene a ser la esencia de la imputabilidad», la cual debe complementarse con el «poder de evitabilidad».

En síntesis, esa «capacidad motivacional» puede no haberse desarrollado plenamente en virtud de múltiples factores: ora por defectos psíquicos, ora por falta de madurez (carencias sociales, educacionales, familiares, etc.), elementos que *per se* implican un decaimiento en el merecimiento y necesidad de pena. El que carece de tal aptitud (capacidad de culpabilidad⁷⁹⁶) o cuando la misma no ha alcanzado un desarrollo adecuado, es inimputable⁷⁹⁷.

Son todos estos elementos que debe escudriñar el juzgador, a fin de visar de racionalidad el juicio de imputación individual; a tal efecto, la imputabilidad es un juicio de valor que desborda un ámbito estrictamente «normativo», para dar lugar a una imputabilidad de naturaleza «ontológica» y «sociológica» a la vez.

796 Lo subrayado es mío.

797 GARRIDO MONIT, M. *Derecho Penal...*, T. II, p. 271.

En esta nueva consideración de la imputabilidad, como un problema social y en definitiva político han influido notablemente las nuevas orientaciones en materia de sociología de la subcultura y de la antipsiquiatría⁷⁹⁸.

4.2. Causas de Inimputabilidad

Comporta el aspecto negativo de la imputabilidad; vienen a ser todos aquellos supuestos en los cuales —en *base a un juicio de valor al momento de la comisión del delito-tempus commissi delicti*—, no pueden ser declarados responsables penalmente.

Puede haber también una imputabilidad disminuida o una «semiimputabilidad», dependiendo de las características singulares que el autor presenta cuando da lugar la realización típica.

Cuando a causa de falta de madurez de un joven o a consecuencia de estados mentales anormales, no se da aunque sea sólo uno de estos momentos, el autor no es capaz de culpabilidad⁷⁹⁹; no podemos confundir de ningún modo, las causas de exclusión de culpabilidad, que refieren a un juicio de valor estricto del delincuente, con las causas de exculpación que obedecen a una diversa justificación axiológica.

Las causas de inimputabilidad (inculpabilidad) representan estados patológicos, que inciden sobre la conciencia misma del sujeto, anulando su propio discernimiento, en cuanto a poder evitar una conducta antinormativa; son propiamente cuadros clínicos, cuya definición corresponde a las ciencias médicas, a la psicología y a la psiquiatría, pues al Derecho penal lo único que le interesa es que el autor al momento de su obrar antijurídico era capaz de responsabilidad penal, a efecto de determinar la sanción aplicable.

798 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 331.

799 WELZEL, H.: *Derecho Penal Alemán...*, p. 216.

Como pone de relieve STRATENWERTH, “patológico” es un término que ni en el plano médico ni en el lenguaje coloquial cuenta con una definición lo suficientemente precisa⁸⁰⁰.

a. Anomalía Psíquica

El texto derogado hacía alusión al estado de «enfermedad mental»; el legislador ante la incapacidad de poder describir las diversas variantes en que puede manifestarse una enfermedad mental (*numerus clausus*), opta por la elaboración de una fórmula abierta, al considerarse como ilógica irrogarse una facultad exclusiva del campo de la moderna psiquiatría. Sin embargo, se pueden distinguir tres sistemas: el biológico o psiquiátrico, el psicológico y un criterio mixto⁸⁰¹.

Nuestro CP ha seguido la suerte de un criterio «mixto», biopsicológico a la vez, describe fenómenos que se identifican en la psique del individuo y al mismo tiempo, hace referencia a estados biológicos, que afectan el funcionamiento de las facultades psicomotrices.

El método descriptivo-normativo que rige en el derecho vigente, tiene la ventaja de poner de manifiesto que el juicio sobre la imputabilidad del autor se conecta “descriptivamente” a hechos (situaciones de hecho) psicológicos determinados, que requiere siempre, sin embargo, una apreciación “valorativa” de tales situaciones⁸⁰².

La Anomalía Psíquica son “Manifestaciones anormales del psiquismo”. Parafraseando a PEÑA CABRERA, “No interesa al Derecho cualquier anomalía psíquica, sino la perturbación que debe ser de

800 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 282.

801 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal...*, T. II, p. 280.

802 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 207-208.



tal índole y grado que impida la comprensión normal del carácter delictuoso del hecho, es decir, la incapacidad del autor para comprender la anormalidad del acto u orientar las acciones”.

Las perturbaciones que puede sufrir la mente humana, son de la más variada índole, en cuanto a la manifestación una variedad de anomalías mentales, que afectan gravemente la psique de cualquier individuo.

Desde el punto de vista jurídico, con que se debe interpretar estas expresiones, deben incluirse aquí en primer lugar las psicosis, en sentido clínico, tanto de origen exógeno como endógeno⁸⁰³. Las segundas provienen de la propia estructura constitucional del hombre, mientras que las primeras tienen que ver con causas propias de la vida en sociedad. En las llamadas enfermedades mentales endógenas se advierte en primer término solamente la modificación de la misma función psíquica, no pudiéndose todavía probar exactamente una afección cerebral y su base anatómica⁸⁰⁴.

En el ámbito de las enfermedades que afectan la psiquis, se comprenden la esquizofrenia, la oligofrenia, la paranoia, la psicosis maniaco-depresiva, la epilepsia, así como otras que afectan gravemente el estado normal de la mente humana⁸⁰⁵; WELZEL aglutina en el marco de las debilidades mentales: la oligofrenia, esto es la idiocia, la imbecilidad y la debilidad, y en general perturbaciones mentales patológicas de grado menor⁸⁰⁶.

En la epilepsia, el ataque sufrido tiene que haber dado lugar en el intervalo de afección psíquica, esto es, la presentación súbita

803 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*, p. 158.

804 MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 213.

805 Así, GARRIDO MONTT. M. *Derecho Penal...*, T. II, p. 283.

806 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, p. 219.



de ataques convulsivos, que provocan la pérdida del conocimiento, mientras que el esquizoide es sensible hipersensible en sus reacciones a las sollicitaciones del medio, pero, como dice KRETSCHMER, no son simplemente hipersensibles o fríos, sino ambas cosas a la vez, en proporciones variables además⁸⁰⁷; (...), el tipo esquizoide adolece de una profunda desadaptación en la sociedad, los colores y la sinfonía de tonos de la vida real indispensables y naturales al hombre normal, le son estridentes, feos, agresivos, para el temperamento esquizoide, especialmente el de predominación hiperestésica⁸⁰⁸.

La neurosis, por su parte, consiste en las situaciones de conflicto del sujeto consigo mismo o con el mundo circundante, que lo presionan emotivamente, provocando los estados de angustia cuyo origen no siempre logra determinar; frecuentemente llegan a causarle efectos orgánicos, como parálisis, ahogos u otros⁸⁰⁹.

En resumidas cuentas, no interesa únicamente la presencia de cualquiera de las enfermedades enunciadas, para dar por negada la imputabilidad penal, sino es necesario que los efectos de la misma, hayan alcanzado tal intensidad, que haya perturbado u afectado de forma significativa la funcionalidad cerebral del sujeto, pues puede que su manifestación no alcance un estadio de perturbación suficiente en la psique del sujeto, para proceder a la declaración de «inimputabilidad».

Las «psicosis», constituyen pues, una categoría amplia, que comprenden todas las enfermedades mentales que interesan al Derecho, que son perturbaciones anímicas causadas por procesos patológicos somáticos, cuyas desviaciones funcionales ana-

807 Citado por PEÑA CABRERA, R. *Los Personajes delincuentes en la Obra de Dostoievski*, p. 77.

808 PEÑA CABRERA, R. *Los Personajes Delincuentes en la Obra de Dostoievski*, p. 77.

809 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal...*, T. II, p. 282.



tómicas residen en el cerebro; anomalía de tal intensidad, que esté en la capacidad de disminuir considerablemente las facultades cognoscitivas del individuo, cuando no está en capacidad de valorar los vínculos con el mundo exterior y no puede dominar sus impulsos, controlarlos o frenarlos⁸¹⁰; desde un punto de vista etiológico.

En este punto de la discusión, es preciso hacer mención a las personalidades psicopáticas que manifiestan ciertos individuos, en razón a la frialdad en la cual cometen los más execrables delitos; son personas ya de por sí normales, que llevan una vida familiar y social de igual al común denominador de las gentes, pero que esconden una personalidad provista de una sed implacable de provocar sufrimiento en los demás, obtienen el equilibrio emocional cuando perpetran sus fines más perversos; individuos que, ante los ojos de la comunidad, se comportan como ciudadanos de bien, esconden a veces, patologías —que sin ser propiamente enfermedades mentales— determinan la perpetración crímenes horrendos, como la violación de niños e infantes, lo cual incide en negar de plano su condición de «inimputables», no confundamos al «psicópata» con el «psicótico», mas ambos pueden presentar signos negativos de remordimiento.

JOHNS Y QUAY definen al psicópata como aquel que no puede mostrar simpatía o genuino interés por los demás; no obstante cuando predominan sus propias conveniencias, recurre a una exuberante sofisticación y aparente sinceridad, para manipular y convencer a los otros⁸¹¹.

Por consiguiente, las personalidades psicopáticas no revelan propiamente una enfermedad mental sino rasgos caracterológicos

810 PEÑA CABRERA, Raúl. *Ibidem*.

811 Citados por Marcelo TENCA, A. *Imputabilidad del psicópata*, p. 9.

que inciden en una proclividad delictiva, lo cual de ninguna manera los convierte en “inimputables”.

La composición misma de la personalidad del autor, lo inclinan hacia actitudes anormales, que no llegan a formar una base patológica que dé pie a la inimputabilidad; son sujetos que no tienen el menor remordimiento por los actos criminales que cometen, llevan consigo un poder manipulador muy significativo hacia los demás; (...) solo aparece indudable que las personalidades psicopáticas (morbosas) en sentido estricto se caracterizan por una considerable desviación de la norma; por consiguiente, por la denominada anormalidad, y que, en consecuencia, son personalidades anormales⁸¹².

Este tipo de personalidades son aparejadas al denominado “loco moral”, cuya personalidad psicopática es evidente, en cuanto conservan una inteligencia normal, poseen una educación alta y esto se refleja en su grado de sociabilidad.

Así, PEÑA CABRERA escribe “que es posible que su perversidad en el acto de degollar a viejos y niños constituya para su “moral criminal” una expresión absolutamente normal, y por tanto la consecución de un placer subjetivo, no obstante conocer lo antisocial de sus actos”⁸¹³. De manera que el límite entre enfermedad y simple anormalidad está basado en la pura postulación de una suposición no comprobada experimentalmente⁸¹⁴.

Corresponde a los peritos expertos en psiquiatría y psicología, develar esta distinción, en la medida que uno que sufre de una personalidad psicopática pretenderá escudarse en una presunta enfermedad mental, a fin de sustraerse de la pena.

812 MEZGER, E. *Criminología*, p. 54.

813 PEÑA CABRERA, R. *Los personajes delincuentes en la obra de DOSTOYEVSKI*, p. 55.

814 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, ps. 158-159.

b. Trastorno Mental Transitorio

Los estados psíquicos o de índole orgánica, que dan lugar a la anulación de la culpabilidad o dicho de otro modo: *que anulan por completo el juicio de reproche personal, puede que se manifiesten en intervalos de tiempo, donde el sujeto se ve privado de sus facultades psicomotrices.*

El agente se ve afectado fugazmente en su esfera psíquica, a partir de los efectos que provocan los fenómenos que se comprenden en la categoría del «psiquismo»; sin embargo, dichos intervalos de trastorno mental pueden provenir también de factores exógenos, de ciertas sustancias, fármacos y drogas que producen una alteración en el estado cerebral del sujeto, privando de su capacidad de obrar conforme a sentido.

Las perturbaciones producidas por la ingesta de alcohol serán analizadas más adelante (*actio libera in causa*), *así como otras sustancias psicotrópicas que injieren los individuos antes de perpetrar el injusto penal.*

Son consideradas reacciones del sujeto ante la configuración de elementos exógenos, es una reacción vivencial anómala. Situaciones como: la depresión reactiva, la reacción explosiva y en corto circuito, la reacción histérica y, en general, las llamadas reacciones exógenas de BOHOEFF, siempre que manifiesten una intensidad suficiente para poder perturbar la psiquis de un individuo.

Como toda alteración en la esfera mental del individuo, deben poseer una suficiente entidad, para dar por anulada la imputabilidad, pues si estas anomalías no revelan una magnitud suficiente, solo podrán actuar como una atenuante de pena, ante una culpabilidad disminuida. Han de perderse las facultades intelectuales y volitivas, esto es la aptitud de conocer o comprender y la de obrar

de acuerdo a tal comprensión⁸¹⁵; la imposibilidad de «dirigibilidad conductiva» conforme a la percepción de lo injusto.

Finalmente, consideramos, que lo realmente relevante para el Derecho penal no son los estados clínicos o las bases patológicas del individuo, sino cuál era el estado mental al momento de la comisión del delito, a efectos de determinar el juicio de imputación individual, si el autor estaba o no en capacidad de evitar la realización de la conducta típica; el juzgador no se puede convertir en psicólogo o psiquiatría, para ello le bastarán las pericias médicas que el alcances los peritos, versados en la materia.

c. Grave Alteración de la Conciencia

A diferencia de la Anomalía Psíquica –que es producto de elementos endógenos estructurados en la esfera orgánica del individuo–, este cuadro se presenta producto de sustancias exógenas, como: el alcohol, drogas, fármacos, sustancias psicotrópicas, etc.; todas aquellas sustancias susceptibles de alterar las facultades psicomotrices del individuo.

Como dice MEZGER, el estado de perturbación de la conciencia puede consistir en un estado no morboso (fisiológico) –como el sueño normal– o morboso (patológico) como un estado tóxico o un estado crepuscular epiléptico⁸¹⁶, pueden revelar un cuadro duradero o un estadio transitorio.

Estos casos deben distinguirse de aquellos que importan una pérdida total de la conciencia y que tienen el efecto de excluir ya la realización de una acción⁸¹⁷.

815 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal...*, T. II. p. 289.

816 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, p. 208.

817 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 160.



Este trastorno mental, debe adquirir tal profundidad, que afecte gravemente las facultades cognoscitivas y volitivas del sujeto; deben incidir en la misma magnitud que las causas de anomalía psíquica.

Se produce en estos supuestos, una disociación entre el mundo interno y la realidad, existe una ruptura del estado real de las cosas, por lo que el sujeto no es consciente de los actos que realiza, la realidad se encuentra totalmente desdibujada.

Tal como señala PEÑA CABRERA, “no se requiere una base patológica que fundamente la Alteración de la Conciencia, dado que es posible la alteración plena de la conciencia y de la voluntad sin una base patológica”.

Se trata pues, de un estado permanente que lesiona profundamente la esfera cognoscitiva, este obra, por ende, alterado en su propia conciencia (esfera del Yo) o del mundo circundante que lo rodea, afectándolo a tal nivel –que le imposibilita comprender el carácter delictuoso del acto que comete– o se ve anulado en la capacidad de controlar sus propios actos (facultades psicomotrices) v. gr. la ebriedad, el sueño, la fiebre, alta dosis de fármacos, etc., son *per se* factores que producen grave perturbación en la conciencia humana.

Estos estados mentales suelen afectar a personas normales, es decir, no se requiere de un terreno patológico para que prosperen.

El grado de inconsciencia debe adquirir tal magnitud; es exigible un mínimo de participación anímica⁸¹⁸; pues la exclusión de conciencia adquiere carácter de irrelevancia jurídico-penal, al no ser “acción” que interesa al Derecho penal.

818 Si no se llamaría “Estado de Inconsciencia” y no perturbación de la conciencia; la primera hipótesis remite a casos de ausencia de acción, y el segundo proclama un estado de inculpabilidad.



- ***Sustitución del momento de Imputación Criminal (el «actio libera in causa»)***

La culpabilidad fue acuñada en un principio, por obra de los glosadores, como el reproche que recae sobre el autor por haber hecho un mal uso de su libertad («libre albedrío»), el indeterminismo basado en una autodeterminación contraria a la libertad moral que a su vez desencadenaba la culpabilidad jurídica.

El hombre al ser libre, debe ser responsable por aquellos sucesos que vulneren la voluntad divina, la que debe seguir la ley de los hombres, bajo dicha premisa, la autodeterminación de un hombre (libre y responsable), de someterse a un estado de inimputabilidad, a efectos de delinquir habría de incidir en la imputación criminal, pues si bien al momento de la realización de la conducta el sujeto estaba privado de discernimiento, la desvaloración antijurídica se retrae a un momento anterior: cuando el autor dirige una acción «libre de causa».

La doctrina sentó a este respecto el principio de que toda acción debía ser siempre y solo considerada libre cuando fuera un *actio libera in se*, esto es cuando lo fuera en sí misma. Aplicando este criterio surgieron juntos a las *acciones liberae in se* las *acciones non liberae in se*, esto es, acciones consideradas libres en sí mismas y acciones consideradas no libres en sí mismas⁸¹⁹.

Sin embargo, las propias transformaciones que ha sufrido la dogmática jurídico-penal en estos últimos años, ponen en tela de juicio la aplicación de este apotegma, pues un Derecho penal del acto debe remitir el juicio de imputación individual al momento de la infracción criminal (*tempus commissi delicti*), por lo que tampoco cabe ya sostener la imputación delictiva en el indeterminismo, por

819 HRSCHKA; Citado por HORMAZABAL MALARÉE, H. *La doctrina de la actio libera in causa y su incorporación al Derecho Español*, p. 782.

los fundamentos antes esgrimidos, lo que implicaría una especie de responsabilidad objetiva por el resultado, *versari in re ilícita*.

En la doctrina italiana, concretamente MANZINI, incluía el examen del *actio libera in causa* en la “causalidad psíquica de los delitos”, en el tipo de comisión doloso, en dicho sistema del delito, el dolo y la culpa formaban parte del juicio de reproche individual (culpabilidad); afirmando lo siguiente: “Es bien cierto que la nuda intención no es punible, y que para imputar un delito doloso, si no existe necesidad de la presencia del dolo en la consumación del delito, es, sin embargo, necesario que el dolo mismo acompañe a un momento cualquiera de la ejecución; pero esta consideración, en lugar de excluir la imputabilidad de las *acciones libera in causa*, como pareció a algunos, la justifica plenamente”⁸²⁰.

La conducta delictiva cometida en estado de inimputabilidad importa la causalidad voluntaria que se manifiesta, pero el dolo es un estado normativo que debe estar presente en todo el *iter criminis*, si el agente quiso matar a alguien, pero en la ejecución se decide solo por una lesión; sin embargo, producto de la eventualidad la víctima muere, si admitimos lo antes reseñado, imputaríamos el resultado al autor, lo que sería constitutivo de una responsabilidad objetiva por el resultado, inadmisibles en un Derecho penal fiel al principio de culpabilidad.

El dolo y la culpa no pueden ser reputados como un estado psíquico, sino como elementos normativos que determinan la vinculación subjetiva del autor con el suceso típico⁸²¹.

Convenimos, que resulta en sí racional que la conducta criminal en estado de inimputabilidad, por quien se preordenó a delin-

820 MANZINI, V.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. II, p. 168.

821 Al respecto, ver *infra* el Capítulo sobre el tipo subjetivo del Injusto.

quir no quede sin más impune, mas lo importante es identificar los fundamentos de dicha incriminación.

Como pone de relieve BUSTOS RAMÍREZ, en cuanto a la preordenación delictiva, que se trata de una referencia parcial a la *actio liberae in causa* (teoría que se encuentra hoy en profunda discusión, dado que el momento del hecho el sujeto no era culpable, y por tanto o es una excepción a la culpabilidad (!), o bien hay que determinar de forma muy precisa los requisitos típicos dentro de los cuales se puede dar –lo cual podría llegar a la exclusión de la culpa en el inicio de la *actio libera in causa*—⁸²²

Nos encontramos entonces ante una acción *libre en su causa*, cuyo efecto es retrotraer la reprochabilidad al momento de la manifestación de voluntad, siendo indiferente, para la imposición de la pena, el estado mental del actor al instante de producirse el resultado dañoso⁸²³.

Se trata de una excepción a la regla, en cuanto al momento del juicio de reproche personal, pero su admisión requiere de la presencia de ciertos requisitos, al margen de su propia justificación.

Hemos sostenido en abundancia, que la culpabilidad supone un juicio de imputación individual, que incide en el hombre delincuente, en cuanto a su poder conductivo («evitabilidad») de sujetar su actuación de acuerdo a derecho y la «motivabilidad normativa»; en estos supuestos el autor, siendo capaz de motivarse, se pone voluntariamente en un estado que excluye la capacidad de motivación y en esta última situación realiza la acción típica y antijurídica⁸²⁴.

822 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 342.

823 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal...*, p. 118.

824 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 161.



Las normas jurídico-penales prescriben ciertos deberes que deben ser asumidos por los ciudadanos, estados disvaliosos que se orientan al ejercicio tutelar de los bienes jurídicos fundamentales, por lo que el efectivo preventivo de las normas se constituye en el medio indispensable para lograr el fin antes mencionado. Rol de ciudadano exige en los individuos, que el desarrollo de sus ámbitos de organización eviten también formas defectuosas orgánicas que puedan desencadenar en estados aptos de lesión; con ello no se está incidiendo en la esfera de autodeterminación ciudadana, sino en el cuidado que debe tomar cada individuo a fin de no generar peligros para los bienes jurídicos.

El Estado no puede prohibir el consumo de drogas y la ingesta de alcohol, esto es inaceptable en un orden democrático de derecho que privilegia la libertad; empero, el deber de respetar la intangibilidad de los bienes jurídicos supone incidir de forma intensa en la función preventiva general de las normas; por consiguiente, el efecto preventivo general de las normas en el *actio libera in causa* importa la valoración en el momento de la preordenación delictiva y no cuando el sujeto da rienda suelta a su resolución criminal, en cuanto a la abstención de dirigir conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, lo que es constitutivo de su aparición dolosa. También se admite su aparición en forma de dolo eventual.

El que se represente como probable que en estado de inimputabilidad vencerá por la fuerza la resistencia de la mujer con la que quiere yacer y continúa bebiendo sin tomar precaución alguna para evitar la violación, obra con dolo eventual⁸²⁵. Así también los mismos roles que asumen los ciudadanos, apuntan hacia la observancia de ciertas normas, a efectos de evitar focos inminentes de peligro; la realización de ciertas actividades exigen la adopción de ciertas precauciones, quien debe conducir un vehículo de transpor-

825 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 162.



te en un largo tramo, no puede ingerir alimentos en abundancia, a fin de no quedar dormido, en mayor medida está prohibido de beber bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancias prohibidas (drogas, fármacos), pues sabe bien que los efectos de aquéllas disminuirán de forma notable sus facultades psicomotrices, al igual que la madre que debe proporcionar medicinas a su pequeño hijo, debe procurar estar despierta durante la noche, etc., son ciertos deberes que asumen determinadas personas, cuya inobservancia puede dar lugar también a un acto *libera in causa* culposa.

En este último caso, el hecho de que el agente conocía de antemano, de que podía ingresar a un estado de inimputabilidad y, con ello crear un riesgo no permitido para bienes jurídicos, fundamenta, no puede llegar a una admisión de una *actio libera in causa* dolosa; (...) dado que su dolo en ningún momento se dirige al propio resultado, solo entra en consideración la responsabilidad por imprudencia⁸²⁶. La doctrina es unánime al admitir, entonces, una *actio libera in causa* dolosa y culposa.

Las eximentes de inculpabilidad no sólo abarcan los síntomas psicológicos duraderos, sino también a los estados transitorios; los estados transitorios de inconsciencia al ser producto de la voluntariedad del agente, con el propósito de cometer un delito o que hubiera debido prever su comisión (dolo o culpa), no operan como eximentes de responsabilidad criminal. Son estados originados por intoxicaciones plenas por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

Podrán ser aplicados como «eximentes de responsabilidad», siempre que no se haya buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo el

826 STRATENWERTH G. *Derecho Penal...*, p. 292.

síndrome de abstinencia, a causa de la dependencia de tales sustancias, elementos exógenos que le impiden comprender la ilicitud del hecho o de amoldar su conducta, conforme a dicha comprensión normativa.

En el *actio libera in causa*, el agente se coloca –conscientemente– en un estado de inimputabilidad, a fin de dar rienda suelta a su preordenación delictiva, ora para desinhibirse de sus frenos inhibitorios de criminalidad, ora para poder apelar a una causal de exención de pena o simplemente dicho estado se ha constituido en una forma habitual de comisión delictiva.

Nuestra realidad criminológica revela que los delincuentes más avezados acostumbran a drogarse o a ingerir determinadas dosis de alcohol, a fin de acometer a sus víctimas con mayor frialdad, o en todo caso, existen otros que necesitan ingerir esta clase de sustancias para adquirir valor en la plasmación de su proceder criminal.

- ***La Distinción de la Grave Alteración de la Percepción con la Grave Alteración de la Consciencia como Eximentes de Responsabilidad Penal***

Cada una de las eximentes de la responsabilidad penal regulada en el artículo 20° del Código penal, obedece a una estructura y naturaleza jurídica distinta; ello llevado al plano del análisis de la “culpabilidad” (en sentido estricto) de la imputabilidad como presupuesto esencial y fundante del reproche personal que recae sobre el agente delictivo. Así, analizar si la imposibilidad de conducirse consecutivamente conforme a la comprensión del sentido de la norma, obedece a factores exógenos o internos (estructurales) del autor.

Así, como bien lo señala la Corte Suprema en la Casación N° 460-2019-Huánuco, una cosa es la “grave alteración de la percepción” que tiene una base psicosomática (requiere de un diagnóstico médico) y que es de naturaleza permanente en el plano del psiquismo del agente; otra muy distinta, es la “grave alteración de la cons-



ciencia”, que es producto de factores exógenos (consumo de alcohol y/o sustancias psicotrópicas) que alteran de manera temporal las facultades físicas del agente (ebriedad media y absoluta), cuya incidencia en la persona del agente, en cuanto a la imposibilidad de comportarse conforme a Derecho, como bien se dice en la ejecutoria –en cuestión– dependerá de una serie de factores fisiológicos y del grado de alcohol consumido –al momento de la comisión del delito–, así corroborado con otros medios de prueba es que determinará su eficacia eximente de responsabilidad penal. Así, añadimos a dicha línea argumental, si es que este se colocó consciente o inconscientemente en dicha situación de inimputabilidad (“actio libera in causa”), lo que a nuestro entender implica la improcedencia de dicha situación psicofísica para determinar la no atribución de responsabilidad penal del agente así como para disminuir el nivel de reproche “culpable”.

Los estados de “inimputabilidad”, todos se afinan en un plano normativo (imposibilidad de adecuar conforme a la motivación que dimana de la ley penal), empero ***estos son producto de causas distintas, aquellas que aparecen en la estructura óntica del ser humano, otras en factores externos, por tanto, solo se manifiestan de manera transitoria en la estructura psicofísica del agente.***

d. Grave Alteración de la Percepción

La «inimputabilidad» del autor puede basarse también en defectos orgánicos, que provocan una afectación total o disminución significativa de las facultades psicomotrices; afectaciones orgánicas que afectan la capacidad de motivación normativa conjuntamente con el poder de evitabilidad.

El Código Penal de 1924 hacía alusión al término idiotez, además de confuso, es restringido⁸²⁷.

827 PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, ps. 217-218.



El legislador de 1991 tomando como referencia otras legislaciones y siendo coherentes con una adecuada técnica legislativa, insertan en el listado del artículo 20° la noción de «Alteración de la percepción», que alude a una aplicación más lata, pudiendo subsumirse en esta eximente no solo el sordo y el mudo; se extiende pues, a otras manifestaciones producto de alteraciones de los sentidos.

Dichas alteraciones deben manifestar una suficiente intensidad en la percepción de los sentidos, que se manifieste en una realidad desdibujada, una realidad, que a decir de Bustos lo que interesa es una determinada realidad valorativa, que puede ser jurídica (solo puede entenderse así, pues es la que interesa a tal efecto; así podría tener alterada la realidad de los colores para los demás, pero no la realidad valorativa de los colores; confundir el rojo con otro color, pero tener claro que el rojo en el semáforo significa prohibición de pasar)⁸²⁸; ojo, el hecho de que se adviertan ciertos sentidos alterados, no supone necesariamente que no exista por parte del sujeto, conciencia de la antijuridicidad.

El sordomudo, quien si bien patológicamente no presenta alteraciones psíquicas, por su situación de incomunicación con los demás, el desarrollo de sus facultades mentales prácticamente es nulo o muy relativo⁸²⁹.

Es preciso que la alteración en sí misma sea patológica, aunque no lo sea su origen, por ejemplo, un traumatismo de cráneo por accidentes o caídas (causas mecánicas).

La alteración será patológica en sí cuando consista en una enfermedad, afección o dolencia mentales que importen un deterioro mental sumamente marcado y una desintegración de la personali-

828 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 345.

829 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal...*, T. II, p. 293.



dad del sujeto⁸³⁰; la alteración en alguna de las facultades sensitivas del sujeto debe incidir en las relaciones del sujeto con el mundo exterior.

El análisis que interesa al Derecho penal no son las causas, así como los estados clínicos, sino sus efectos y consecuencias que producen en el autor una percepción equívoca en virtud de que sus sentidos no le otorgan una ubicación correcta o adecuada de los hechos circundantes; cuando los sentidos se encuentran anulados en sus capacidades plenas, se produce un estado disociativo de la realidad social; acontece una desfiguración del individuo con su entorno social.

La «Oligofrenia» es el ejemplo más ilustrativo para entender esta causal de inimputabilidad —que viene precedida por una insuficiencia cuantitativa del grado de inteligencia—, esta tiene su origen en el poco y detenido desarrollo del cerebro, que puede ser de carácter congénito o puede también ser adquirido en los primeros años de vida.

Las variantes del débil mental, del imbecil o el idiota clínicamente determinado, debe alcanzar tal magnitud, que impida al sujeto obrar con comprensión del carácter delictuoso del acto o de adecuar su conducta conforme a dicha comprensión.

e. La Minoría de Edad

En el ámbito de las variantes de la «inimputabilidad», el examen de la causal de «minoría de edad», no puede circunscribirse a una perspectiva meramente dogmática, pues la problemática merece también un análisis criminológico (*sociológico*), a fin de dejar sentado un análisis, en puridad integral.

830 AGOSTINETTI, Javier, M. *La Culpabilidad*, p. 485.

La violencia cunde en nuestras ciudades, producto de una galopante e imparable criminalidad, que se manifiesta en la comisión de delitos graves, sobre todo, aquellos injustos que atentan contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y el patrimonio; atentados contra los bienes jurídicos *fundamentales*, privativos del llamado «Derecho penal nuclear».

Hechos que manifiestan el crecimiento progresivo de la criminalidad convencional, ante el estupor de la ciudadanía y la impotencia del Estado de poner freno a una delincuencia desbordante. Bandas y asociaciones delictivas que actúan con toda impunidad y a vista y paciencia de la población, pues basta con observar un día en Lima, para dar fe de que la criminalidad en nuestro país se ha convertido en un fenómeno social propiamente cotidiano.

Estas bandas o pandillas agrupan no solo a adultos, sino que en su mayoría son integradas —sobre todo las pandillas— por menores de edad, los denominados “pirañitas” que se dedican a desposeer de sus pertenencias a cualquier mortal que se le cruza en su mirada. Así, también, las llamadas “barras bravas” se han constituido en un factor de incesante peligro para la sociedad, quienes so pretexto de hinchar por un determinado club de fútbol, escudados en la masa cometen una serie de crímenes, v. gr., lesiones, daños a la propiedad pública y privada, hurtos, robos hasta asesinatos. Son muy valientes cuando actúan bajo el tumulto y la numerosidad de sus integrantes, llegando en algunos casos, a segar la vida de inocentes.

La pregunta, entonces, es la siguiente: ¿Cuál debe ser la reacción punitiva del Estado, ante dicha fenomenología criminal? En principio, debe mencionarse que el fundamento que sostiene la inimputabilidad del menor de edad, en cuanto a la imposibilidad de conocer los alcances del obrar antijurídico o de no poder conducirse conforme a dicha comprensión normativa, en realidad pierde vigencia en una sociedad moderna, donde el desarrollo de la informática



y de los medios de comunicación permite un mayor grado de aprehensión por parte del adolescente (*impúber*), por lo cual un menor de 15 ó 16 años fácilmente está en posibilidad de comprender los alcances y consecuencias de su conducta antijurídica; pero, claro está, dicha afirmación no puede alcanzar una validez general, en un país como el Perú donde no existe un desarrollo socio-económico uniforme de todas las regiones que lo comprende.

Por consiguiente, no resulta factible adoptar un criterio político-criminal, que permita rebajar la edad de la inimputabilidad a 16 años, ante el peligro de producirse situaciones sumamente injustas y desproporcionadas; máxime, por la política penitenciaria, que no permite ajustar el programa rehabilitador a los criterios penológicos que debe guiar la diferenciación entre los penados, a pesar de que normativamente se haya establecido dicha distinción⁸³¹; una orientación encaminada a fortalecer la seguridad pública, de seguro que definiría una rebaja de la edad cronológica, mas es sabido que la política criminal en un Estado Constitucional de Derecho está sujeta a límites, criterios que informan los planos de actuación del *ius puniendi estatal*, en aras de preservar su racionalidad y ponderación, teniendo como plataforma esencial el respeto a la dignidad humana.

Nuestras cárceles se han constituido en verdaderos depósitos humanos, cuyas condiciones infrahumanas neutralizan cualquier intención «resocializadora»; por lo tanto, si de hecho, se trata de un reo primario, por la misma condición de menor, ingresar a este ambiente criminológico importa una «disocialización» y un franco ingreso a una carrera delictiva, que de seguro se va a traducir en delitos más graves, por los cuales ingresó a prisión; de tal manera que por razones socioculturales de validez general y por cuestiones de índole penitenciario, no es posible entonces tratar a un menor

831 Así, el artículo 11.4° del CEP.



de edad como un adulto, resulta preferible en un Estado de Derecho absolver a unos pocos culpables, que condenar a muchos inocentes.

Un Derecho Penal democrático y humanista debe ofrecer respuestas diferentes ante situaciones diferentes; a tal efecto, recoger esta orientación supone alejar del ámbito de la pretensión penal estatal, es decir, la pena, de aquellos sujetos infractores de la ley penal que aún no han desarrollado plenamente su dimensión genésica, nos referimos a los menores de edad, que no han madurado lo suficiente para poder comprender con toda amplitud el contenido de la conducta antijurídica que puedan cometer.

En este ámbito cronológico, se identifican los niños y los adolescentes, son sujetos que no pueden responder del mismo modo que los adultos, de esta forma la sanción que estos reciben no es una pena, sino medidas socio-educativas, tal como lo establece el Código de los Niños y los Adolescentes, en tal entendido, la minoría de edad es una causal de inimputabilidad *jure et de jure*, pues, no admite prueba en contrario.

La consideración del menor de edad como causa de inimputabilidad, anota BUSTOS RAMÍREZ, reside precisamente en la consideración de las vivencias culturales del menor, su mundo, se rigen por una racionalidad que no tiene necesariamente que coincidir con la hegemónica y que, por tanto, sancionar el hecho por él realizado conforme a esa racionalidad, significaría el enjuiciamiento de todo un conjunto de personas con esas mismas características, de ahí entonces que el sujeto responsable tenga que ser considerado conforme a instituciones y reglas que se avengan con su racionalidad⁸³².

La legislación comparada es unánime al reconocer la minoría de edad, por debajo de los 18 años de edad, de conformidad con la Convención Universal de los Derechos del Niño, así como la regla

832 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 344.



Nº 5 de Beijing. Uno de los fundamentos para realizar esta delimitación, es de aislar al adolescente infractor del adulto reincidente, de este modo, neutralizar los focos criminógenos de la prisión; hoy en día, nuestros establecimientos penitenciarios se han convertido en verdaderas instituciones «criminógenas», que solo generan efectos desocializadores.

Las cárceles importan verdaderas escuelas del crimen, y muy a duras penas cumplen en ciertos casos su finalidad «rehabilitadora», por ende, apartar al menor infractor de este ambiente pernicioso, comporta una necesidad impostergable.

Parafraseando a PEÑA CABRERA, los jóvenes delincuentes necesitan de medidas protectoras que los beneficien con el alejamiento del ambiente nocivo de la cárcel que significa una mayor protección para la sociedad⁸³³.

El menor al manifestar características distintas, debe ser sometido a un tratamiento pedagógico y sociológico especial para que pueda enmendarse, y, así llevar una vida sin cometer delitos, de cara a futuro.

Los altos índices de la criminalidad arrojan que la mayoría de sus autores (sobre todo en los delitos patrimoniales), son jóvenes y adolescentes, cuyas edades fluctúan entre los 14 y los 18 años de edad, muchos de ellos pertenecen a pandillas y otras bandas criminales, los cuales se agrupan en ciertas circunscripciones territoriales y cometen sus fechorías amparados en la multitud que les otorga muchas veces impunidad.

Entonces, es una realidad sociológica innegable, a la cual hay que hacer frente; lo cuestionable a todo esto, es si solución pasa por una mayor criminalización, de que un mayor número de agentes

ingresen como clientes al ámbito de persecución penal, a la Justicia Penal y no la especial, que es la Jurisdicción de Familia, al adelantar la condición de imputabilidad criminal a los 16 años, como se propugna en un sector de la doctrina y en sectores político-partidarios. A esta propuesta, somos en definitiva contestes, puesto que llevar a una mayor punición (al reducir la minoría de edad de 18 a 16 años de edad), importa un error, que sólo va a desencadenar en una mayor violencia de la cual se pretende reducir. Y, esto pasa porque antes de acudir al fácil expediente del derecho punitivo, se deben pasar por otros filtros de control social propios de las ciencias sociales, v. gr., la criminología, la sociología, la psicología forense que aconsejan la adopción de otras medidas menos criminalizadoras.

Se debe reforzar, en este sentido, las Instituciones que no están cumpliendo debidamente su rol, nos referimos a la familia, la escuela y el Estado, pues, para ser sinceros nuestra juventud prácticamente se encuentra abandonada a su suerte; pues si estas instituciones no rectifican en su labor pedagógica y educacional, el Derecho penal poco podrá hacer para poner freno a esta creciente criminalidad.

Una moderna ciencia penal debe reorientar su tarea preventiva, a partir de una formulación normativa más coherente con la especialidad, por lo que esta parcela del orden jurídico deba aceptar las diferencias del menor con el adulto, estableciendo un Derecho penal del menor distinto al Derecho Penal de adultos, específico de aquél y de su singular status «biopsico-social».

Algunas tendencias descartan el problema de la imputabilidad del menor como elemento de la responsabilidad y la proyectan al de la política criminal, en cuanto a la conveniencia en el ámbito práctico judicial de excluirlo de la reacción estatal punitiva⁸³⁴.

834 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal...*, II, p. 294.



La solución se dirige, entonces, a la conformación de un «Derecho Penal juvenil» o del menor como acápite de un «Derecho Penal especial», así como la creación de Tribunales específicos para jóvenes o menores, tal como se establece en el Código de los Niños y los Adolescentes; es así que la dirección se orienta a dos planos específicos a saber: o se fortalece la Jurisdicción de Menores (Familia), de una forma conveniente, o se elabora una Ley Penal Juvenil orientada al reconocimiento del papel que el niño y el adolescente representan en la sociedad, exigiendo un mayor protagonismo del mismo mediante su capacidad de ejercitar sus derechos en el ámbito penal. Una ley penal del menor, importa entonces, una necesidad impostergable.

El inciso 2) del artículo 20° del CP, que regula la minoría de edad como eximente de responsabilidad criminal, fue objeto de una modificación, vía el artículo 1° Decreto Ley N° 25564 del 20 de junio de 1992, en el marco de una política criminal ciegamente represiva, en razón de la emergente criminalidad terrorista de aquella época. Años más tarde, el texto fue restituido en su redacción originaria, específicamente mediante el artículo 3° de la Ley N° 26447 del 21 de abril de 1995; y, esta restitución no solo obedeció en razón de los criterios dogmáticos que deben regir la intervención del derecho punitivo en una sociedad democrática, sino también, por los resultados nefastos que dicha modificación supuso: «prisionización» y mayor contagio criminal.

Los Tratados y Pactos Internacionales en esta materia, aprobados y ratificados por el Estado peruano, son precisos y unívocos al sostener, que los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

Por otro lado, al abordar el régimen penitenciario general, añade que los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Asimismo, la «Convención sobre los Derechos del Niño», ratificado el 30 de noviembre de 1990, que entiende por “niño”, a los efectos de la misma, todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Como bien lo establece el artículo 55° de la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Estado peruano forman parte en vigor del derecho nacional.

Dicho lo anterior, reconocer la minoría de edad hasta cumplidos los 18 años por el ordenamiento jurídico-penal, significa tratar al menor en respeto a su dignidad y a sus libertades fundamentales, de acuerdo al contenido material de los derechos fundamentales.

Como causal de «inimputabilidad», ha sido una eximente que siempre ha encontrado convergencia plena en la doctrina, producto de ello, su inclusión en las codificaciones punitivas ha sido la constante a lo largo del siglo 20.

Si bien en el fondo no existe discrepancia doctrinal, la controversia surge al momento de delimitar el límite de edad; nuestra legislación positiva ha seguido el límite de los 18 años, de acuerdo a las prescripciones del derecho privado (art. 42 del CC); sin embargo, en otras legislaciones se han establecido otros parámetros, permitiendo que los mayores de 16 años y menores de 18, puedan ser declarados “imputables”. Así, el CPCH, que en el N° 3 del artículo 10°, establece lo siguiente, se declara inimputable “al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que ha obrado con discernimiento”⁸³⁵.

Mientras que en el derecho penal de menores alemán, los adolescentes (personas mayores de 14 años y menores de 18 (811, II, JGG1 son penalmente responsables, si al momento del hecho, según su evolución moral e intelectual, tienen madurez suficiente

835 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal...*, II, p. 295.



para comprender lo ilícito del hecho y actuar según esa comprensión (§ 3, JGG)⁸³⁶.

En el Derecho Positivo argentino, se ha dispuesto mediante el artículo 1° de la Ley 22.803, que la imputabilidad (madurez mental) se adquiere a los dieciséis años de edad. El discernimiento será la facultad intelectual que ha desarrollado el individuo a fin de valorar los alcances de su conducta, en este caso las consecuencias de su obrar antijurídico, comprender la trascendencia de la infracción normativa, en cuanto a sus consecuencias e incidencias.

Un criterio intelectual, así concebido, puede colegir resoluciones judiciales injustas, en cuanto a la imposibilidad de determinar con precisión el grado de intelectualidad. Aparte de su imprecisión doctrinaria, apunta LABANUT GLENA, el discernimiento ofrece un grave inconveniente de orden social: el menor declarado con discernimiento queda sujeto a la ley penal y expuesto a todos los males y peligros que encierra la vida carcelaria⁸³⁷. En estas legislaciones se sigue la suerte de un criterio mixto «psicológico-biológico».

Según el Derecho Positivo, la minoría de edad, supone una presunción de jure *et de jure* —que no admite prueba en contrario—. Esta presunción se refiere al desarrollo genésico del ser humano —su edad física—, dejando de lado otros factores sociológicos, circunscribiéndose únicamente a la edad cronológica; esta referencia cronológica, a la cual refiere la minoría de edad, no es complementada con las características particulares que presenta el agente, por lo que se dice que representa una genuina ficción jurídica; en realidad, vendría a constituirse en un criterio general, que extiende su ámbito de aplicación a todos aquellos que cumplan con ese requisito (menores de edad), sin tomar en consideración las características

836 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, ps. 278-279; WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 217.

837 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal...*, p. 144.



personales del sujeto, su entorno social, así como el grado de desarrollo psíquico y su estado intelectual, concebida así, pareciera que desnaturalizaría la esencia de la culpabilidad que refiere siempre a una «Imputación Individual».

De lo afirmado, se colige la siguiente interrogante: ¿Algunos menores de edad son o no en realidad conscientes de un proceder antijurídico, poseen capacidad de motivación y pueden finalmente conducir su conducta en base a dicha comprensión normativa? Tal interrogante se resolverá dependiendo de las características y la personalidad que presente el infractor al momento de la comisión del delito; sin embargo, para el Derecho Positivo, los menores de edad son considerados inimputables como centro de imputación jurídico-penal, la sanción punitiva que recaiga sobre ellos será una Medida, en realidad, medidas socioeducativas, y no una pena privativa de libertad, tal como lo estipula el Artículo IX del Título Preliminar; las «Medidas de Seguridad» tienen como fin la curación, tutela y rehabilitación.

Tanto por estudios prácticos y por resultados arrojados por la estadística penológica, se ha demostrado que los menores infractores de leyes penales, tienen a diferencia de los adultos, una mayor posibilidad de readaptación y de resocialización, siempre y cuando el tratamiento penitenciario sea el adecuado, acorde con las características especiales que presente el menor de edad y en la medida que tales Establecimientos Correccionales no se constituyan en un foco de criminalidad.

El fin de la Medida de Seguridad es la prevención de conductas que puedan lesionar bienes jurídicos y la de brindar un tratamiento adecuado a aquellos inimputables con el fin de reintegrarlos a la comunidad social que pertenecen.

El momento de valoración de la inimputabilidad por minoría de edad es el momento de la realización de la conducta que se adecua formalmente a los contornos normativos de un tipo penal; por



momento de la comisión del hecho debe entenderse el de la realización de la acción, sea que se trate de una acción de autoría o de participación (complicidad o instigación)⁸³⁸; tratándose de un delito continuado o permanente el momento será la primera acción que da lugar a la infracción normativa.

Así también en el caso de la tentativa, si el resultado lesivo, se produce cuando el infractor hubiese cumplido ya los 18 años, no interesa el momento a considerar, es cuando se da inicio a la realización típica; por otro lado, en nada cambia el trato procesal, si en el curso del procedimiento penal el imputado adquiere mayoría de edad, pues, el momento de la imputabilidad a valorar es la comisión del hecho punible, y, no a *posteriori*⁸³⁹.

5. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

5.1. El Conocimiento de la Antijuridicidad

Presupuesto de pena es la comisión de un «injusto penal», en cuanto a la creación de un riesgo no permitido que lesione o con aptitud de lesión de un determinado bien jurídico; conducta que debe revelar una determinada dirección volitiva por parte del autor, toda vez que la vinculación personal del sujeto con su obrar antijurídico necesita de un factor subjetivo, el dolo y la culpa como ámbitos de atribución que se ubican en la psique del agente.

A lo dicho, debe agregarse la no concurrencia de un precepto permisivo que vaya a descartar la ilicitud de la conducta, cuando se valora la conducta típica con una serie de preceptos autoritativos que emanan de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto.

838 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 157.

839 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, p. 353.



La acreditación de la realización típica conjuntamente con la dañosidad de la conducta prohibida importa la valoración de dos elementos a saber, que determinan la existencia de un Injusto penal, que contradice normativamente la dirección teleológica de la norma jurídico-penal; empero, la imposición de una pena en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, no solo debe suponer un injusto penal que lía sido cometido de forma voluntaria o mediante imprudencia, sino que el autor –al momento de la comisión del hecho– conocía de la eminente antijuridicidad de su conducta; toda vez que el sujeto puede direccionar su conducta conforme a fin perseguido, con dolo, pero ello no habla sobre la vinculación cognoscitiva del autor para con la prohibición normativa.

Un real Estado de Derecho, únicamente puede castigar punitivamente a los ciudadanos, cuando éstos realizan una conducta contraria al precepto normativo, en cuanto dirigieron dicho comportamiento a un determinado fin y, cuando se verifica que conocían de su prohibición (contrariedad a derecho); primero, se debe conocer para poder motivar.

La apreciación del «error de prohibición» (conciencia del injusto), obedece a las categorías mismas, sobre las cuales descansa la legitimidad de las normas. Las relaciones del Estado para con sus ciudadanos, se desarrollan a partir del enlace comunicativo que se tiene con el mensaje normativo que se pretende interiorizar en el consciente del colectivo, a fin de motivar la realización de conductas valiosas, para con los intereses jurídicos superiores.

En una sociedad comunicativa ideal, la realización de los valores democráticos supone de entrada la comprensión cognitiva que existe de los ciudadanos hacia las normas.

Las normas contienen determinados datos lingüísticos, que deben ser aprehendidos por los individuos, a fin de que el mensaje cale de forma profunda y así puedan orientar sus acciones conforme al ideal plasmado en la norma.



El sujeto no sólo debe saber que ciertos comportamientos se encuentran prohibidos, sino que previamente debe haber interiorizado los valores que se desprenden de los directivos de conducta, pues de nada sirve «conocer», si dicho conocimiento no entra en aptitud con una determinada actitud del sujeto receptor.

El entramado de valores, que se desprenden de la idea Estado de Derecho importa que la legitimidad de las normas, no sólo se ajuste a un patrón político deliberativo, sino en su contenido racional, que se dirige a determinar la vida del hombre en sociedad.

Las normas jurídico-penales para adquirir legitimidad deben orientarse a asegurar las bases mínimas de convivencia pacífica, sino que deben también partir de un patrón “racional” que importe la posibilidad misma del sujeto, de adecuar su conducta conforme al fin normativo. Como pone de relieve KINDHÄUSER, esta comprensión comunicativa debe basarse en la lealtad, en el sentido de responsabilidad solidaria en la consecución de la comprensión comunicativa, sin que la libertad del individuo esté desplazada a favor de virtuosas obligaciones patrióticas⁸⁴⁰.

Para el modelo de la comprensión comunicativa cooperativa por medio de la autonomía comunicativa es imprescindible una determinada medida de lealtad que comprenda la disposición general de admitir el posible parecer de los afectados por una pretensión de validez sostenida⁸⁴¹.

De cierto modo, lo que se pretende es que las prescripciones normativas, sean producto de una libre relación entre el Estado y los ciudadanos, en cuanto los roles que deba asumirse, para con la garantía de la libertad individual, y que ésta sea afectada solo en cuanto a la consecución de los fines que implican el compromiso en

840 KINDHÄUSER, U. *La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad*, p. 204.

841 KINDHÄUSER, U. *La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad*, p. 204.



una sociedad democrática regida por el Derecho; en este ámbito de «autonomía personal», la recepción de la normatividad penal debe ajustar su valor en cuanto al consenso democrático que debe guiar su positivización, sin que ello quepa que los ciudadanos sepan con exactitud los motivos que guían la política criminal del Estado. A partir de ahí, debe orientarse el conocimiento normativo, no como un mero saber de la «prohibición», sino como el interiorizan de un conjunto de valores que precisamente constituyen la base de dicha «comprensión comunicativa».

Partiendo de las bases democráticas de un Estado de Derecho, se supone que el contrato social o el «comunitarismo social», parten de la presunción que los ciudadanos se encuentran vinculados con el Sistema jurídico-estatal a partir de los valores que se compaginan en su seno y, que estos convalidan la producción normativa en cuanto al reconocimiento de los mismos.

Dicho de otro modo: el conocimiento de las normas por parte de la ciudadanía se funda en una presunción, por cuanto son los propios ámbitos de libertad que son tutelados por las prescripciones normativas, las normas jurídico-penales se encaminan a tutelar bienes jurídicos importantes y en este alud se produce una delegación del pueblo hacia el legislador para que legisle en dicho sentido, por lo que el conocimiento normativo da lugar en forma implícita y contrafáctica a la vez.

No podrá decirse de forma rayana en la seguridad, que el error de prohibición es un simple desconocimiento, sino el entendimiento de una comprensión comunicativa normativa definida por la interiorización de los valores que se desprenden de un Derecho penal sujeto al Estado Social y Democrático de Derecho: pues nadie podría alegar que no conocía que la eliminación de un congénere era constitutivo de un delito, no se está exigiendo un conocimiento de un *lego* en Derecho, sino a nivel de un profano.

De forma paradójal JAKOBS, al señalar que (...) tras una lesión corporal, alguien declarará que no ha conocido el ilícito: la lesión



corporal es la lesión de la propiedad especial del cuerpo –¿cómo podría pensar un hombre que conoce la prohibición del hurto o de la extorsión, que la lesión del cuerpo es socialmente neutra?–. Y con mayor razón sería imposible, en tanto él sea imputable, que no haya conocido el complejo total de los delitos contra las personas⁸⁴²

Cuestión distinta es que su error recaiga sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación; así, CEREZO MIR, al apuntar que el error de prohibición puede darse, incluso, en el delito de homicidio, si el sujeto cree erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación (por ejemplo, de la legítima defensa)⁸⁴³; en el caso del «error de comprensión culturalmente condicionado», puede apreciarse una circunstancia singular.

El pluralismo sobre el cual se basa un orden democrático de derecho, debe estimar positivamente, el desarraigo que puede existir entre el sistema normativo y la ciudadanía, no es una cuestión pura de conocimiento normativo sino de interiorización de los valores que se comprenden en el entramado normativo, (...) pues los valores necesitan ser comprendidos e integrados en la conciencia del sujeto para que se puedan exigir, si ello no ha sucedido o defectuosamente, se tiene que tener en cuenta por el Estado, pues de otra manera se haría responder al sujeto de modo objetivo por su injusto⁸⁴⁴. La dificultad se determinó por el desconocimiento de los elementos normativos, que construyen el hecho típico, así como el contenido de las normas extrapenales.

842 JAKOBS, Günther. *Conocimiento y Desconocimiento de la Norma*. En: “Problemas capitales del Derecho penal moderno”. José Luis Depalma Editor, Buenos Aires. 1998, p. 61.

843 CEREZO MIR, J. *La Regulación del Error de Prohibición en los Códigos Penales Español y Peruano*. En: Libro Homenaje al profesor Raúl PEÑA CABRERA, T. I, p. 218.

844 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 347.

El desconocimiento de la prohibición (*error iuris nocet*) no excusa la obligación normativa, o es que sí debe excusar la responsabilidad criminal y en su defecto atenuarla, cuando el autor al momento de cometer el hecho punible no era consciente de que estaba cometiendo un injusto o hubiese conocido de aquel si hubiera actuado con mayor diligencia.

Dicho lo anterior, se puede partir en principio, de que todo ciudadano conoce de antemano las regulaciones del Derecho positivo vigente, como consecuencia de los dictados de un orden democrático de derecho, donde impera la ley; sin embargo, esta presunción no puede operar *jure et de jure*, es decir, sin proceder una prueba en contrario, por la sencilla razón de que ese mismo orden jurídico y legal, reconoce a su vez, las diferencias que pueden existir entre los ciudadanos, en cuanto a su desarrollo cultural y educativo, pudiéndose advertir situaciones, en que el individuo no tiene la posibilidad de acceder a la normatividad de un Estado; mas ello sólo puede predicarse en figuras delictivas especiales y, en el ámbito del Derecho penal nuclear, como el Homicidio, Lesiones y Aborto; (...) el Derecho Penal, en el ámbito del error, podrá graduar la capacidad de cada sujeto en orden a informarse de sus deberes y derechos para así pronunciarse sobre el grado de vencibilidad o evitabilidad del error; sólo en ese ámbito se podrá sostener que algunos individuos, y en relación con un caso concreto, deberían conocer el derecho, pues actuar de otro modo, generalizando el deber, sería tratar igual situaciones desiguales⁸⁴⁵. En el supuesto de los delitos contra la Administración Pública, la posibilidad de admitir un Error de Prohibición es en verdad muy relativa, en la medida que las instituciones estatales, cuentan en su entramado organizacional, con una serie de oficinas de asesoría, entre éstas, la legal, a la cual pueden acceder, quienes ejercen actos públicos y así saber si la decisión a tomar,

845 QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 429.



es o no penalmente antijurídica, es decir, mientras el agente esté en mejores posibilidades de vencer el error, estaremos ante un Error de Prohibición vencible y no invencible; de no ser así, se estaría dando semejante privilegio, a todos aquellos que no se esforzaron en lo más mínimo, para saber si estaban actuando o no de forma ilícita. La invencibilidad del error, por tanto, sólo puede proceder, en casos extremos, cuando el autor no tiene posibilidad alguna de superar la ignorancia, en que se encuentra sumido y, ello no puede decirse, en ámbitos institucionales de la Administración Pública, donde se tiene una serie de medios para acceder a una adecuada y correcta información. Por consiguiente, si el agente se esforzó en conocer todas estas disposiciones legales y, pese a ello, incurrió en error de prohibición, éste será vencible⁸⁴⁶.

En un principio no se dio ningún valor al desconocimiento de la prohibición penal, pues en el sistema causalista-naturalista, tanto la tipicidad como la antijuridicidad eran concebidos como la mera descripción de un suceso externo que da lugar a una lesión del bien jurídico, donde la culpabilidad era la vinculación subjetiva del autor con su hecho antijurídico, a partir del dolo y la culpa; por lo tanto, el desconocimiento del injusto debía ser equiparado con el dolo, esto es, error de hecho y de derecho formaban parte de una unidad valorativa.

El hecho de que la dogmática jurídico-penal haya avanzado de forma notable, sobre todo con la teoría finalista, habría de desarraigar el error de derecho como un problema psicológico-naturalista, donde el contenido normativo de la culpabilidad supuso una redefinición del error de derecho y pasa a denominarse como un «error de prohibición»; del mismo modo, el error de hecho ante la eminente relevancia de los elementos normativos que fueron tomando cabida en la conformación de los tipos penales, determinó la aparición del «error de tipo».

846 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte General*, IDEMNSA, Lima, p. 850.

De ahí, (...), no sean homologables los términos error de derecho y error de prohibición, ya que el error de prohibición está referido sólo a la antijuridicidad (a la cualificación de injusto), en cambio, en principio, error de derecho podía referirse tanto a problemas de la tipicidad como de la antijuridicidad (aunque merced al recurso de que el error sobre las leyes extra-penales era un error de hecho, realmente se podría decir que coincidían en la práctica)⁸⁴⁷.

El reconocimiento del «error de prohibición» como nivel dogmático que ha adquirido valor normativo es un presupuesto imprescindible de pena, pues la culpabilidad del autor sólo se puede dar por afirmada, cuando esta sabía que su conducta era constitutiva de un injusto, no como un desconocimiento informativo, sino como la interiorización del compendio axiológico que se deriva del plano normativo, en cuanto a los fines que debe perseguir el Derecho penal en un orden democrático de derecho.

El conocimiento de la antijuridicidad, como elemento fundamental de la culpabilidad, dice JESCHECK, es un “hito que señala el inicio de una etapa en la historia moderna de la Ciencia del Derecho Penal”; este es sin duda, el primer requisito que debe concurrir para que legítimamente se le pueda a un ciudadano imponer una sanción punitiva —cuando un individuo realiza un comportamiento desvalorado a sabiendas de encontrarse prohibido por el ordenamiento jurídico—, exigencia que emana del Principio de culpabilidad y de una verdadera relación normativa, tal como demanda un verdadero Estado de Derecho.

Por consiguiente, solo cuando el ciudadano haya tenido la posibilidad de conocer el carácter antijurídico del acto cometido, legalmente se le podrá atribuir el reproche personal y por ende la imposición de una pena. No obstante la exigencia normativa, la ley no exige un conocimiento preciso del precepto legal, ni tampoco de

847 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, ps. 346-347.



la pena que se conmina como sanción jurídica; es suficiente que el agente conozca que su conducta lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de terceros, según el «modo del profano», del juicio del hombre medio y no de un lego en Derecho; aquello significaría vulnerar el Principio de Igualdad, fundamento básico de una sociedad democrática, como exigencia política y jurídica a la vez.

El CP abrogado (1924) recogía los preceptos de error iuris y error *factum* (art. 87°), propio del Sistema Causal que concebía un Injusto de naturaleza esencialmente *objetiva*, con un *dolus malus*, que comprendía tanto la realización del hecho como su prohibición.

El «Error de Tipo» se configura cuando el autor desconoce alguno o todos los elementos constitutivos del tipo objetivo –tanto descriptivos como normativos–, el Invencible excluye el dolo y la culpa, mientras que el Vencible se castiga como delito culposos; n cambio, el «Error de Prohibición» lleva su presencia al ámbito de la culpabilidad, dejando íntegro el injusto doloso o culposos, excluyendo la responsabilidad o bien atenuándola (vencible).

Existe Error de Prohibición no solo cuando el autor cree obrar lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho (MUÑOZ CONDE); este juicio no se extiende sobre lo fáctico (elementos que lo hacen típico) sino sobre su carácter antijurídico: acá el autor sabe lo que hace y lo que quiere, mas no conoce de su prohibición –*error iuris nocet*–, ignorancia que extiende su representación sobre el tratamiento que le da el Derecho Penal al hecho –sobre su valoración jurídico-penal–, se produce entonces una ceguera ante los principios mínimos de convivencia social, los cuales son recabados por todos los ciudadanos por los diversos medios de comunicación social existentes: la cultura, el derecho consuetudinario, la religión, la familia, el grupo, etc.

El error de prohibición comprende la conciencia de la anti-juridicidad (injusto) y, a su vez el conocimiento de la punibilidad,

pues la prohibición penal determina el hecho de que la conducta sea sancionada con pena; (...) el conocimiento de la conminación de pena, en ciertas circunstancias, es lo que transmite la conciencia del especial rango de una norma que no tenga relevancia ético-social inmediata, influyendo de tal modo al menos en la medida de la culpabilidad⁸⁴⁸, mas no la conciencia sobre los elementos que dan lugar a los estados de inexigibilidad (estados de disculpa).

Tener la posibilidad de conocer la punibilidad es tener posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero no significa que se requiera también el conocimiento de la gravedad de la amenaza: es suficiente que el autor pueda saber que realiza un hecho que está amenazado con pena, su error sobre la cuantía de la pena no es relevante⁸⁴⁹ y, esto tiene que ver también con el principio de «legalidad».

5.2. Error de Prohibición Vencible

A efectos de delimitar el error «vencible» del «invencible», se han partido de varias premisas; entre estas la posibilidad de informarse sobre la conciencia del injusto, el hecho de existir razones valederas de que se presuma la antijuridicidad de la conducta, cuando se ataca valores ético-sociales fundamentales o cuando no se utilizan al máximo los conocimientos especiales de una actividad determinada.

El error será vencible si el sujeto podía superarlo, es decir, podía haber conocido la antijuridicidad de su conducta, señala CEREZO MIR. Para ello es preciso que dudara o tuviera razones para dudar de la licitud de la misma y la posibilidad de informarse adecuadamente⁸⁵⁰.

848 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 298.

849 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 153.

850 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 155.

En la teoría se rechaza el punto de vista que condiciona la evitabilidad del error a la infracción de un supuesto deber de información sobre la antijuridicidad del hecho⁸⁵¹. Una concepción así entendida, supone no solo la posibilidad de un deber de información, sino también la posibilidad de acudir a fuentes de información, a fin de que la duda sea absuelta. Resulta claro, que en el ámbito de la Administración Pública así como en la actividad privada, existen oficinas de asesoría legal que se encargan de adecuar la actividad que se trate al marco legal vigente, pero, la pregunta está, si estos ámbitos de información puedan también equivocarse, esto quiere decir que si el autor se hubiese informado por estos medios, de igual forma hubiera actuado de forma antijurídica.

Si la infracción del deber de información fuera suficiente para establecer la evitabilidad del error, no podía tomarse en cuenta que el cumplimiento de tal deber todavía no garantiza que el actor hubiera podido conocer la punibilidad del hecho (la desaprobación jurídico-penal)⁸⁵²; (...) esta exigencia es excesiva sobre todo porque la existencia de dudas no parece el único motivo que pueda fundamentar la capacidad de examinar la situación jurídica, pues otros datos, como el de hallarse en un sector de actividad específicamente regulado o la posibilidad de perjudicar a otro parece que deberían ser suficientes como llamada al sujeto para que examine la conformidad o no a Derecho de su conducta⁸⁵³.

No se puede llegar al extremo de admitir un «error de prohibición vencible» cada vez que el autor tenga dudas sobre la licitud de una determinada conducta, pues si es así es preferible abstenerse de cometerlas y con eso tutelar la vigencia efectiva del derecho.

851 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 155.

852 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El Error de Prohibición...*, ps. 359-360.

853 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal*, p. 307.



Por otro lado, apunta STRATENWERTH, no puede ser que el individuo deba cerciorarse de esa conformidad solo cuando ya tenga cualesquiera dudas al respecto⁸⁵⁴. Existen claro está, ciertos ámbitos de la criminalidad, donde no pueden existir de ningún modo dudas sobre la licitud o ilicitud de una conducta, en el derecho penal convencional, tal vez concebibles en las esferas de intervención, en cuanto a los límites de las causas de justificación; (...) lo importante no es lo que se pueda conocer, sino lo que el concreto sujeto en el caso concreto pueda conocer⁸⁵⁵.

Así, también se señala que en determinadas actividades –de por sí especiales– debe presumir el sujeto que dicha actividad se somete a una específica normatividad, por lo que tiene que despejar las dudas que sobre ella pueda presentarse. En efecto, el tráfico vario, las actividades comerciales sujetas a fiscalización, comercio exterior (marco arancelario), rentas que generen impuesto a la renta, la introducción de productos alimenticios o agrícolas (Senasa), de medicinas (Digemid), etc.; todos estos ámbitos se encuentran regulados por normas cuya inobservancia puede desencadenar un contenido de injusto penal, cuando se coloca en un estado de riesgo al bien jurídico tutelado por la codificación penal. Esto basta para exigir que se conozcan con exactitud estas disposiciones⁸⁵⁶.

En la mayoría de los casos, el autor tendría que haberse procurado los conocimientos jurídicos necesarios mucho antes del hecho⁸⁵⁷; por lo que el error sobre la ilicitud de una conducta puede ser vencible, aunque en el momento de la realización de la acción u omisión el sujeto no podía ya superarlo, si con anterioridad no había adquirido los conocimientos jurídicos imprescindibles para el

854 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El Error de Prohibición...*, p. 361.

855 CEREZO MIR, J. *La Regulación del Error de Prohibición...*, ps. 218-219.

856 ROXIN, C. *Acerca del Error en el Derecho Penal*, p. 133.

857 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, ps. 310-311.



desarrollo de esa actividad social (conducir un vehículo de motor, el ejercicio de una profesión, el desarrollo de una determinada actividad económica)⁸⁵⁸.

Por consiguiente, si el agente se esforzó en conocer todas estas disposiciones legales y, pese a ello incurrió en error de prohibición, este será vencible. Esa orientación importa una específica regulación por ciertas conductas que ya de por sí pueden resultar lesivas para la integridad de ciertos bienes jurídicos, ésta es una exigencia que de cara a otras situaciones no es posible admitir. Deben existir serios motivos para presuponer la juridicidad de una determinada conducta.

En palabras de JAKOBS, no es decisivo si el individuo se ve motivado; más bien el derecho presupone como dado un motivo para activar todo lo disponible; se satisface esta exigencia determinada normativamente en el ámbito de lo que estereotipadamente es conforme a derecho mediante el conocimiento de la conformidad al derecho⁸⁵⁹: proposición eminentemente normativa, que deja de lado el sujeto en sí y determina la exigencia conforme a los roles que el sistema social fija normativamente.

Se sigue así lo siguiente: el autor incurre en error de prohibición vencible, cuando y solo si se hubiese informado por personas especialmente calificadas en el ámbito del derecho, por los denominados “jurisconsultos” o por reconocidos bufetes de Abogados, lo cual resultaría injusto de cierta forma, pues sólo aquellos que poseen una privilegiada condición económica pueden hacerse de los servicios de dichos letrados; mas en el caso de un individuo pobre que acude a la defensa de los abogados que merodean Palacio de Justicia, en vista de que el parecer de dichos defensores no tiene

858 CEREZO MIR, J. *La Regulación del Error de Prohibición...*, p. 219.

859 JAKOBS, G. *Conocimiento y Desconocimiento de la Norma*, p. 73.

reconocimiento alguno, la persona no se podría ver beneficiada por el error vencible de prohibición. No puede importar que el abogado sea más o menos capaz o que la información haya sido impartida después de analizar con poco o mucho cuidado⁸⁶⁰.

Muchos litigantes se amparan en determinadas opiniones de abogados renombrados, para pretender plantear acciones eminentemente antijurídicas. La constitucionalidad de las normas es un asunto que solo incumbe al máximo intérprete de la Ley Fundamental. Se añade que dichas asesorías no sean contrarias a ejecutorias jurisdiccionales, sin condicionar a que sean emitidas por el máximo Tribunal de justicia; lo cual habrá que tomar con pinzas, pues en principio no existe una plena unificación de las resoluciones judiciales, en nuestro país, podemos advertir resoluciones que sobre un mismo hecho recogen posturas abiertamente contradictorias.

Recién con las sentencias del Tribunal Constitucional que sientan precedente vinculante (Art. VII del CPC) y con las que expiden las Salas Penales de la Corte Suprema (artículo 301°-A del C de PP⁸⁶¹), se puede hablar con propiedad de «unificación jurisprudencial», en el contexto de una seguridad jurídica propia del Estado de Derecho. Pero, la pregunta está si es que todos tienen acceso a dicha información, la pregunta deberá ser contestada de forma negativa y, si este tiene el acceso a dicha información, pero su desconocimiento sobre materia jurídica lo lleva a una interpretación totalmente distinta, el error deberá ser invencible, pues desde un principio no estaba en posibilidad de vencer el error.

A nuestro entender, el asunto no estriba en cuanto información pudo haber recogido o recopilado, sino de toda aquella información que el autor contaba al momento del hecho y la seriedad

860 ROXIN, C. *Acerca del Error en el Derecho Penal*, p. 135.

861 Incorporado por el Decreto Legislativo N° 959 del 17/08/04.



de sus dudas en cuanto a su juridicidad, de los esfuerzos de aseguramiento del autor, (...) no haya estado en condiciones de una total claridad sobre el injusto⁸⁶²; esto es, qué tan lejos o cerca estuvo el agente de poder alcanzar la comprensión del injusto, mientras más inaccesible haya sido ello, el error será invencible. Por tanto, expresa STRATENWERTH, el autor no puede sustraerse a la decisión personal que le incumbe para determinar si su obrar es lícito o es ilícito, sencillamente...recabando la opinión de un jurisconsulto⁸⁶³. Desde un punto de vista normativista, JAKOBS, escribe que nadie que se halla en dudas tiene la misión de sacarse la duda por medio de informaciones; la persona que duda solamente está obligada a omitir el proyecto dudoso (o bien, en los delitos de omisión, a ejecutar de todos modos la acción de salvamento)⁸⁶⁴.

Dicho así: *quien duda de la juridicidad de su conducta, debe optar por renunciar a su realización*. Para BACIGALUPO, el esfuerzo serio y adecuado para despejar la duda, debe ser producto de su representación de la posibilidad de la misma⁸⁶⁵.

Deja subsistente la concurrencia del dolo, pero permite atenuar la pena en vista de un menor grado de reprochabilidad atribuible. En este caso, el juicio de culpabilidad se remite a que el autor no advirtió el carácter antijurídico del hecho, pese a haber podido realizarlo, si es que hubiera tomado la debida diligencia del caso, valoración que se efectúa en el caso concreto y dependiendo de las facultades y conocimientos especiales del autor (*ex ante*).

En el «Error de Prohibición Vencible», a diferencia del Injusto Imprudente, la resolución punitiva es más exigente, dado que el

862 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 352.

863 STRATENWERTH G. *Derecho penal...*, p. 310.

864 JAKOBS, G. *Conocimiento y desconocimiento de la norma*, p. 76.

865 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*, p. 156.



individuo tenía más posibilidades de advertir y salir del error en que se veía comprometido.

En el ámbito de los delitos sexuales, no solo puede darse un error de tipo sino también un error de prohibición, ante la eminente contradicción que hoy en día se advierte entre la norma jurídico-penal y las convenciones sociales: habiéndose llegado al extremo de negar eficacia jurídica a las relaciones sexuales que mantiene un mayor de 14 años⁸⁶⁶, con evidente vulneración al criterio sistematizador del bien jurídico y al principio de «ofensividad».

5.3. Error de Prohibición Invencible o Inevitable

El desconocimiento directo de la prohibición penal no exime de responsabilidad –“*error iuris non excusat*”– “*error iuris nocet*”, principio por el cual supone que todos los individuos conocen de la vigencia y contenido de las normas. Sustentar un desconocimiento total de las normas, parece hoy en día poco pensable, pues los ciudadanos mantienen sus vínculos con el Estado, a partir de la comprensión comunicativa del entramado normativo.

Siendo así, solo cabría apreciar un «error de prohibición invencible», en casos en realidad extremos o poco probables: el extranjero que ingresa al territorio nacional portando armas de fuego sin la licencia respectiva o la mujer europea que cree que en el Perú el aborto no es punible en base a una estimación general de lo que sucede en su país natal y en el resto de naciones vecinas; el campesino, que consigna datos falsos en un documento público a fin de hacerse de un derecho, claro que este último caso podría dar lugar a un error de comprensión culturalmente condicionado.

JAKOBS aglutina tres casos de desconocimiento inevitable de una norma: primero, de los casos en los cuales una persona actúa

866 La Ley N° 28704 del 05/04/06.



en un ámbito de la sociedad ajena a ella; segundo, aquellos en los cuales una norma es desconocida no en su núcleo, sino en sus aspectos marginales; y, tercero, casos de desconocimiento de normas puramente técnico-sociales, es decir, normas que, sin determinar la forma social, deben garantizar la posibilidad de administrar —en sentido amplio— la sociedad⁸⁶⁷.

Dicho lo anterior, el «error de prohibición invencible» no puede circunscribirse a un ámbito psicosocial, pues su aplicación regulativa se reduciría al máximo; deben introducirse aspectos normativos, en cuanto al grado de interiorización normativa que se produce por los factores concomitantes que condicionan la posibilidad de conocimiento.

La culpabilidad no se reduce a un contenido ontológico, sino también a directrices preventivas, que condicionan la necesidad y el merecimiento de pena. Según ROXIN, el error de prohibición es invencible en sentido jurídico no solo cuando fuera imposible la formación de dudas, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho que se manifiesta en el error no precisa de sanción⁸⁶⁸.

Sin duda, la invencibilidad del error no puede deducirse sin más de la posibilidad de información que haya podido obtener el autor al momento de la comisión del hecho punible, sino de sus propias capacidades que poseía para poder captar y superar el error existente. El derecho en general, no puede favorecer al descuidado, en determinar su responsabilidad en mérito a lo que terceros le hubiesen podido proporcionar, sino a quien por defectos de ámbitos de organización interna, no estaba en posibilidad de vencer el

867 JAKOBS, G. *Conocimiento y Desconocimiento de la Norma*, p. 65.

868 ROXIN, C. Citado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El Error de Prohibición*. p. 362.



error, por más esfuerzo que haya podido realizar. A esta persona no siquiera se le presenta el motivo por el cual pueda dudar sobre la juridicidad de la conducta, contrariamente con lo que acontece en el error de prohibición vencible. Si el autor no tuvo la representación del camino para resolver la duda, tampoco habrá tenido la capacidad de motivarse que presupone la culpabilidad⁸⁶⁹.

En determinados ámbitos de organización, de la vida misma, no resulta amparable un error de prohibición invencible por el pleno desconocimiento de la normatividad que regula su actuación, de ahí que se discuta en la doctrina que no pueda alegarse un desconocimiento, cuando al autor le era exigible dicho conocimiento.

ROXIN, citando un ejemplo del tráfico rodado, apunta que en ese momento (el autor⁸⁷⁰) no tuvo ya ninguna posibilidad de adquirir el conocimiento de las prohibiciones. Pero sería muy injusto absolverlo mediante un error de prohibición invencible⁸⁷¹. En la mayoría de estos casos, el autor tendría que haberse procurado los conocimientos jurídicos necesarios mucho antes del hecho⁸⁷². De este modo, la culpabilidad refiere a un momento anterior, cuando el autor debió asumir la correspondiente conciencia normativa, no es una culpabilidad por la conducción de vida, sino defectos por no haberse motivado normativamente pese a haber existido motivos más que suficientes para tomar contacto cognitivo con la «antijuridicidad».

Se configura como una eximente completa de responsabilidad penal. No desaparece el dolo por no formar parte de la conciencia

869 BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal...*, p. 156.

870 El subrayado es mío.

871 ROXIN, C. *Acerca del Error en Derecho Penal*, p. 139.

872 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, ps. 310-311.

de la antijuridicidad. Significa pues, una garantía de los ciudadanos, de no ser sancionados penalmente, por existir déficits en la relación normativa, en virtud de que el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento indispensable que condiciona y que dota de contenido el juicio de culpabilidad, circunstancia que desemboca indefectiblemente en una falta de merecimiento de pena.

El juicio sobre la Invencibilidad del Error se debe realizar, separándolo en dos diversos momentos: a) La cuestión de si el autor tuvo razones para suponer la antijuridicidad y, b) Si tuvo a su disposición la posibilidad de aclarar la situación jurídica. En consecuencia, la exclusión de punición se basa en la ausencia de culpabilidad.

En el Perú, el ámbito de negociación se abre aún más, puesto que también adquiere relevancia jurídica el error que se funda en la diversidad cultural de nuestros pueblos.

5.4. Variantes del Error de Prohibición

a. Desconocimiento de la Existencia de la Prohibición (Error de Prohibición Directo)

Casos en los cuales el autor obra bajo la creencia errónea de que el comportamiento no se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico; desconoce estar obrando antijurídicamente, cree actuar fuera del ámbito de protección de la norma jurídica, de que su conducta no constituye un injusto penal; v. gr., el turista que llega al Perú portando armas de fuego, creyendo que en el país no se prohíbe dicho comportamiento.

Estos errores no podrán advertirse en el ámbito del «Derecho Penal nuclear» (Delitos contra la vida, el honor, contra la libertad y propiedad, etc.), pero, podrían darse bajo el contexto de una modificación legislativa, en el ámbito de una derogación; sin embargo,

las deficiencias de introyección normativa pueden dar lugar a un error de prohibición vencible en este ámbito, cuando no se llegue a una comprensión normativa cabal del significado de lo ilícito.

b. *Apreciación errónea del alcance de la norma*

Puede ser tanto de una prohibición como de un mandato, en el sentido de que el error recae sobre el juicio de adecuación típica; v.gr; el autor cree que la prohibición de matar no alcanza a los casos de eutanasia o que la ayuda al suicidio es impune (arts. 112°-113° del CP); así también que en caso de violación precedente es lícito el aborto (art. 120.1°) o que el uso de la violencia por parte del propietario hacia el arrendatario no es constitutivo del tipo penal de usurpación (art. 202°).

c. *Error sobre la validez de una norma de autorización (Error de Prohibición Indirecto)*

Suposición errónea que tiene el individuo sobre el Injusto penal, por encontrarse justificado por la supuesta concurrencia de una norma autorizada por el Derecho. Al respecto, señala JESCHECK, es Error de Prohibición Indirecto, porque el autor no cree aquí que el hecho sea lícito sin más, sino que desconoce la antijuridicidad del caso concreto, mediante el rodeo que supone la suposición errónea de una proposición permisiva, v. gr.; los maestros que creen estar autorizados por una ley positiva que los autoriza a aplicar castigos corporales a los alumnos con fines educativos Derecho de corrección.

d. *Error sobre la validez de una norma jurídica de prohibición*

El autor siendo consciente de la prohibición, duda de la validez de la misma, cree que está derogada o porque colisiona con

un precepto constitucional, por lo cual decide acatar la anterior o sujetar su obrar, conforme a la norma constitucional⁸⁷³, siguiendo un criterio jurisprudencial que no constituye precedente vinculante; empero, si este conoce perfectamente su ilicitud, pero, por no estar de acuerdo con la misma decide contradecirla, no se configuraría la hipótesis de Error de Prohibición en comento.

En un Estado de Derecho existen las vías legales pertinentes, a fin de que una norma legal sea declarada “inconstitucional” (Arts. 200°-205° CPE⁸⁷⁴), no puede el ciudadano de motu *proprio* negarse a su aplicación cuando éste duda de su constitucionalidad, no puede irrogarse una potestad que sólo la detenta el TC.

En el caso de que la norma legal haya sido ya declarada Inconstitucional por el supremo intérprete de la constitucionalidad normativa, esta es expulsada del ordenamiento jurídico (facultad legislativa negativa), por lo tanto ya no se daría el supuesto in comento.

e. Error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación⁸⁷⁵

“Ciertamente, los presupuestos objetivos o fácticos de una Causa de Justificación son, ante todo, elementos fácticos,

873 El artículo 138° de la Constitución Política del Estado, consagra el «Control Difuso» de la Constitución, como una facultad exclusiva de los jueces y tribunales de justicia; el artículo 200° de la Carta Magna confiere al Tribunal Constitucional el poder concentrado de la constitucionalidad, es pues función esencial de este organismo, velar porque las leyes no vulneren las garantías y principios fundadores de nuestro ordenamiento jurídico que se encuentran consagrados constitucionalmente. Por consiguiente, los jueces y tribunales al momento de administrar justicia podrán aplicar una norma constitucional en desmedro de una norma de menor rango prelativo.

874 Concordante con los artículos 98° y ss. de la Ley N° 28237 (CPC).

875 Se definen como un error de tipo negativo; la prohibición debe determinarse atendiendo al peligro objetivo *ex ante* de la acción.

para cuya apreciación no hace falta valoración jurídica alguna. Es igual creer erróneamente que se mata a un animal en lugar de una persona, que el creer erróneamente que esa persona es un agresor"⁸⁷⁶.

El primer error afecta la cualificación jurídico-penal del hecho (su carácter típico), mientras que el segundo recae sobre su naturaleza ilícita.

En el primer supuesto, el autor no sabe que está realizando el tipo de homicidio, en cambio, en el segundo, cree erróneamente estar autorizado bajo una norma permisiva, que es la legítima defensa, por tanto, no recae sobre su calificación jurídica (dolosa o culposa), sino en la culpabilidad del autor, eximiéndola o atenuándola. De común idea, con lo antes dicho, el error sobre la procedencia objetiva de un precepto permisivo, sigue las reglas de la teoría estricta de la culpabilidad.

Esta resolución dogmática permite la legítima defensa del tercero que se ve agredido sin justificación objetiva, pues incluso, ante el error invencible el hecho sigue siendo antijurídico⁸⁷⁷; de esta manera, otros participantes, a título de instigadores o de partícipes, que actúan a sabiendas de que el autor se encuentra bajo ese error, recaería sobre ellos la sanción punitiva; *contrario sensu*, se extiende la eximente a sus participaciones (Principio de Accesoriedad Limitada en la Participación).

Tal como se sostuvo, las reglas del error de prohibición nada tienen que ver con el dolo y la culpa, trata de una circunstancia que incide directamente sobre el juicio de reproche personal (culpabilidad).

876 MUÑOZ CONDE, F. y otro. *Derecho Penal. Parte General*, p. 405.

877 MUÑOZ CONDE, F. y otro; *ibidem*.



6. EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

6.1. Introducción al tema

Las normas que se compaginan en el ordenamiento jurídico se dirigen a regular la vida del hombre en sociedad, a fin de establecer modelos de conducta valiosos tal como se desprende de los principios que se constituyen en el sillar edificativo de la «norma hipotética fundante»; por tales motivos, la validez de las normas son de carácter general e intransigente para con todos los ciudadanos, sea cuales fuera el origen socio-cultural o el estatus socioeconómico del individuo.

En un orden democrático de derecho basado en el pluralismo político-ideológico, es el principio de igualdad que otorga carta de ciudadanía a la libertad y la legalidad. Nadie puede estar por encima de las leyes, por lo tanto su contenido prescriptivo es inflexible ante la mirada atónita de los hombres, nadie puede sublevarse ante su irreflexivo cumplimiento.

El artículo 43° de la Ley Fundamental establece que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana; las normas que se desprenden de todo el entramado legislativo, son de aplicación nacional, entonces, todos los peruanos se encuentran obligados a acatarla.

Sin embargo, el Perú muestra una diversidad que va más allá de sus riberas, de sus cerros y de su agreste amazonía; en ella se revela toda una cultura milenaria, que siglos atrás vio difuminada en su geografía el desarrollo de muchos pueblos ancestrales cuya singularidad y particularidad de vida, diera origen a las denominadas culturas preincas y a la cultura Inca.

Dicho lo anterior, aún en dichos pueblos, los historiadores más renombrados nos han expuesto las diferencias que existían en cada

una de estas, la forma de cómo labraban la tierra, de cómo tejían sus telares, de cómo edificaban sus fortalezas, de cómo asumían la guerra, la paz y la cosecha, su imagen politeísta, es decir, los dioses que adoraban estos hombres, a quienes dedicaban sus riquezas y sus pobreza, sus alegrías, sus dolores y sus rencores. Estos pueblos si así se les puede llamar, cultivaron una serie de costumbres, que con el paso del tiempo se han ido perdiendo, pero que ciertas comunidades de nuestro país aún conservan. No olvidemos que si bien los Incas, pertenecían a un pueblo netamente conquistador, de ahí la gran extensión territorial que llegó a adquirir, no es menos cierto que respetaban las costumbres de los pueblos que conquistaban a todo lo largo y ancho de lo que fuera el Imperio Incaico.

Víctor Andrés BELAUNDE nos relata que la primera forma de propiedad territorial en el Perú es la comunal: el ayllu o la marca: sistema generalizado en todos los valles de la sierra y la costa. El ayllu precedió al imperio, el mérito de los incas consistió en respetar las comunidades, tomando solamente parte de las tierras que dedicaron al estado y al culto⁸⁷⁸. De la cultura Inca se preserva hasta la actualidad el llamado “Servinacuy”, que permitía al hombre vivir un determinado tiempo con la futura consorte antes de casarse, denominado hoy en día “concubinato”, bajo otros matices y fines. Esta gran riqueza cultural fue duramente arrasada por el colonialismo español, cuyos representantes del rey Carlos V tuvieron por objetivo la imposición de la religión, de la escritura, de todos aquellos valores que se comprendían en la cultura occidental de aquel entonces.

BIONDI y ZAPATA sostienen que el Perú vivió —como casi todo el mundo— durante miles de años sumergidos en la oralidad y, en base a ella, sus pobladores construyeron su identidad, su idiosincrasia, su cultura, su manera de pensar y de ver el mundo. Con la llegada de

878 BELAUNDE, Víctor Andrés. *La Realidad Nacional*. Tercera edición, Lima - Perú, p. 19.



los españoles llegó la escribalidad. Se pretendió imponer el modelo del libro, que es ajeno a la “naturaleza” del poblador indígena. Lo que es peor, en base a la escribalidad se construyó el Estado oficial: primero el virreinal; luego, el republicano⁸⁷⁹. Sin que ello niegue el desarrollo que pudo alcanzarse en el Perú, en virtud de la fusión de culturas, destacando BELAUNDE el mestizaje espiritual producto de la unión biológica entre el indio y el español⁸⁸⁰.

Si bien el Perú responde a la idea de una República unitaria e indivisible, no es menos cierto que su diversidad cultural obliga a una valoración jurídica que precisamente pueda acoger esa diferenciación étnica y cultural con justicia y racionalidad. El Perú no solo es Lima y las diversas ciudades que se ubican en la franja costera del litoral que baña el océano Pacífico, es también la zona aledaña al río Amazonas que alberga a una serie de pueblos nativos, comprende también las zonas del Altiplano que se ubican en los lugares más altos del territorio nacional, aquellos lugares donde aún se habla el quechua y en otras el aymara, donde sus habitantes conservan y practican costumbres ancestrales.

La interrogante, entonces, es la siguiente: ¿Resulta justa la aplicación de la misma ley penal al total de individuos de un universo⁸⁸¹? Antes de contestar la interrogante, cabe acotar lo siguiente: si bien en nuestro país prima un monismo jurídico, no es menos cierto que su diversidad cultural obliga que el ordenamiento positivo nacional se impregne de dichas valoraciones, a fin de evitar un Perú fragmentado y dividido. Reconocer la multiculturalidad no quiere decir solamente ver a los compatriotas de otras regiones

879 BIONDI, Juan / ZAPATA, Eduardo. “En el Perú prima lo oral y no la cultura escribal”. En: Perú 21, jueves 07 de diciembre del 2006, p. 28.

880 BELAUNDE, V.A. *La Realidad Nacional*, p. 107.

881 BASÍLICO, Ricardo. *La comprensión de la norma como garantía en el Sistema Penal (La cuestión de la diversidad cultural en el Derecho Penal Latinoamericano de Hoy)*. En: La Ciencia Penal ante el nuevo siglo..., p. 555.



como los “otros” y considerarse ajenos a ellos, apunta con sapiencia GUERRA CERRÓN. En un país multicultural hay convivencias de culturas diferentes.

Muchas de las culturas que se consideran excluidas demandan su inclusión en la compleja sociedad llamada Estado. Ya no puede seguirse viendo a las otras culturas solo como algo folclórico o turístico. Hoy a partir del estudio de las otras culturas –sentencia la autora– se las comprende y se deben tender canales para su inclusión e integración⁸⁸².

El Perú vive en la actualidad un drama, una tragedia si se puede decir, producto de la exclusión de ciertos poblados de nuestro país, que no se conectan con el Perú oficial, la ausencia de una política realmente descentralista y de una normatividad que valore positivamente la diversidad cultural, poco a poco está propiciando la ruptura total de la unidad nacional, con el consiguiente riesgo de la aparición de falsos “caudillajes” que pretendan personificar la reivindicación “indígena”, mediante el uso de la violencia, la mentira, el chantaje y la manipulación de sus hombres, con fines exclusivamente políticos.

Lo importante a todo esto es que el ordenamiento jurídico pueda albergar la reivindicación cultural que estos pueblos reclaman, sin que ello suponga determinar la sanción de un «pluralismo jurídico». Por pluralismo jurídico se entiende la coexistencia de varios sistemas jurídicos o formas de administración de justicia en un país respetando la pluriculturalidad étnica y racial existente⁸⁸³.

Sin duda, la gran brecha que separa el Perú oficial y el Perú profundo, producto del centralismo, del egoísmo y del olvido en que se

882 GUERRA CERRÓN, María Elena. *Hacia una Justicia de Paz. Un asunto de interés Nacional*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 20.

883 GUERRA CERRÓN, M. E. *Hacia una Justicia de Paz*, p. 26.



encuentran muchas regiones del país, provoca el debilitamiento del Estado de Derecho como sistema jurídico-estatal que debería regular de forma pacífica cualquier conflictividad social que se presenta entre los ciudadanos y entre el Estado y los ciudadanos. Este es el gran drama que padece el gran número de peruanos, cuyas demandas y reclamos no son escuchados por los gobernantes, produciéndose la deslegitimación del orden legal —como sistema de regulación de todos los peruanos— con la consiguiente aparición de fenómenos sociológicos que se traducen en la vindicta privada, en el uso de la Justicia privada para erradicar el fenómeno delictivo. Estos fenómenos se suscitan a consecuencia de la “desatención de Estado”, a los pueblos más profundos del país, por mala distribución de los bienes materiales e inmateriales, por falta de legitimidad política, caso de nuestras autoridades y representantes parlamentarios, por la corrupción y abuso de poder, por las normas inaplicables a la realidad peruana, en muchos casos son ambiguas y vacíos que solo favorecen a los grupos de poder de estado socioeconómico y político⁸⁸⁴.

Fenomenología social que ha sido denominado como «Ajusticiamiento Popular», descripción que traduce de forma general, los hechos de violencia extrema que han dado lugar en diversos parajes de nuestro territorio nacional, por pobladores que han perdido la confianza y la fe en la Justicia Penal, que deciden tomar la Justicia de propia mano, situación que culmina en la materialización de penas corporales, v. gr., pedradas, azotes, flagelamientos, quemaduras, etc., inhumanas sanciones que pueden terminar con la vida del ya declarado “culpable” por la comunidad, tal como sucedió en el distrito de Ilave de la provincia del Collao el 26 de abril del 2004, con ocasión del asesinato del Alcalde de la localidad antes mencionada.

884 TORRES TORRES, Claver H. *Derechos Humanos y Ajusticiamiento Popular*. En: Revista de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. N° especial en homenaje al XXV Aniversario de fundación de la Facultad y Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. Volumen N° 01, Año 2006, Juliaca, p. 94.



Como bien expone GUERRA CERRÓN, el nombre del pueblo no se puede imponer códigos particulares que finalmente quiebran la convivencia pacífica⁸⁸⁵.

¿Cómo debe responder el Derecho penal a esta realidad social? El Derecho Penal moderno acogido en el CP de 1991 es una simbiosis de una dogmática jurídico-penal depurada en sus conceptos y de una política criminal compaginada en los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho.

La construcción de un Derecho Penal democrático es fruto de todo un proceso doctrinario, determinado por la evolución misma del Derecho y de la configuración de una cultura ius filosófica respetuosa de los derechos humanos, tal como se desprende de nuestra Ley Fundamental. Lamentablemente la historia de la civilización muestra otra cara de la moneda, sin necesidad de remontarnos varios siglos atrás, es fácil advertir cómo el mecanismo punitivo fue manipulado políticamente para someter injustamente pueblos enteros, descripciones étnicas que no se condecían con los patrones raciales que se privilegiaban en las castas políticas que conducían los destinos de dichas Nacionales. No faltó, entonces, el uso torcido de ciertas doctrinas antropológicas de la ciencia penal y criminológica, para justificar legalmente la degradación de la propia raza humana, pretendiendo legitimar la clasificación soterrada de ciertas razas como “inferiores” en relación a las razas denominadas “superiores”. La visión etiológica y antropológica de la criminalidad, traída a más por el positivismo, permitió a fines del siglo 19, elaborar un listado descriptivo de los factores etiológicos que determinaban el «ser delincuente».

Desde Darwin a Spencer se dio lugar con el estudio evolutivo de la humanidad, conformando estudios sobre la base de la

885 GUERRA CERRÓN, M. E. *Hacia una Justicia de Paz....* p. 51.



descripción étnica, determinando la proclividad criminológica de ciertas razas, al margen de la raza blanca, cuya peligrosidad intrínseca los comprendía en un estado de salvajismo fatal, por lo que debían ser criminalizados positivamente de acuerdo a caracterizaciones biotipológicas, seres de por sí incivilizados, como tal vez se denominó a los nativos que Colón conociera cuando ancló en las islas de Centroamérica (San Salvador), cuando los colonos arriban a Norteamérica o cuando los ingleses y franceses toman como colonias las comunidades africanas.

La descripción descrita se reproduce en el siglo 20, con la irrupción de los gobiernos nacionalsocialistas que a fin de perpetuarse en el poder, embanderan el lema de la raza y el pueblo, discurso político-ideológico que sirve de fachada para encubrir los fines clasistas y genocidas dirigidos a erradicar la etnia judía. MUÑOZ CONDE relata, analizando la biografía de MEZGER, que para el Derecho penal de aquel tiempo serán esenciales dos puntos de partida, no ya como hasta ahora como compromiso, sino como síntesis: la idea de la responsabilidad del individuo ante su pueblo y la idea de la conformación racial del pueblo como un todo⁸⁸⁶. Descripciones étnicas dirigidas a justificar un régimen de opresión hacia las razas supuestamente “inferiores”. Descripciones «antropológicas» que sirvieron para configurar un Derecho Penal de autor, esto quiere decir que la base de punición es la valoración negativa que recae por la conducción de vida, o por la enemistad hacia el Derecho (*Lebertseinführungschulc1*).

Estas orientaciones político-criminales –sin llegar a todas sus consecuencias– fueron expandidas también en Latinoamérica, donde se legisló positivamente el Derecho penal de autor, basado en las explicaciones teóricas del Positivismo criminológico, donde el método es el causal-explicativo de forma inductiva, centrando el análisis

886 MUÑOZ CONDE, F. *Edmund MEZGER y el Derecho Penal*, ps. 29-30.



en la persona del autor, donde la «peligrosidad social», constituye el sostén sintomático que desencadena la reacción punitiva. Si el sistema de punición se construye a partir de la peligrosidad y no sobre la culpabilidad del hecho, la reacción será propiamente una medida de seguridad y no una pena. La necesidad de encerrar a estos seres peligrosos en defensa de la sociedad, a partir de su neutralización y segregación social.

En el Perú se promulga el Código Penal de 1924, cuya ideologización programática, era profesamente «positivista», al modular la reacción penal conforme a la descripción antropológica y étnica del autor, degradando el hecho punible a una función meramente complementaria. Los artículos 45° y 46° (in fine), hacen alusión a una terminología de por sí ofensiva: “salvajes” e “indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo”.

Es de verse, por tanto, que la diversidad cultural o la condición socioeconómica del autor en vez de incidir en una atenuación de la pena servía como plataforma de una represión penal indiscriminada, para el sometimiento de la raza indígena y como afirmación normativa de las estigmatizaciones propias de una sociedad clasista y vertical. En tales casos, como los preceptos indican, la pena se ejecutará en una colonia penal agrícola por un tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito o que no podrá exceder de veinte años. Del texto legal se desprende, que el indígena «semicivilizado» es el aborígen que lleva una vida de campo, sin vinculación con los centros urbanos, diseminados por los andes, o formando pequeñas comunidades, hablando solamente su lengua nativa. Son analfabetos, dedicados a labores casi primitivas, apuntaba PEÑA CABRERA en el año 1988⁸⁸⁷.

887 PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I., p. 427.



A todas luces resulta irracional pretender sostener la intensidad de la reacción punitiva (medidas de seguridad) en mérito a un catálogo terminológico ya de por sí despectivo –desde cualquier punto de vista– que degrada la condición humana, determinado por juicios de valor por sí vagos, abstractos e indeterminados. La *reforma político-criminal puesta en escena por una sistematización dogmática de alcance humanista, habría de reorientar las bases de punición y con ello el acogimiento de la diversidad cultural en el marco del juicio de imputación individual, no en el sentido estricto de la palabra (imputabilidad) sino como variante del error de prohibición.*

Su introducción representa el reconocimiento obligado a la cultura de los pueblos indígenas y la superación de la vieja concepción de los mismos como salvajes y la de sus miembros como inimputables o seres en estado peligroso⁸⁸⁸.

En resumidas cuentas, hemos de indicar que el Derecho penal no puede constituirse en un resorte autómatas de sanciones y reacciones coactivas (de pura represión), sino que debe valorar situaciones, debe perfilar respuestas diferenciadas ante situaciones, cuya particularidad merece un entendimiento singular, sin que ello amerite un decaimiento de las funciones preventivas de la pena. Todo lo contrario, la legitimidad del poder penal dependerá de que su empleo tienda en realidad a propiciar fórmulas pacíficas a la conflictividad social que apareja consigo la actividad delictiva. Fue así que se incluyó en el seno del corpus punitivo la institución del «Error de Comprensión Culturalmente Condicionado», bajo la cobertura legal del artículo 15° del CP. Debiendo quedar claro, que los comuneros, nativos y otros no son sujetos inimputables, lo que se presenta es un problema de *interiorización normativa*, de interiorización de los dispositivos legales que se comprenden en el Sistema Unitario de juridicidad nacional.

888 CEREZO MIR, J. *La Regulación del Error de Prohibición...*, p. 230.

a. *Análisis al Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 (doctrina legal), referido a la función jurisdiccional de las «Rondas Campesinas»*

En el Plenario, en cuanto a la protección constitucional de la pluralidad étnica y cultural de la Nación, se dice en el Fundamento 6 que se afirman dos derechos colectivos: (i) el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89°); y (ii) el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149°). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2°.19 de la Ley Fundamental.

Los derechos que se expresan en el Plenario, forman parte del reconocimiento constitucional, conforme a un raigambre jurídico de primer plano, que debe ser respetado a fin de no afectar la identidad cultural e ideológica de los pueblos. Es el segundo tema que suscita el análisis de la Corte Suprema, en lo concerniente a la titularidad de las Rondas Campesinas del derecho al ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial.

Antes de pasar revista a los fundamentos vertidos en el Plenario, debe recordarse como nacieron las Rondas Campesinas. Al respecto, GUERRA CERRÓN —destacada especialista en el tópico— escribe que se trata de formas de autodefensa campesina organizada socialmente para enfrentar acto de delincuencia o de violencia en general, principalmente en la sociedad andina (...) Hablamos de una forma de autodefensa, lo que quiere decir que existen otras más, como las guardias rurales, rondas de hacienda o rondas rurales e incluso actualmente en las grandes ciudades las rondas ur-



banas. Señala la autora que las rondas campesinas responden a un determinado contexto social y político en un momento coyuntural histórico, sin embargo a través del tiempo han permanecido y se han hecho fuertes hasta lograr su reconocimiento legislativo⁸⁸⁹. Vemos, por ende, que estas organizaciones aparecieron en un contexto de violencia, donde la nula y/o precaria presencia del Estado, incidió en que estas agrupaciones comunales enfrentaran conductas delictivas como el abigeato, luego en la década del noventa contra el terrorismo; por tales motivos, no podemos perder de vista que su creación no responde a un sistema de organización social *per se* sino a un mecanismo de control social de las conductas desviadas.

Se dice en el Fundamento 7, que de una primera lectura, meramente literal del texto normativo en cuestión, podría concluir que las Rondas Campesinas, en primer lugar, para ser tales, deben surgir y ser parte de las Comunidades Campesinas y Nativas –nacen de ellas e integran su organización–; y en segundo lugar, que no ejercen por sí mismas funciones jurisdiccionales, pues su papel sería meramente auxiliar o secundario.

El artículo 2° de la Ley de RC, dispone que: *“En los lugares donde existan Comunidades Campesinas y Nativas, las Rondas Campesinas o Rondas Comunales, se forman y sostienen a iniciativa exclusiva de la propia Comunidad y se sujetan al Estatuto y a lo que acuerden los Órganos de Gobierno de la Comunidad a los que la Ronda Campesina está subordinada”*. Por su parte, el Reglamento de la Ley en su artículo 5°, establece que: *“Las comunidades campesinas y las comunidades nativas, están facultadas a constituir dentro del ámbito de su territorio, una sola Ronda Campesina o Ronda Comunal, según corresponda, la que se forma y sostiene a iniciativa exclusiva de la propia comunidad y se sujeta a su Estatuto, y a lo*



889 GUERRA CERRÓN, M.E. *Hacia una Justicia de Paz...*, p. 43.

que acuerden los órganos de gobierno de la Comunidad, a la que la Ronda Campesina o Ronda Comunal está subordinada”.

De la lectura de los preceptos citados, se infiere claramente que la conformación de Rondas Campesinas está condicionada a la existencia de Comunidades Campesinas y Nativas, en tanto es decisión de la propia comunidad la constitución de las primeras.

La pregunta sería si las Rondas Campesinas puedan existir al margen de la existencia de Comunidades Campesinas y Nativas. Según la legalidad vigente la respuesta sería negativa, no obstante el Tribunal Supremo para afirmar la posición autonómica de las Rondas Campesinas, cita a Irigoyen Fajardo, quien señala que las Rondas Campesinas, (...), forman parte de un sistema comunal propio y, en rigor, constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen —estén o no integradas a Comunidades Campesinas y Nativas preexistentes— (Rondas Campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo. En: <http://www.alertnet.org/ryf-defensoria.htm>); lo anotado ha de ser concordado con lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, al utilizar el concepto de «Pueblos Indígenas», lo que implica otorgarles funciones jurisdiccionales desde una acepción lata según lo previsto en el artículo 35° del citado Convenio. No puede rebatirse el hecho de que las Rondas Campesinas constituyen Pueblos Indígenas.

Si los ronderos se han establecido en ciertas circunscripciones territoriales por tiempo significativo, aplicando sus propias costumbres y valores al margen de una Comunidad Campesina o Nativa, no habría porque negarle el derecho a ostentar un régimen jurisdiccional propio e independiente, siempre y cuando cuenten con los elementos indispensables de organización normativa, jerarquizada y territorial, como se señala líneas adelante. Máxime por la decidida actuación de estas comunidades en la lucha contra la subversión, por su historia y tradición, lo que magnifica su autonómica decisión



de instaurar y administrar justicia en el ámbito estricto de su ámbito territorial.

El artículo 7° de la Ley N° 27908, prevé que: *“Las Rondas Campesinas en uso de sus costumbres pueden intervenir en la solución pacífica de conflictos suscitados entre los miembros de la comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción comunal”*.

Al respecto, YRIGOYEN escribe que las rondas pasaron de ver casos de seguridad a la resolución de todo tipo de conflictos y problemas, teniendo como trasfondo la lógica de la reciprocidad andina y la búsqueda de la armonía comunal. Casos que eran ventilados durante años y con mucho gasto de dinero y tiempo por parte de los campesinos en las instancias judiciales, con las rondas los resolvían en horas, en el lugar de los hechos (especialmente si se trata de problemas de tierras), con todas las partes involucradas y con presencia de la comunidad, garante del cumplimiento de los acuerdos⁸⁹⁰.

En el Plenario se señala que son expresiones del mundo rural –de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados–, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes –organizan de cierto modo la vida en el campo–, y han definido –aún con relativa heterogeneidad– las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones.

Toda comunidad de gentes en su propio quehacer de la vida cotidiana, adquiere métodos y mecanismos de control social; aún en las sociedades más primitivas se identifican instrumentos de re-

890 YRIGOYEN FAJARDO, R. *Hacia un reconocimiento pleno de las Rondas Campesinas...*, p. 2.

acción social ante la perturbación de patrones comunes de convivencia. Lo que se pretende establecer, son los requisitos mínimos que debe ostentar una comunidad para poder detentar dicho poder de dirimir los conflictos que se suscitan entre sus comunitarios: una porción territorial donde se asientan sus pobladores, su permanencia por un tiempo significativo, cultivar, desarrollar y preservar un derecho consuetudinario que pasa de generación a generación así como la adopción de modelos de control social, en cuanto a la reacción comunitaria cuando uno de sus integrantes quiebra los elementales acuerdos del comunitarismo. Ante toda acción se promueve una reacción, como respuesta organizada de una sociedad basada en estatutos, reglas y prescripciones. Se establecen así reglas, procedimientos y sanciones, ante la aparición de conductas culturalmente disvaliosas. Es a partir de dichos datos a saber, que el Estado ha de reconocer dicha jurisdicción, pero concordada con determinados límites que no pueden ser desbordados.

Según lo anotado, el Tribunal Supremo en el Fundamento 8, declara que: "(...) en vía de integración y según los parámetros constitucionales ya abordados, ha de entenderse que las funciones referidas al control de orden y a la impartición de justicia son ínsitas a las Rondas Campesinas tanto si estas se originan en el seno de las citadas Comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas, puesto que, como el propio artículo 1° preceptúa, son formas autónomas y democráticas de organización comunal. Cabe resaltar que en muchos casos las funciones jurisdiccionales en cuestión se dan no solo como un intento de reivindicar sus propias esferas, sino que vienen propiciadas por la ausencia o casi nula existencia de presencia estatal".

Como sostuvimos –líneas atrás–, la impostergable necesidad de reconocer la vigencia fáctica y normativa de funciones jurisdiccionales a las Rondas Campesinas, no ha de ser explicado únicamente



sobre la base de la diferenciación cultural de los pueblos en el Perú, sino en la situación precaria de la Administración de Justicia, esto es la falta de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que repercute en las funciones preventivo generales positivas de la pena. No se puede afirmar la unidad de una Nación, cuando gran parte de su población se encuentra marginada y excluida de las bondades del Estado de Derecho; la reafirmación del orden jurídico y del Sistema Estatal reposa en el sentimiento de seguridad que ha de generar el modelo hacia los individuos.

En el Fundamento 9 del precedente, se define el «Alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera», habiéndose fijados los siguientes elementos:

- a) Elemento humano. Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural (...); no basta que se trate de un grupo étnico y/o racial asentado en un territorio determinado y que mantengan ciertas costumbres, sino de aquellas deben revelar cierta singularidad y distinción conforme a otras comunidades; si estas son semejantes a la de una vecina Comunidad Campesina, habrá que negar dicho elemento.
- b) Elemento orgánico. Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las Rondas Campesinas, precisamente, es esa organización comunal que, entre otras múltiples funciones, asume funciones jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social. Como todo modelo de comunitarismo, la organización de su vida orgánica no sólo ha de verse en el reconocimiento de prescripciones y reglas de actuación, sino que el acatamiento y desobediencia de dicha normativa parte de un sistema jerarquizado, donde ciertas personas asumen el control de dicho poder normativo

(jurisdiccional), cuya legitimidad se sostiene en el reconocimiento de las autoridades por parte de los comunitarios. La usurpación de dicha autoridad o la toma del poder por medios coactivos y violentos, deslegitima de plano la validez de las decisiones que hayan de tomarse desde dichas estructuras⁸⁹¹.

- c) Elemento normativo. Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales como procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia. No puede existir grupo social alguno, que se diga organizado, si no es que viene premunido de todo un sistema normativo, de prescripciones (prohibiciones y mandatos), de estricto cumplimiento para los comunitarios; es decir, la naturaleza coercitiva que se manifiesta en poderes sancionadores, resulta fundamental para garantizar su vigencia fáctica.

Se dice que el derecho consuetudinario es el derecho formado por la costumbre⁸⁹², importa la reiterada y permanente comisión de actos que por efecto del transcurso del tiempo se han convertido en una práctica generalizada y aceptada por todos los comunitarios. Cuestión importante a saber, es que el para que el derecho consuetudinario se aplique es necesario que sea conocido por el juez⁸⁹³; quien ha de interpretar y aplicar

891 Según la teoría del discurso pregonada por Habermas, sólo deben ser consideradas como normas válidas, aquéllas a las que todos los afectados puedan presentar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales; *Facticidad y validez*, p. 172.

892 SENTIS MELENDO, S. *El Juez y el Derecho*, p. 206.

893 SENTIS MELENDO, S. *El Juez y el Derecho*, p. 215.

la norma consuetudinaria debe ser alguien identificado con dichas costumbres. Resulta inaceptable que un foráneo sea quien imparta justicia en una comunidad regida por dicha clase de normas.

La normativa ha de comprender regulaciones de contenido material, la definición de modelos valiosos de conducta conforme a un confín axiológico, de fines que se persiguen y bienes que se pretenden tutelar. Aquellas se orientan a un *deber ser*, dirigen un mensaje a los destinatarios de las normas, para que éstos últimos las acaten, mediando una intimidación que se plasma en la posible ejecución de una sanción. Vistas desde la perspectiva pragmática, las normas son precisamente directivas, enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos, anota ATIENZA⁸⁹⁴.

Se puede decir que la característica esencial de una norma que pretende regir la vida de una comunidad social, es que viene autorizada y sancionada por una autoridad con suficiente poder de coercibilidad para exigir su estricto cumplimiento.

Por su parte, todo modelo social organizado que desea aplicar las normas a los casos concretos debe contar con procedimientos reglados, con instrumentos procedimentales que son activados por quienes se encuentran investidos con el poder de administrar justicia.

- d) Elemento geográfico. Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. El lugar de la comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la

894 ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*, p. 63.

Ronda Campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el interior de ésta.

El ámbito espacial es una condición imprescindible para el ejercicio de la función jurisdiccional; han de resolverse únicamente aquella conflictividad social que acontece en la circunscripción territorial de la Ronda Campesina. No respetar dicho marco territorial importaría usurpar funciones encomendadas a otras Comunidades Campesinas.

En la doctrina especializada se dice que el ámbito territorial no equivale (...) a tierras de *propiedad legal* del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera. Esto es importante porque en el Perú no todas las comunidades tienen tierras tituladas o perfectamente delimitadas, y actualmente la Constitución permite la venta de tierras comunales son que por ello desaparezca la comunidad como ente colectivo sujeto de derechos⁸⁹⁵.

Como una regla general del Derecho penal, es el lugar de la comisión del hecho prohibido, que determina el alcance y validez de la jurisdicción, para ello debe tomarse en cuenta la naturaleza de la acción u omisión, pudiendo generar ciertos problemas cuando los efectos antijurídicos se prolongan en el tiempo o cuando ha de ceñirse al momento consumativo⁸⁹⁶.

A lo anotado el Tribunal Supremo agrega el denominado «factor de congruencia», resultando que el derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Como todo derecho subjetivo,

895 YRIGOYEN FAJARDO, R. *Hacia un reconocimiento pleno de las Rondas Campesinas*, p. 8.

896 Al respecto tendrían que ser analizadas las reglas que sobre dicha temática se han reglado en el CP.



éste tiene límites, informado por el contenido esencial de los derechos fundamentales, referencia axiológica que no puede ser avasallada so pretexto de garantizar la identidad cultural e ideológica de las Rondas Campesinas. Así, al señalarse que trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil.

La impartición de Justicia es una de las misiones más excelsas del Estado Constitucional de Derecho, fundamental para garantizar la paz y seguridad jurídica en una comunidad de gentes. Y, si hablamos de la Justicia Penal, aquélla ha de ser concretizada de forma arbitrada y proporcionada, conforme a los bienes jurídicos que ha de cautelar. No puede desencadenar decisiones injustas, abiertamente exageradas y desmedidas, pues con ello se ingresa al campo de la irracionalidad; del mismo modo esta Jurisdicción Especial ha de ejercerse con pleno respeto a dichos valores esenciales, no se puede convalidar actuaciones jurisdiccionales que atenten contra la dignidad humana y resulten una ofensa contra los principios elementales de toda sociedad civilizada. En otras palabras dicho: el reconocimiento del pluralismo cultural y de una jurisdicción especial, no puede significar el amparo legal de manifestaciones abiertamente contrarias a la fijación programática contenida en el artículo 1° de la Ley Fundamental.

Líneas más adelante (Fundamento 10), se hacen más precisiones en cuanto al elemento objetivo, entre éstos: la existencia de una concreta norma tradicional que incluya la conducta juzgada por la Ronda Campesina; si el sujeto —u objeto— pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos guardan relación con la cosmovisión, debe tratarse de conflictos internos; frente a las personas que no pertenecen a la cultura o espacio cultural de actuación de las Rondas Campesinas —se presenta en tal virtud, un conflicto de naturaleza intercultural— la solución no puede ser igual. En todo caso, no se puede legitimar la imposición de una norma a un individuo que no la tiene arraigada en su interior,



que no reconoce como suyos dichos valores que se le atribuye haber lesionado por la Comunidad ronderil. Si un foráneo ingresa a dicha comunidad de paso y comete el injusto consuetudinario, no podrá ser sancionado según la norma tradicional, pero si aquél ha sido integrado en la comunidad, si podrá ser pasible de la sanción que la Ronda le imponga.

Luego, sobre la legitimidad de la actuación comunal-rondera, se condiciona a: (i) que la conducta del sujeto afecte el interés comunal o de un poblador incluido en el ámbito de intervención de la Rondas Campesina y esté considerada como un injusto por la norma tradicional –cuya identificación resulta esencial para el órgano jurisdiccional–; y (ii) que entre otros factores vinculados a la forma y circunstancias del hecho que generó la intervención de las Rondas Campesinas y al modo cómo reaccionaron las autoridades ronderas, objeto de denuncia o proceso penal- el agente de la conducta juzgada por el fuero comunal-rondero haya advertido la lesión o puesta en peligro del interés comunal o de su miembros y/o actuado con móviles egoístas para afectar a la institución comunal u ofendido a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales de las Rondas Campesinas o de sus integrantes.

Es de verse primero, que la conducta incriminada debe ajustar a los alcances de la norma tradicional-cultural, que puede o no coincidir con una tipificación penal de la codificación punitiva, así legitime la actuación de la Jurisdicción Especial, pues si los intereses jurídicos afectados son universales (nacionales), el acto ha de ser encausado por la Jurisdicción Común. Segundo, el agente debe ser consciente de haber lesionado y/o puesto en estado de peligro los intereses jurídicos comunales y, haber actuado con dolo en la esfera subjetiva del injusto. Ha de saber que su conducción conductiva resulta lesiva a los valores primordiales de la institución ronderil.

Sabedores que en el ejercicio de una función jurisdiccional pueden cometerse excesos, se fijó la limitación de dicha actuación



al contenido esencial de los derechos fundamentales. En tal entendido, serían constitutivos de un auténtico *injusto penal*, es decir adecuados a la construcción normativa de un tipo penal y carentes de un precepto permisivo (causas de justificación): (i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil–; se toma en cuenta aspectos en común con la configuración del delito de Secuestro, estamos frente a una privación de la libertad arbitraria, irracional, basada en motivos subjetivos, desprovistas de toda objetividad; (ii) las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; solo resulta admisible aquella coacción y/o despliegue de fuerza física necesaria para reducir los mecanismos de defensa del detenido. Aquella violencia que rebase los contornos señalados, implica un exceso, por tanto ingresa al campo de la *antijuridicidad penal*; (iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; estamos frente a actuaciones que tienden a anular la libertad y la esfera volitiva de la persona humana, atentan su dignidad, constituyen torturas que toman lugar en el decurso de una declaración investigativa⁸⁹⁷; (iv) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento–; la sanción penal para que sea legítima debe ser producto de un procedimiento donde las agencias de investigación y de persecución hayan acopiado y/o adjuntado suficiente material probatorio de cargo susceptible de enervar el principio de presunción de inocencia. No se puede condenar a alguien, sin haberle dado oportunidad de ofrecer prueba a su favor, de refutar la validez de las aseveraciones fácticas que sostienen el sentir de la acusación así como de ejercer cualquier mecanismo tendiente a ejercer el derecho irrestricto de defensa. Someter al detenido a una sanción sin

897 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, ps. 514-529



habérsele reconocido las garantías mencionadas, supone atentar gravemente contra los aspectos elementales de todo debido proceso, significa condenar a inocentes.

(v) la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; en otras palabras respeto fiel al principio de legalidad, sólo se pueden imponer aquellas penas previstas en la norma cultural, que de antemano el agente sabía que se le podía aplicar si es que incurría en la conducta incriminada; (vi) las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones– entre otras.

En general, han de ser proscritas toda sanción que manifieste un atentado contra la integridad corporal y psíquica del autor del hecho, no puede permitirse la vigencia de las penas corporales, so pena de ingresar a un estadio de involución, de oscurantismo, donde las prácticas estatales caracterizan un modelo ajeno al gobierno de la razón y de la justicia.

b. El rondero ante el Derecho Penal

El Derecho Penal –como violencia institucionalizada–, supone la injerencia de mayor intensidad en el marco de los bienes jurídicos esenciales de la persona humana, como reacción legitimada del Estado ante las conductas que perturban las bases existenciales de una comunidad social.

Como ciencia jurídica, propia de la dogmática, como elaboración conceptual de una serie de enunciados teóricos, pretende el Derecho penal dar solución a la conflictividad social producida por el delito, mediando la racionalidad y ponderabilidad que se obtiene de las fórmulas científicas que se elucubran en su seno.

El Derecho Punitivo, como toda disciplina científica ha de ejercer una valoración diferenciada, conforme a la naturaleza de las cosas; el Derecho Penal no puede estar al margen del reconocimiento



de una pluralidad étnica y cultural en el Perú, por tal razón se incluyó la institución del «Error de Comprensión Culturalmente Condicionado», bajo la construcción normativa cobijada en el artículo 15° de la PG del CP.

Los indígenas, los campesinos y nativos responden a valores, principios y costumbres distintos a los que se proclaman en el Estado nacional unitario, se produce una especie de barrera a la introyección normativa, a la interiorización de los mandatos y prohibiciones normativas privativas de la codificación común punitiva⁸⁹⁸. Estos pobladores no reconocen como suyos, los modelos de conducta que se pregonan en los dispositivos legales. No por ello, se les puede denominar «inimputables», como equivocadamente se les denominada en el CP de 1924, implicaba un trato discriminatorio y vejatoria de los pobladores de las comunidades indígenas.

Según lo anotado, cuando los comuneros cometen ciertas conductas revistadas de tipicidad penal, la lesividad de la conducta queda intacta, serían exonerados de responsabilidad penal según el «Error de Comprensión Culturalmente Condicionado», dependiendo de la presencia de los presupuestos que se detallan acápite siguientes. No obstante, el dictado del Plenario in comento, incide en una plano de valoración dogmática, privativa de la antijuridicidad, al haberse reconocido a las Rondas Campesinas *facultades jurisdic-*

898 Se expone en el Plenario (Fundamento 15), que las prescripciones del artículo 15° del CP —que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con los cánones culturales que al sujeto le resultan extraños—, porque los ronderos, como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad “oficial” como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado (...) [Juan Luis Modell González: *Breves consideraciones sobre la posibles responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 283].



cionales; señalándose en el Fundamento 13 (B), la aplicación de una causa de justificación, en especial la prevista en el artículo 20°.8 del Código Penal (...): cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho. Lo expuesto guarda coherencia con el alcance del fuero comunal rondero. Desde el primer caso –supuesto de atipicidad de la conducta– se descarta de plano, por ejemplo, el delito de usurpación de funciones (artículo 361° del CP) en la medida de que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada.

Como toda causa de justificación ha de estar revestida de ciertos límites y presupuesto de admisión, prohibiendo todo exceso y extralimitación de las funciones jurisdiccionales según criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

El respectivo test de proporcionalidad es el que debe realizarse para cumplir este cometido, para lo cual es de tener en cuenta los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por los ronderos en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, prevaleciendo siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales (Fundamento 14). La ponderación de bienes jurídicos en conflicto tiene como basilar el respeto a la dignidad humana, el derecho que tienen los ronderos de proteger sus bienes jurídicos más preciados, no resulta compatible con la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales, determinando un comportamiento necesitado y merecedor de pena.

En caso de que no se posible invocar la procedencia de una causa de justificación, se aplica el Error de Comprensión Culturalmente Condicionado (Culpabilidad), y si este no tiene la capacidad de anular plenamente la conciencia del sujeto, de motivarse conforme a Derecho, ha de proceder una atenuación de la sanción punitiva.

En resumidas cuentas, el Derecho Penal no puede instituirse en un instrumento neutralizador, conteste a la pluralidad étnica y racial que caracteriza a nuestra patria, desde una plataforma democrática ha de reconocer las matizadas diferencias que presentan los pobladores de las comunidades nativas, indígenas y campesinas, permitiendo al juzgador elaborar respuestas jurisdiccionales, que con meridiana razonabilidad conduzcan la respuesta penal a la pacificación social del conflicto promovido por la realización del comportamiento –social y culturalmente– negativo.

6.2. El Derecho Penal Cultural en el Perú y su Regulación en el CP

Siendo el legislador consciente de nuestra realidad cultural –que muestra a la Nación peruana como una confluencia heterogénea de diversas culturas–, contexto que exigía al nuevo *corpus* punitivo consagrar en una disposición el respeto por la identidad cultural y del derecho consuetudinario de los diversos pueblos que forman parte de un nuestro variopinto país.

La *ratio essendi* encuentra su basamento, en que el Derecho penal deje fuera de su ámbito protector, aquellas conductas socialmente aceptadas por los diversos pueblos que integran las Comunidades Campesinas y Nativas. El sujeto puede conocer la antijuridicidad del acto típico y penalmente antijurídico, pero no lo hace suyo por contradecir las normas culturales de su pueblo, por ende, decae fuertemente el merecimiento de pena por falta del reproche en que se funda la imputación individual.

El artículo 15° del CP reza así: “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

La «comprensión de la antijuridicidad», no sólo implica el conocimiento de la norma, sino también, que el ciudadano pueda



interiorizar la norma y aceptarla como “válida”, el receptor debe ser capaz de entender sin error el contenido de la prescripción y el sentido directivo que le atribuye el emisor; en estos casos la norma no produce sus efectos motivadores; al encontrarse el sujeto constreñido por una fuerte raigambre cultural. Mientras en el error de prohibición directo el agente no conoce la prohibición de la norma –puntualiza ARMAZA GALDÓS–, en el llamado error de comprensión, no obstante el conocimiento de ella, el sujeto no comprende las razones por las que determinadas conductas que él suele ejecutar, se hallan sancionadas⁸⁹⁹.

En la previsión *–in comento–*, la dificultad para la comprensión de la norma, radica en los condicionamientos culturales –el individuo se encuentra sujeto a otros valores culturales (normas autónomas) que guían su conciencia y que se alzan como un muro infranqueable que la norma jurídica (heterónoma) no puede avasallar–. Al respecto, nos describe PEÑA CABRERA: “El condicionamiento cultural puede llevarse a cabo no solamente cuando se cree estar conduciéndose lícitamente, sino, también cuando el agente ni siquiera se ha planteado seriamente las dudas sobre la licitud o ilicitud de su hecho”. Bajo tal entendimiento, puede que el sujeto conozca de antemano que existe una prohibición penal que es incompatible con sus normas culturales, dando preferencia a éstas últimas por encontrarse interiorizadas en su proceder de vida en sociedad. De ahí surge la disyuntiva o mejor dicho la discusión, si el error de comprensión cultural es una forma del error de prohibición o responde a una justificación distinta.

ZAFFARONI explica el error de comprensión culturalmente condicionado como un error directo de comprensión y conciencia di-

899 ARMAZA GALDÓS Julio: *El Condicionamiento Cultural en el Derecho Penal Peruano*. En: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo Siglo - Libro Homenaje al profesor José CEREZO MIR*. p. 544.



sidente, señalando que el error de prohibición directo no se agota con los casos que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o del alcance de la misma, sino que también abarca el caso en que, existiendo desconocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión. Este error —señala el autor— es una forma especial de aparición del error directo de prohibición, que se llama error de comprensión⁹⁰⁰. Son los casos en que el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo.

En realidad, estos supuestos tienen lugar especialmente cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes e incompatible⁹⁰¹.

Se parte de un punto convergente: el conflicto existente en el interior del sujeto, cuando los valores propios de su comunidad son incompatibles con las de derecho positivo nacional, el individuo puede que las conozca, pero no las reconoce como propias, por tanto decae al máximo el efecto motivador de las normas. Estas contraposiciones —como señala el autor argentino— obedecen a una sociedad compleja, donde se desarrolla una serie de culturas con sus propias normas y costumbres, lo cual debe ser respetado en un orden democrático de derecho, que reconoce a la pluralidad ideológica y a la diversidad como pilares del sistema democrático. Surge el autor por conciencia, el que incumple la norma por sentirlo como un deber de conciencia⁹⁰².

¿Quién es el autor por convicción? Aquel que no hace suyos los valores propios del ordenamiento jurídico, por estar fuertemen-

900 ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, p. 704.

901 ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, p. 704.

902 ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, p. 704.



te arraigado por ciertas concepciones ideológico-político-culturales, que sirven de sostén para justificar su ilícito accionar, no pudiéndose cobijar en este concepto aquellos que de forma franca y directa se oponen a respetar las reglas del Estado de Derecho, agrupaciones subversivas, etc. El que se encuentre en un error culturalmente condicionado puede ser –a juicio de Cerezo Mir– un autor por convicción, si conoce lo injusto formal y material de su conducta, pero cree que la norma no es vinculante para él por su pertenencia a otra cultura diferente. Pero no todo autor por convicción se encuentra en un error culturalmente condicionado⁹⁰³, pese a que la *lege lata* así lo sugiera (art. 15°).

Hemos subrayado, que en el error –*in examine*–, puede que el autor conozca de la prohibición penal y en otras ocasiones ni siquiera lo conoce, pues el fondo del asunto es que por más que conozca de la antijuridicidad, estas normas no son aprobadas por el sujeto, no forman parte de su condicionar intelectual que determina su conductividad, falta la conciencia del injusto.

Puede advertirse, entonces, una superposición entre el error de comprensión culturalmente condicionado y el error de prohibición directo, pues en ambos el autor desconoce de la antijuridicidad; pero si en el segundo caso el autor hubiese sabido de la prohibición penal, pudo haber adecuado su conducta conforme a derecho, situación que no es conducible al error de comprensión culturalmente condicionado; empero, como se apuntaló en la temática anterior, el error de prohibición tiene que ver también con la internalización de la norma, no basta pues un saber, para determinar que el sujeto estaba en capacidad de motivarse conforme a la prescripción normativa, se necesita algo más, por lo que el análisis deberá partir del individuo como tal y su relación con la ordenación social.

903 CEREZO MIR, J. *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit. ps. 230-231.



¿Puede el que actúa bajo el error de comprensión culturalmente condicionado, actuar a la vez incurso en un error de prohibición? No lo consideramos posible, pues como se dijo anteriormente se superponen; pero si el agente se encuentra desarraigado de los valores propios de su comunidad de origen, no hay problemas para admitir un error de prohibición.

El «error de comprensión culturalmente condicionado» tiene como fundamento el reconocimiento de las vivencias propias de comunidades que se han seguido desarrollando paulatinamente bajo ciertos esquemas valorativos, propiamente por costumbres que han ido subsistiendo de generación en generación, a pesar de coexistir con un orden jurídico que a veces puede resultar incompatible con su normatividad cultural.

Desde que nace, el individuo es sometido a todo un proceso de socialización, un proceso de adaptación al medio social circundante, valores, que le son impuestos por la familia y el entorno social: un proceso de aprendizaje que influirá de forma determinativa en el desarrollo personal del individuo. De tal forma, que el hombre se comporta de común idea con los valores que aprehende como suyos, como medio de integración social.

La realización de conductas delictivas por parte de los comuneros o indígenas y que puede dar lugar al error de comprensión culturalmente condicionada, debe partir de un análisis etiológico de la criminalidad de preguntarse acerca de los factores que llevan a un individuo a delinquir en sociedad, pero en este caso la interrogante debe incidir en factores socioculturales; premisa que no puede entenderse como un corsé de impunidad ante cualquier modalidad delictiva que se corneta en el seno de estas comunidades.

Es de verse, entonces, que en cualesquiera de ellas, se parte de un respeto común hacia los bienes más preciados, v. gr., la vida, el cuerpo y la salud, si el patrimonio es de orden comunal, claro está no podrá cometerse un hurto o una estafa; por consiguiente, no

podemos cobijar bajo esta eximente o atenuante de pena, aquellos comportamientos que suponen una grave afectación a los derechos fundamentales, contrarios a las normas de *ius cogens*.

Dicho lo anterior, el «error de comprensión culturalmente condicionado», debe como su propia terminología lo señala “condicionarse” a la concurrencia de ciertos presupuestos: 1. El sujeto que delinque debe haberse forjado, desarrollado su personalidad bajo los valores y normas que regulan la vida comunitaria de su pueblo o tribu, no podrán apelar a esta institución punitiva, quienes llevan viviendo años bajo la integración normativa del derecho nacional, pese a haber nacido en dicho pueblo o comunidad. 2. La realización de la conducta típica debe configurarse, en principio, en el territorio donde se encuentra localizada dicha comunidad de gentes, pudiendo ser la víctima un lugareño o una persona de dicha población social, sustrayendo de dicho ámbito, los acontecimientos que den lugar a la eliminación de la vida y actos de tortura, por más costumbristas que éstos sean, tal como sucedió en la matanza de Uchuracay en el año de 1989. 3. Sin embargo, el hecho típico puede dar lugar en un ámbito territorial foráneo, siempre y cuando el agente haya preservado sus costumbres, de acuerdo a su vida familiar, mas si el individuo ya se encuentra integrado plenamente a los valores del orden legal nacional, no podrá acogerse a esta eximente, sería insostenible que un abogado –de procedencia indígena– pretenda justificar una conducta típica de violación a la libertad sexual, apelando a razones culturales; 4. No solo puede presentarse un error directo, sino también indirecto, esto es, de que se realice una actividad lesiva a un bien jurídico a fin de salvaguardar un bien jurídico “superior” (supuesto estado de justificación); de que se dé muerte a un recién nacido que lleva consigo malformaciones congénitas, a fin de preservar la pureza de la raza.

Para ARMAZA GALDÓS, autor nacional quien ha profundizando el tema con sapiencia, escribe que no son tenidos como delitos, sí es que los aborígenes han desarrollado su propio sistema jurídico,



de acuerdo a los siguientes lineamientos: 1.-Si el comportamiento se practicase dentro de la comunidad vernácula y se afectasen a bienes de los integrantes del mismo grupo étnico, el hecho no ha de ser considerado típico (como no lo es en el Perú el adulterio cometido por peruanos, e incluso por extranjeros, dentro del territorio patrio). 2.- Cuando, a diferencia, del comportamiento se produce fuera del ámbito territorial del grupo cultural aborigen, o se afecte dentro de él a bienes de terceros no integrantes de dicho grupo, se aplicará la eximente del error de comprensión (art. 15), solo si el agente tuvo conciencia que su conducta fue antijurídica, pero no comprendió las razones por las que el Derecho oficializado la castigaba⁹⁰⁴.

Compartimos las ideas esgrimidas por el autor, pero bajo el añadido de los elementos descritos en el párrafo anterior.

Ahora bien, la determinación de la exclusión de punibilidad por razones de atipicidad requiere de una precisión: tal como el autor lo indica en el texto de su artículo, se toma en referencia la teoría de la adecuación social de WELZEL, a partir de la cual quedan al margen de relevancia jurídico-penal aquellas conductas que a pesar de adecuarse formalmente a los márgenes normativos del tipo penal en cuestión, son excluidos del juicio de tipicidad por su escasa nocividad social y por ser adecuados a una práctica común de la generalidad. Como se sostuvo en el apartado correspondiente, la teoría de la adecuación social tiene un valor subsidiario en el marco de la teoría de la imputación objetiva, como correctivo de interpretación extranormativo. Empero, solo aquellas conductas nimias por su escasa lesividad pueden ser consideradas «atípicas», si se produce una perturbación significativa en la integridad material del bien jurídico tutelado, éstas serán efectivamente típicas, v. gr., si se amputa un órgano del cuerpo de un niño a fin de realizar un

904 ARMAZA GALDÓS, J. *El condicionamiento cultural en el Derecho Penal peruano*, p. 553.



ritual religioso, no podrá admitirse una irrelevancia típica, deberá ser reconducido al artículo 15°, siempre y cuando se concurran los presupuestos antes anotados.

Por lo tanto, dependerá del grado de lesividad producido en el bien, para aplicar el error de comprensión, o en su defecto, excluyendo ya la conducta en un primer nivel valorativo, por cuestión de atipicidad.

6.3. Adecuación normativa a la problemática en cuestión

La pluralidad cultural, —manifestada por la diversidad de pueblos indígenas y comunidades campesinas—, que estructura nuestra variopinta Nación, desencadena —en determinadas ocasiones— un conflicto protagonizado por el orden jurídico nacional y el Derecho Consuetudinario imbricado en dichos pueblos.

Nos encontramos pues, ante un sistema compuesto por varios subsistemas, que dificultan una integridad sociocultural, que finalmente puede traer como resultado, el reconocimiento del orden jurídico nacional solo por algunos subsistemas. Ante ello escribe PEÑA CABRERA: “La aplicación por la fuerza de un Derecho oficial, evidentemente tiene que ser sentido como un acto de arbitrariedad”.

El momento en que el legislador busca los elementos inspiradores que lo guían a elaborar las convenciones jurídicas, adquiere gran relevancia; si bien es cierto que a veces es importante tomar como fuente creadora del Derecho la Legislación Comparada, lo que realmente cobra suma relevancia es que el legislador recoja los datos sociales que se extraen de la realidad nacional —producto de las demandas que emanan de las legítimas pretensiones de los ciudadanos—.

El Derecho Positivo debe ser el fiel reflejo de los valores sociales y culturales de una comunidad de gentes (*ius cogens*); una Nación con leyes inspiradas únicamente en el Derecho Comparado,



es una Nación que desconoce y niega su propia identidad cultura; nuestra legislación positiva importa la simbiosis de la subordinación de nuestra cultura hacia la occidental, de manera que los valores normativo-culturales nacionales, resultan debilitados, en su reconocimiento y vigencia normativa.

La Constitución Política de 1993 consagra en su artículo 2° inc. 19, que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural, y desde, una cosmovisión moderna reconoce la función jurisdiccional de las autoridades campesinas y nativas acorde con el Derecho Consuetudinario (artículo 149° *in fine*). Como escribe el constitucionalista BERNALES BALLESTEROS, ello “significa el reconocimiento a una modalidad de justicia que en muchos aspectos ha funcionado bien en las comunidades y otras formas de organización correspondientes a la diversidad cultural del Perú⁹⁰⁵.

Sin duda, el avance es plausible, empero al constituir la función de administración de justicia, compleja y complicada, su actuación debe ser regulada de acuerdo con los principios que inspiran a una justicia democrática y de respeto a los derechos humanos, para que en su operatividad no se quebranten los dictados basilares, que fundamentan el Estado de Derecho.

Las particularidades culturales y étnicas de todos los 58 grupos nativos selvícolas –población aproximada de 300 000 personas, sin incluir la quechua y la aymara– refuerza nuestra prédica en el sentido de reconocerles facultades, y que sean ellas mismas quienes administren justicia de acuerdo con sus valores culturales⁹⁰⁶; este es el único fundamento, que se le puede atribuir al artículo 15° del CP, pues, el ejercicio de la función jurisdiccional no puede significar la

905 BERNALES BALLESTEROS, Enrique: “La Constitución de 1993 - Análisis Comparado”, con la colaboración de Alberto Otárola Peñaranda, Editora RAO, quinta edición, 1999, p. 682.

906 PEÑA CABRERA, R., ob. cit.



violación sistemática de los DDHH, así como la contravención de los valores mínimos que cimientan una sociedad democrática.

La génesis de la norma –ante un eminente conflicto entre la norma jurídica oficialmente reconocida, con una norma cultural–, se solucionará por la preponderancia de la valoración al grupo cultural; si es que el autor, en base a una interpretación normativa errónea, producto de sus creencias y valores culturales, cree que su conducta no se encuentra prohibida por el Derecho, es decir, sobre su carácter antijurídico, no será factible someterlo al juicio de «Reproche personal»; es así, que los diversos grupos culturales y étnicos, podrán reivindicar sus valores y normas culturales, frente a un conflicto con la norma jurídico-nacional; asimismo, se reafirma el principio de solidaridad hacia el grupo.

Como se sostuvo en otros apartados –de la temática en cuestión–, el «error de comprensión culturalmente condicionado» se determina por el predominio de los valores que se desprenden en el arraigo sociocultural, quiere decir esto, que las normas del derecho positivo no llegan a interiorizarse en el factor motivador que guía el quehacer conductivo del individuo.

Son tan fuertes estas costumbres, que aun conociendo de la prescripción normativa, el poblador rechaza no sólo la aplicación de dichas normas, sino también la autoridad de ciertos funcionarios públicos, v. gr., PNP, fiscales y jueces, negándose incluso a recibirlos, cuando estas autoridades toman conocimiento de la noticia criminal y, sus autoridades comunales han tornado jurisdicción del asunto, privando de su libertad al sospechoso y sometiéndolo a una sanción; consecuentemente, en principio estos actos serían constitutivos de usurpación de funciones (art. 361°), coacción (art. 150°), secuestro (art. 151°), omisión de denuncia (art. 407°) justicia por propia mano (art. 417°), etc.; actos que si bien dan lugar a varios injustos penales, no pueden suponer la imposición de una pena, al disminuir significativamente la capacidad de «motivabilidad normativa».



Sea que se rapte a una mujer indígena en las serranías peruanas para obligarla a sostener relaciones sexuales, sea que se mate al hijo recién nacido de esas relaciones prematrimoniales o, finalmente, sea que se imponga el castigo corporal al adulterio aguaruna, no siempre el autor de esos hechos comprenderá que su actitud es reputada delictuosa⁹⁰⁷. Siendo así, escribe el autor, habrá la posibilidad de eximir de pena al agente⁹⁰⁸; lo cual no estamos de acuerdo, no podemos admitir tremenda impunidad, a través de los efectos eximentes del error de comprensión culturalmente condicionado, cuando se ven afectados gravemente derechos fundamentales, a lo más una atenuación de la pena por verse disminuido el grado de reproche personal.

Si pretendemos integrar los valores de la comunidad general hacia los demás pueblos del Perú, no podemos cargar de desvaloración estos de esta naturaleza; de *lege lata*, como apunta CEREZO MIR, podría considerarse que el error sobre lo injusto material o sobre el carácter penal de lo injusto, era vencible cuando la conducta afectara a derechos fundamentales de la persona⁹⁰⁹, circunscribiendo a las ofensas más graves. Para ZAFFARONI, la regla en cuestión no puede sostenerse con valor absoluto⁹¹⁰.

En definitiva, la última palabra la tienen los Tribunales de Justicia, quienes deberán ponderar los valores culturales de las comunidades sociales del Perú con el contenido esencial de los derechos fundamentales, de común idea con la función protectivo-preventiva del Derecho penal.

907 ARMAZA GALDÓS, J. *El Condicionamiento Cultural en el Derecho Penal Peruano*, p. 546.

908 ARMAZA GALDÓS, J. *El Condicionamiento Cultural en el Derecho Penal Peruano*. p. 546.

909 CEREZO MIR, J. *La Regulación del Error de Prohibición...*, p. 238.

910 ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, p. 706.



Realmente las normas que se desprenden del derecho nacional, no han ingresado a su mundo de valores (*interiorización normativa*), como guía de obrar ante sus congéneres, su aprendizaje primario ha sido conducido por las normas que regulan la vida de su comunidad y no por las del Perú oficial, puede incluso pensar que dichas normas son también obligatorias para él, pero no las reconoce como suyas; claro que en muchos de los casos ni siquiera la conoce.

La problemática de la diversidad cultural, es que no ha sido debidamente desarrollada por el derecho Positivo, donde la proyección normativa pasa por conductos deliberativos que no se conciben con el ideal de una democracia en realidad representativa, los legisladores no legislan en base al interés de dichos pueblos, sino en dirección opuesta, afirmando la primacía de los intereses de poder socioeconómicos, de las grandes empresas multinacionales y de los grupos de poder.

6.4. Análisis al artículo 15° del Código Penal conforme el Acuerdo Plenario N° 1-2015/CJ-116 - La interculturalidad en Derecho Penal

La Ley N° 30838⁹¹¹ modifica el artículo 15° de la PG del CP - “Error de Comprensión Culturalmente Condicionado”, incluyendo en su segundo párrafo lo siguiente: *“Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento”*.

911 Ley que se dirige a fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e intangibilidad sexual.



a. *El Concepto de Persona en la Construcción de un Derecho Penal llevado a la Interculturalidad*

Vivimos en un mundo configurado por personas, por individuos, por seres humanos portadores de diversas características, particularidades y singularidades, producto de patrones culturales, étnicos, antropológicos, sexuales e ideológicos de la más variada especie. Una descripción del estado de las cosas, que forma parte de la evolución de la humanidad como de la identificación de comunidades sociales (pueblos), que se fueron afincando en determinados territorios, no necesariamente unidos bajo una idéntica forma de ver las cosas, empero enlazados bajo los estatutos convencionales, legales y políticos que fue fundando y estructurando la organización.

El concepto de Estado, sostenido bajo los elementos de persona, sociedad y territorio, adquiere reconocimiento según su organización social, política y jurídica; un sistema organizado bajo nomenclaturas legales y políticas, mejor dicho una sociedad jurídica y políticamente organizada, donde todos los asociados se someten voluntariamente a las normas que se gestan desde la autoridad que la gobierna y la regenta. No olvidemos que el Derecho es la regulación del hombre (mujer) en sociedad, una suerte de composición heterónoma del Estado sobre las personas, que adquiere firmeza imperativa a través de su naturaleza coactiva.

Estas sociedades compuestas por un sinnúmero de personas, no son pues homogéneas, al develar características de distinta índole, con una identidad social «heterogénea», *ni idéntica, por diversas razones histórico-social, pero que igual se ven obligados a acatar las prescripciones legales que el sistema oficial estatal le impone*. Una cosa es la unidad normativa a la cual todos los ciudadanos están ligados, enlazados y obligados a cumplir, mas una muy distinta es que sus integrantes cuenten con valores, creencias, culturas, ideologías y religiones diversas, eso es algo que todo Estado civilizado y democrático debe respetar, sostenido sobre la plataforma programática

de la «tolerancia». Arquetipo sustancial de toda sociedad que se diga ser respetuosa de los derechos humanos, tanto desde un plano individual como colectivo.

La «persona» es una unidad bio-psico-social desde su estructura antropológica y espiritual; condición ontológica que nunca pierde, aun estando privado de su libertad en un presidio, lo que pierde es su capacidad locomotora nunca su libertad moral, y esto es algo que nunca puede dejarse de lado, sobre todo en el ámbito del Derecho penal, cuya descarga coactiva sobre la esfera de libertad ciudadana, solo será legítima mientras no deje de reconocer dicha condición óntica-normativa, lo cual separa el Derecho penal libertad del Derecho penal autoritaria, este último de vocación negadora de la condición misma de persona (*Derecho penal del enemigo*).

La libertad constituye el núcleo existencial del “ser humano”. De ahí que el “ser humano” no se reduzca a pura naturaleza —exclusivamente a la materia— sino que es, simultáneamente, un ser “espiritual”, como afirma magistralmente FERNÁNDEZ SESSAREGO. El “ser humano” trasciende la naturaleza. Es el espíritu de la libertad, y no solamente la razón, lo que caracteriza al “ser humano” y lo hace distinto de los demás entes del mundo (¿Qué es “Persona para el Derecho?”; Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001 y en “Derecho PUC”, N° 53, Universidad Católica, 2002). Como este destacado autor lo define, la “persona” es un ser humano viviente, que valora para proyectar su vida, situado en una relación jurídica con los demás, la que es regulada por normas jurídicas que le atribuyen una determinada situación jurídica subjetiva, es decir, un plexo de derechos y deberes. Se sitúa el plano ontológico, con su vinculación jurídica (basada en la “axiología”) llevada a su sociabilidad, como ente jurídico que cuenta con una serie de derechos objetivos, a su vez obligaciones.

Identificar la naturaleza jurídica de las instituciones, su sentido y carácter, es misión irrenunciable por parte de la ciencia del Dere-

cho, en clave a fundamentos programáticos, que puedan asentarse en el complejo valorativo que sostiene nuestro ordenamiento jurídico; de vital importancia, en contextos donde proliferan doctrinas penales foráneas, llenadas de una atractiva terminología y construcción normativa innovadora, pero que llevada a realidades sociales —como la nuestra— puede terminar por transgredir los conceptos nucleares que deben desprenderse de la intervención del Derecho penal en un orden democrático de derecho, que debe tener como arquetipo los principios contenidos en el texto «ius fundamental» (“igualdad” y “tolerancia”).

La norma jurídica está fundamentada en la interacción social que determina lo prohibido y lo permitido (adecuación social), pero esta adecuación social viene determinada por las valoraciones hegemónicas de la sociedad que son captadas luego por el legislador, acota CHANJAN DOCUMET, analizando la concepción de norma, persona y sociedad de JAKOBS. Es decir, la adecuación social no es una suma de valoraciones subjetivas. De esta manera el sujeto pasa de ser un simple individuo con intereses subjetivos diversos a ser una persona con un rol social determinado, que cumple una función comunicativa y genera expectativas en los demás, expectativas que son aseguradas mediante las normas jurídicas⁹¹². Sí, desde una visión estrictamente *sistémica*, la identidad social puede venir definida desde un punto de vista normativo, de hecho las personas que viven bajo determinados estatutos legales y jurídicos, se enlazan a través del orden jurídico, dando lugar a comunicaciones, sentidos y significados, sin embargo la visión personalista, implica un lineamiento y concepción distinta, de que el Derecho debe servir al ser humano y no al revés, no podemos admitir la instrumentalización de la persona para fines ajenos a sí mismo.

912 CHANJAN DOCUMET, F.H. *El denominado “Derecho Penal del Enemigo” y el Pluralismo Cultural y Jurídico*. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, cit., p. 334.



Como afirma KANT el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa. Los seres irracionales, como los animales, pueden ser *medios para*, por ejemplo, la alimentación, en cambio la existencia de las personas es un valor absoluto y, por ello, son merecedoras de todo el respeto moral mientras que la discriminación, la esclavitud, etc. son acciones moralmente incorrectas, porque atentan contra la dignidad de las personas.

Estando a lo anterior, las postulaciones jurídicas que han de plasmarse en los modelos político criminales, han de tomar en cuenta la diversidad cultural de los pueblos asentados en el territorio geográfico de los Estados como de no negar nunca el concepto de dignidad humana, en el fin legítimo de reprimir las conducta de mayor grado de perturbación social. El uso y aplicación del Derecho penal en una sociedad mínimamente civilizada, debe guiarse bajo derroteros de razonabilidad y proporcionalidad; si esto no es así caemos en la fatalidad de construcciones normativas tendientes a degradar el concepto de «persona», para pretender legitimar intervenciones desmedidas y desproporcionadas del «ius puniendi» estatal. Tampoco esa pretensión de homogenizar a la sociedad bajo una sola identidad normativa, algo impensable, en países como el Perú, pluriétnicos y multirraciales, ese es precisamente el problema de algunas teorías penales que intentan desarrollar los conceptos mencionados, al margen de los textos constitucionales. A decir de doctrina especializada, la Constitución y el Derecho (la norma jurídica en el contexto peruano no es solo un instrumento de convivencia paralela al servicio de las distintas culturas coexistentes, sino que constituye un reconocimiento jurídico del derecho a la autonomía de las comunidades indígenas. De ella por tanto emanan deberes positivos de actuación del Estado, para proteger y asegurar los derechos de dichas minorías⁹¹³.

913 CHANJAN DOCUMET, F.H. *El denominado "Derecho Penal del Enemigo" y el Pluralismo Cultural y Jurídico*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, cit., p. 340.



De manera, que el Derecho penal debe estar en armonía con los valores y principios consagrados en el texto «ius fundamental» y ello significa que debe encaminar su aplicabilidad en el marco que precisamente regula la Carta Política, donde la cristalización normativa de reconocer constitucionalmente la heterogeneidad cultural en nuestra Nación, forma parte de ese crisol democrático, de que todos los ciudadanos al margen de la cultura que pertenecen, merecen ser tratados por igual por el sistema jurídico en su integridad, más que eso, de que no sean objeto de punición aquellas conductas que dimanen de su derecho consuetudinario, siempre que no resulten lesivas al contenido esencial de los derechos humanos. Como lo ha dejado sentado el TC (Exp. N° 00017-2011-PI/TC), de forma específica en el fundamento 4.3: *“(...) es que en el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales.* (Exp. N° 0012-2006-PI)”; así también, la CS en el AP N° 1-2016/CIJ-116 (Fundamento 10), al sostener que: *“El ordenamiento jurídico no se fundamenta solo en la Ley, entendida esta como el acto que emana del legislador, sino en la Constitución Política del Estado. Dicha afirmación se basa en la razón misma que motivó la creación de este instrumento normativo: la definición de los principios y valores que caracterizan a una sociedad en concreto. En el mundo existen distintos tipos de esquemas valorativos y de principios jurídicos. Aquellos valores que defiende nuestro modelo constitucional no tienen por qué coincidir con los valores que defiende otra sociedad. Se trata de sociedades distintas que tienen concepciones diferentes de ellas mismas y de las relaciones entre las personas que las conforman”*.

Estos argumentos son claves, para poder entender correctamente, que no se puede legislar ni interpretar la Ley penal, al margen de la Constitución Política del Estado, sobre todo extrapolando teorías postulados conceptuales que vienen de otras culturas y sociedades, como bien lo afirmaba el maestro PEÑA CABRERA Raúl,

debe construirse un «Derecho Penal Peruano» y esto importa colocar en un primer nivel de la discusión nuestra identidad cultural.

b. La Interculturalidad y el Derecho Penal

La interculturalidad en el Derecho penal es y ha sido objeto de valoración por la doctrina y la jurisprudencia de manera nada uniforme y poco coincidente al momento de asumir una determinada teoría de la justicia. Sin duda, el monismo jurídico que impera en nuestras sociedades democráticas como el universalismo que regenta la cosmovisión del estado de las cosas no ha permitido afincar criterios jurídico penales asentados en la idea de la diversidad y diferencia cultural e ideológica que se identifica en muchas naciones, como el Perú, que en el apartado constitucional pertinente, reconoce una nación «pluricultural» y «pluriétnica», como las masivas inmigraciones sucedidas en occidente por diversas etnias y nacionalidades, por tanto personas que predicán diversos cultos y religiones, dogmas de fe, cuya práctica cotidiana por dichos creyentes puede significar en algunas oportunidades la infracción de leyes penales, por tanto la vulneración y puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por las codificaciones punitivas de los Estados.

El tema pasa por dilucidar, como es que los tribunales de justicia deben resolver el conflicto entre la obligatoriedad de acatamiento de la prohibición penal con las costumbres que cultivan ciertos grupos culturales, cuando estas últimas las trasgreden de manera cotidiana y sistemática. Considerando al efecto, que los principales valores que asientan un Estado constitucional y democrático de derecho es el respeto a la igualdad y la tolerancia a la diversidad, entonces estos valores democráticos no pueden ser dejados de lado por la justicia y el derecho al momento de resolver esta conflictividad social de forma racional, sabedores que el Derecho penal importa violencia institucionalizada, afectación a las libertades funda-

mentales de los individuos. *Una suerte de dialéctica irreconciliable, pues el Derecho punitivo protege bienes jurídicos afectando bienes jurídicos.*

A su vez, debe comprenderse también que algunas de estas costumbres culturales que se cultivan de generación en generación pueden resultar lesivas al núcleo fundamental de la persona humana, v. gr., una cosa es admitir relaciones sexuales tempranas con personas menores de 14 años, existiendo una relación afectiva y prole de por medio, y otra muy distinta la extirpación de clítoris o de otros órganos, etc., o como se dice en el Acuerdo Plenario N° 1-2015/CJ-116⁹¹⁴, en cuyos fundamentos 6 y 7, se expone lo siguiente: “(...) *La presencia de esta clase de delitos y de procesos penales marca sus mayores indicadores de frecuencia en los Distritos Judiciales de Cajamarca, Loreto, San Martín, Ayacucho, Puno y Cuzco. La mayoría de estos casos guarda relación con la existencia de patrones culturales tradicionales que inciden en la potenciación de la vulnerabilidad sexual de niñas y adolescentes menores de 14 años. En lo esencial, por ejemplo, es común encontrar como razón etiológica de estos sucesos una arraigada tolerancia y fomento social en las comunidades campesinas y amazónicas, ubicadas en aquellas áreas geográficas del territorio nacional, hacia el sometimiento a prácticas sexuales tempranas de las niñas o adolescentes desde que ellas comienzan a menstruar. Para los investigadores de esta actitud cultural, ella refleja un consolidado modelo histórico de discriminación social y política de la mujer indígena que tiene un origen y connotación androcentrista*” [Cfr. Villanueva Flores, Rocío: Constitucionalismo, pluralismo jurídico y derechos de las mujeres indígenas, en Revista de Derecho Público N° 32, Enero-Junio 2014, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, p. 17 y ss.]. Es más, dicho patrón cultural se reproduce en los siguientes comportamientos y creencias:

914 Asunto: Sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes.

1. Toda menor de edad que menstrúa puede mantener relaciones sexuales y ser sometida a ellas.
2. Prácticas arraigadas de matrimonios arreglados para niñas o adolescentes menores de catorce años.
3. Venta de niñas o adolescentes menores de catorce años con fines matrimoniales.
4. Validación y tolerancia del “robo” (rapto).
5. Legitimación de prácticas sexuales tempranas consentidas.

Existen pues situaciones límites que no pueden generar intolerables impunidades, en cuanto al respeto al contenido esencial de los derechos humanos, que no se pueden ver afectados so pretexto de amparar la diversidad cultural, de vital trascendencia como es el libre desarrollo de la autorrealización de la persona humana, llegando inclusive a anclar en lo más sensible del hombre (y la mujer), esto es, su intrínseca dignidad. Como derecho humano internacionalmente proclamado, se estima doctrinalmente, el reconocimiento de la diversidad/identidad cultural no se concibe en términos absolutos: el ejercicio de este derecho debe significar también el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales⁹¹⁵.

El asunto pasa pues en definir o mejor dígase dilucidar, como la justicia debe procesar estas situaciones de confrontación inter cultural aplicando las diversas teorías e instituciones del derecho penal que viabilizan una exoneración de responsabilidad penal o en su defecto una mitigación de la pena por parte de los tribunales

No podemos admitir la imposición de una cultura sobre todo, no existe un monopolio imperativo categórico de una sobre otra,

915 PORTILLA CONTRERAS, G. *El Derecho Penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría jurídica del delito*, cit., p. 12.



pero si debe partirse de un confín de valores que debe ser respetados por todos: el contenido esencial de los derechos humanos, sobre dichos cimientos debe construirse todo el edificio legal y constitucional.

Una teoría democrática comunicativa de la justicia debe permitir el diálogo entre los diversos actores, donde la interculturalidad incida en el diálogo permanente entre los diversos actores. El concepto de interculturalidad, se dice en la ciencia, ha sido acuñado desde las ciencias sociales como una teoría política y filosófica que valora la existencia de culturas no occidentales, critica la perspectiva eurocentrista de formación de conocimientos y apunta a la deconstrucción y cuestionamiento de la pretensión universalista de la mirada occidental⁹¹⁶.

Dicho así, defender un Derecho penal intercultural, desde el principio de respeto a la diversidad cultural y la igualdad de culturas, requiere el esfuerzo de adecuar el significado y contenido de los derechos y garantías fundamentales, como referencia universal, a la especificidad cultural del sujeto que infringe el derecho es una forma de introducir el *diálogo intercultural* como criterio hermenéutico más complejo y amplio⁹¹⁷.

Un pluralismo ideológico una nueva cosmovisión de las cosas, el desarrollo de una ideología cultural coherente con los principios de igualdad y diversidad. Diversidad - identidad cultural - igualdad - derecho fundamental de los pueblos a tal reconocimiento por la justicia, conforme la proclama de tratados y convenios internacionales

Derecho humano, elevado a rango constitucional, así conforme el convenio 169 OIT. De ahí, que el tratamiento jurídico penal de estas situaciones de conflictividad social y cultural han sido abordados jurisprudencialmente.

916 ROYO LETELIER, M. *Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad*. En: Política criminal, versión on line, Vol. 10, n° 19, Santiago, 2015, cit., p. 7.

917 PORTILLA CONTRERAS, G. *El Derecho Penal entre la indiferencia y ...*, cit., p. 8.

A través de las instituciones jurídico-penales, del «error de prohibición» y el «error de comprensión culturalmente condicionado», afinadas ambas en la supra y amplía categoría dogmática de la *reprochabilidad personal*, la primera considerando defectos cognoscitivos de normatividad en la esfera intelectual del agente —sólo en determinados ámbitos de la criminalidad— y el segundo, precisamente basado en la diversidad étnica cultural que puede caracterizar a muchas sociedades, de innegable utilidad en un sistema de justicia, que no puede hundirse en un esquematismo una visión lineal del estado de las cosas.

c. Análisis del Acuerdo Plenario N° 1-2015/CJ-116

16°. El artículo 15° del Código Penal regula una causal de exculpación, plena o relativa, que opera en aquellos casos donde la realización de un hecho que la ley penal califica como delito, le es imputado a quien por su cultura y valores originarios no puede comprender tal condición antijurídica y, por ende, tampoco está en capacidad de determinar su conducta conforme a tal comprensión. *Siempre referida al reproche individual que recae sobre el autor por haber cometido el injusto penal, por lo que el examen debe penetrar en lo más profundo del ser del agente, en retrospectiva y en presente, para saber que tan accesible era a motivarse conforme la norma de conducta; no se trata propiamente de que el agente no conozca de la antijuridicidad penal de su conducta (error de prohibición), puede saberlo inclusive, lo que sucede es que la interiorización de la norma consuetudinaria es de tal calado, que se superpone a la ley codificada por el Estado, impidiendo que el autor dirija su conducta conforme esta última.*

La doctrina penal nacional ha aportado en torno a dicho dispositivo legal diferentes lecturas y funciones dogmáticas. En tal sentido, se le ha considerado como una modalidad especial de error de prohibición o de causal de inimputabilidad o incapacidad penal [Conforme VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal. Parte General*, Grijley,

Lima 2013, p. 622 y ss.; HURTADO POZO, José - PRADO SILDARRIAGA, Víctor: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4° edición, Tomo I, Idemsa, Lima 2011, p. 608 y ss.; MEINI, Iván: *Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría General del Delito*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2014, p. 153 y ss.].

Ahora bien, la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo –mejor dicho institución jurídico-penal–, afecta siempre la punibilidad del hecho ilícito imputado. Por consiguiente, si se cumplen sus presupuestos normativos el agente, según los casos, no será sancionado penalmente (opera como exención de pena) o se le aplicará una disminución punitiva; *será en todo caso, o una exención total de responsabilidad penal (“invencible”) o una disminución del reproche personal de culpabilidad con efectos atenuantes (“vencible”)*. Acá el carácter del injusto penal queda intacto, es un asunto a ser analizado en el plano estricto de la *imputación individual del agente* (reproche en esencia personal).

Los riesgos o impactos negativos, derivados de una aplicación judicial indebida o distorsionada de tales efectos de exoneración o disminución punitiva, al recaer sobre potenciales autores de delitos tan sensibles para la comunidad nacional, como son las agresiones sexuales contra niñas y adolescentes menores de catorce años, proyectan un equivocado mensaje psicosocial de tolerancia o validación judicial de un acto delictivo. Esto es, transmiten o promueven una sensación colectiva de impunidad frente a la cual solo se esgrime como justificación el origen cultural del infractor, lo cual, por su insuficiencia o argumentación aparente, resiente toda concesión razonable de tutela jurisdiccional efectiva para los derechos fundamentales de las víctimas. *Hay algo muy importante que destacar –a este nivel de la argumentación–, que las instituciones jurídico-penales que eximen o atenúan la responsabilidad penal del agente, no operan de forma automática, pues requieren de su rigurosa valoración judicial, donde la parte que la alega (imputado) está en la obligación de acreditar la concurrencia de todos sus presupuestos de configuración*

legal, lo contrario importa desnaturalizar la esencia y naturaleza de estas instituciones, que a la larga su errónea aplicación por parte de los Tribunales hace decaer los efectos motivadores de las normas penales, los sentimientos de justicia de la comunidad como debilitar la cohesión del colectivo con el ordenamiento jurídico en su conjunto; como se dice en el AP, una percepción de impunidad, con ello el fin protector del bien jurídico no se cristaliza en la realidad fáctica.

Es más, como advierte un sector de la doctrina, tales prácticas erradas de la judicatura, sobre la interpretación y los límites constitucionales de la diversidad cultural, solo expresarían “una contradicción paradójica en el sistema: garantizar los derechos fundamentales de la persona y, al mismo tiempo, considerar eximentes de pena a pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos derechos” [Hurtado Pozo, José - Prado Saldarriaga, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parte General, ob. cit., p. 614]. *Se debe partir de una premisa fundamental, al importar la aplicación de esta eximente de responsabilidad penal, el no castigo, por tanto la falta de tutela de la intangibilidad sexual, es que se debe ser en suma cauteloso, donde la presunción es que el agente que ha vulnerado este bien jurídico, lo ha hecho, siendo portador de una culpabilidad plena y no al revés.*

En otras palabras, el derecho a los pueblos a preservar y hacer respetar sus costumbres, esencial en un Estado constitucional de derecho, no puede a su vez instituirse en una herramienta legal destinada a desconocer y vaciar de contenido otros derechos, como el principio de dignidad humana y de autorrealización personal; el radio de acción de instituciones —como la examinada—, no puede socavar el substrato material de los «derechos humanos». Es sobre esta base criminógena sobre la cual opera generalmente el error de comprensión culturalmente condicionado y la que de hecho ha provocado estos cuestionamientos por parte de la CS, alimentada por información de organismos no gubernamentales.

Por tanto, pues, deben fijarse lineamientos ideológicos y prácticos que posibiliten una atinada gestión de los procesos penales por

tales delitos, a la vez que vinculen a los jueces penales con una delicada y escrupulosa aplicación del artículo 15° del Código Penal a los imputados. *Vaya que en el país, para que el sistema de justicia pueda caminar acorde a los valores democráticos principistas y así cautelar el ejercicio racional y ponderado de las instituciones jurídico-penales es que se torna en necesaria elaborar criterios interpretativos, en principio vinculantes para todos los operadores jurisdiccionales.*

En coherencia con tales finalidades, es menester que los órganos jurisdiccionales penales de todas las instancias adopten y utilicen los siguientes criterios:

- (i) Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15° del Código Penal, a fin de que éste no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años. Por tanto, deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimiento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal. *(Proscrita su aplicación cuando subyace una relación de parentesco entre la víctima y el victimario, relación ascendente descendiente u otro afín, cuando el agresor es el padre, tío, pareja de la madre de la menor o adolescente - pederasta; se tiene una relación de ventaja, asimetría, de aprovechamiento que merece su reproche penal, sea por el artículo 170° o 173° del CP⁹¹⁸, dependiendo de la edad cronológica del sujeto pasivo).*

No siendo, en ningún caso, excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de compensación, toda vez que la vulnera-

918 Considerando la reforma del mismo, vía la Ley N° 30838, incluyendo la modalidad de aprovechamiento en entornos de coacción, que impide a la víctima dar su libre consentimiento; *Delitos Sexuales y el Acoso Sexual*. Ediciones Legales, Lima, 2019.

ción de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna. *Es común pues, en ciertos lugares de nuestra extensa geografía, en ciertas comunidades (campesinas y nativas), ver como los padres o dígame progenitores de los adolescentes, actúan como si tuviesen un título de propiedad sobre sus descendientes, procediendo a transar con el agente sexual de manera económica, para no denunciarlos, así forzar un matrimonio arreglado, donde la voluntad de la víctima es lo que menos importa, sin interesar los efectos lesivos producidos al bien jurídico tutelado.*

Esto es algo que no se puede tolerar, que llevada a la punición, podrían estas personas asumir responsabilidad penal por el delito de trata de personas (y sus derivados), máxime si estamos ante bienes jurídicos –que por su naturaleza–, no pueden ser disponibles por terceros, ni siquiera por su propio titular (mayores de 14 años o no), cuando lo que se afecta es la *dignidad humana, como sucede en el caso de los delitos de trata de personas y las diversas variantes de explotación* (Ver, reforma Ley N° 30963 de junio del 2019).

Al respecto, se valorará la fenomenología casuística relevante como las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad y las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho, la existencia de formas de negociación o arreglo para la entrega con fines de prácticas sexuales de la menor al margen de su voluntad y consentimiento, la aceptación de formas posteriores de composición o indemnización, la constitución y duración forzada de un estado de convivencia posterior a los hechos, el grado de aculturación adquirido por el imputado, entre otros análogos, los cuales deberán ser apreciados y motivados en cada caso por el juez para decidir su relevancia intercultural o su significado de

género. Todas estas variables y/o aristas deben ser analizadas de forma escrupulosa, tomando en cuentas las características particulares de víctima y victimario como la forma de cómo se entabló la relación entre ambos.

En el AP N° 7-2007/CJ-116, –primero sobre materia sexual–, el alto tribunal de justicia, indicó en el fundamento 11°, un criterio importante, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalado, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso *sub judice*, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:

- a. Que la diferencia etarea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
 - b. Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
 - c. Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
 - d. La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.
- (ii) La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia. La pericia antropológica es obligatoria e imprescindible, en todos los casos, para decidir la aplicación del artículo 15° del Código Penal.

El órgano jurisdiccional debe, además, supervisar que la pericia sea practicada por un profesional idóneo y con experiencia acreditada en la materia. En cuanto a su contenido y alcances, la pericia antropológica debe centrarse en el origen de la costumbre invocada y en su validez actual, procurando aus-



cultar la presencia de vetas de ilustración en el entorno cultural de los sujetos involucrados, las cuales evidencien procesos de cuestionamiento o rechazo del sometimiento de menores de catorce años a prácticas sexuales tempranas. *Un tema tan delicado y sensible, como es la esfera sexual de los niños y adolescentes, no puede ser dejado a cualquier profesional o técnico, solo aquellos que cuenten con la suficiente experticia y conocimientos sobre interculturalidad, son los llamados por ley; así debe auscultar en los orígenes desarrollo y pervivencia costumbrista de la cultura a la cual pertenecen el sujeto activo y pasivo, queda claro, que un foráneo de la misma no puede invocar su aplicación, solo los lugareños. De esta manera, identificar cual es el grado de aceptación de este tipo de relaciones sexuales tempranas, las cuales no pueden ir en contra de ciertos principios fundamentales, en cuanto a la protección de la monogamia, así como prohibir toda relación que se sostengan sobre vínculos de poder.*

Asimismo, sobre la existencia de normas, procedimientos o formas de sanción que se apliquen a las agresiones sexuales en agravio de niñas y adolescentes o que no brinden a estas una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia. El juez competente debe también advertir al perito sobre lo impertinente de todo contenido o conclusión pericial que pronuncie por aspectos de carácter jurídico o de naturaleza procesal o punitiva, o que descalifique a la víctima. Es pertinente, pues, recomendar que las pericias antropológicas se estructuren siguiendo un orden metodológico y expositivo homogéneo. Para ello, por ejemplo, es recomendable la estructura referida por la *“Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos en causas Indígenas”* elaborada por GUEVARA GIL y cuyos aportes principales se transcriben a continuación y se incorporan con sentido orientador en este Acuerdo Plenario [Conforme GUEVARA GIL, Armando - VERONA, Aarón - VERGARA,



Roxana (Editores): *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima 2015, p. 221 y ss.].

Es de recibo, que los procedimientos indagatorios e investigativos, referidos a violencia sexuales, teniendo como víctimas a niños y adolescentes, deben tener como punto de partida, el grado de sensibilización que los operadores jurídicos deben de tener ante agraviados –especial y particularmente vulnerables–, a fin de evitar una segunda victimización, lo que ya tiempo atrás la política criminal y los lineamientos jurisprudenciales de la CS, habían trazado de forma transversal y homogénea. En este orden, antes del abordaje estrictamente jurídico, se debe proceder al examen antropológico por medio de una pericia especializada, donde los expertos sobre la materia en cuestión puedan dar una descripción real del estado de las cosas, anclando en aspectos propiamente singulares de la víctima, así como el entorno social y cultural como su relación con el agresor.

Según dicho documento ilustrativo toda pericia antropológica debe contener, mínimamente, tres partes y que son las siguientes: “1. La primera parte debe incluir la descripción de la preparación del peritaje, la actuación de los métodos y técnicas de investigación, y el ordenamiento de los datos en función de la consulta hecha y del problema señalado por el juez o fiscal. 2. La segunda parte debería considerar los puntos sobre los que versará el peritaje, ordenados de acuerdo a la lógica de los hechos y fundados en los principios de la investigación antropológica. 3. La última parte deberá incluir la conclusión del peritaje; es decir, la opinión o dictamen del perito sobre la consulta formulada por el magistrado. En este punto también podrá apoyarse en las fuentes secundarias consultadas y en todo el material (escrito o visual) recopilado que le sirve de fundamento para sustentar su dictamen.” En cuanto a su sistemática formal e interna, las pericias antropológicas, si-



guiendo la propuesta del citado documento orientador, debe configurarse observando el siguiente esquema:

a) La procedencia b) Los antecedentes c) El nombre del procesado d) El motivo del análisis e) El método de análisis y las técnicas usadas f) Los resultados g) Las observaciones h) Las recomendaciones i) Las conclusiones.

- (iii) La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para contrastar, complementar o posibilitar una mejor valoración judicial de las conclusiones de relevancia intercultural aportadas por las pericias antropológicas. Por ejemplo, la autoridad judicial a cargo del caso puede solicitar o aceptar informes (*amicus curiae*) o testimonios complementarios o supletorios provenientes de las autoridades comunales o ronderiles, que coadyuven a la validación, contraste crítico o reemplazo de las pericias antropológicas requeridas. *Las ciencias sociales, así como responder a un método procedimental en su aplicación, deben también nutrirse, alimentar de los datos reales que toman lugar en el mundo de los hechos, considerando en este caso las normas costumbristas, que perviven en determinada comunidad y así ver si resultan aún legítimas, no solo considerando la aquiescencia y tolerancia de tales prácticas por parte de los miembros de dicho colectivo, sino también a la luz de su probable o no afectación con el contenido esencial de los derechos humanos, que no puede convalidarse so pretexto de respetar la «interculturalidad» de los pueblos. Todo ello pues, a ser definido con toda rigurosidad por parte de la pericia antropológica respectiva, lo que puede dar lugar a que la autoridad judicial pueda solicitar informes a los expertos; todo ello susceptible de ser cotejado, corroborado y debidamente acreditado como lo exige la actividad probatoria en el marco de un proceso penal acusatorio y garantista.*

La pertinencia y conducencia de estos medios debe ser flexible y solo ser sopesados por su utilidad y necesidad para la eva-

luación o decisión adecuada sobre la legitimidad de invocar o aplicar los efectos regulados por el artículo 15° del Código Penal. Sin embargo, y en todo caso, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello.

- (iv) La inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales. *Los jueces deben insertar en su razonamiento y toma de decisiones jurisdiccionales, sobre todo en aquellos casos sobre la efectividad del artículo 15° del Código Penal, las normas, reglas y principios vinculantes regulados por la legislación internacional y nacional alusiva a la proscripción de toda forma de discriminación y violencia física o sexual contra la mujer y los menores de edad.*

Asimismo, los jueces ordinarios deben considerar también los efectos jurídicos, culturales y sociales de la prevalencia del interés superior del niño en condiciones de vulnerabilidad.

En suma, aparece acá un conflicto de intereses jurídicos, donde se debe partir de la supremacía jurídica de los derechos de los más vulnerables, esto es, de los niños y los adolescentes, donde su dignidad y su autorrealización personal no puede ser soslayado, so pretexto de amparar la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado. Exención de responsabilidad penal, que en el marco de los delitos sexuales, debe ser rigurosamente valorado por parte del órgano jurisdiccional, mediando la participación de los expertos (peritos) en la materia así permitan viabilizar resoluciones judiciales acertadas, justas y razonables, susceptibles de fortalecer la prevención y protección de un bien jurídico tan importante del ser humano, como lo es la libertad y la intangibilidad sexual.

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116 TUO LOPJ

ASUNTO: RONDAS CAMPESINAS Y DERECHO PENAL

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.

(...)

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

6°. La Constitución, de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2.19) –a través de la norma en cuestión, la Constitución, propiamente, establece un principio fundamental del Estado–. De otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: **(i)** el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89); y **(ii)** el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2.19 de la Ley Fundamental.

Todos estos artículos, como es obvio, deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, con el necesario aporte del ‘Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989’ –en adelante, el Convenio–, del 27 de junio de ese año, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas –en adelante, la Declaración–, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El propósito del Convenio, y también de la Declaración, es garantizar el respeto tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2, ‘b’ del Convenio, artículo 5 de la Declaración), como el derecho individual de sus miembros a participar en esta forma de vida sin discriminaciones. La Declaración estipula, con toda precisión, que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34). El Convenio, tiene expuesto el Tribunal Constitucional, viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC número 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009).



La diversidad cultural del Perú—o su realidad pluricultural— está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento—validez y práctica— tanto del derecho consuetudinario—que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia— como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149 de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia.

Por consiguiente, el pluralismo jurídico—entendido como la situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten (o, mejor dicho, colisionan, se contraponen y hasta compiten) en el mismo espacio social [ANTONIO PEÑA JUMPA: *La otra justicia: a propósito del artículo 149 de la Constitución peruana*. En *Desfatiendo Entuertos*, Boletín N° 3-4, Octubre 1994, IPRECON, página 11], ha de ser fundado en los derechos humanos y debe ser respetuoso del derecho a la diferencia.

- 7°. El artículo 149 de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección funcional, a fin de establecer con toda justicia si las Rondas Campesinas y Comunales son o no sujetos colectivos titulares del derecho de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial.

El citado artículo constitucional prescribe lo siguiente: *“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, **con el apoyo de las Rondas Campesinas**, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha **jurisdicción especial** con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”* [los resaltados en negrita son nuestros].

Una primera lectura, meramente literal del texto normativo en cuestión, podría concluir que las Rondas Campesinas, en primer lugar, para ser tales, deben surgir y ser parte de las Comunidades Campesinas y Nativas—nacen de ellas e integran su organización—; y en segundo lugar, que no ejercen por sí mismas funciones jurisdiccionales, pues su papel sería meramente auxiliar o secundario. La realidad social, sin embargo, revela que las Rondas Campesinas surgieron a mediados de la década de los setenta del siglo pasado—aunque con antecedentes remotos en las guardias rurales de fines del Siglo XIX y en las rondas de hacienda de las primeras décadas del siglo XX [FERNANDO BAZÁN CERDÁN: *Rondas Campesinas: la otra justicia*], siempre por decisión de los propios campesinos o vecinos de un sector, estancia o caserío, como una necesidad comunal o colectiva de protección, no solo desde las propias Comunidades sino también de aquellas poblaciones rurales andinas que carecían de Comunidades Campesinas y necesitaban expresar su organización comunal y consolidar los espacios de afirmación de su identidad colectiva. Las Rondas Campesinas, en consecuencia y vistas desde una perspectiva general, forman parte de un sistema comunal propio y, en rigor,



constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen –estén o no integradas a Comunidades Campesinas y Nativas preexistentes– [RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: *Rondas Campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo*. En: <http://www.alertanet.org/ryfdefensoria.htm>].

Como tales, las Rondas Campesinas, que se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria y de los valores andinos de solidaridad, trabajo comunal e idea del progreso [JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ VILLA: *Peritaje Antropológico en la causa número 22007-00730*, Cajamarca, 21 de noviembre de 2007, página 58], han asumido diversos roles en el quehacer de esos pueblos –tales como seguridad y desarrollo– y, entre ellos, también se encuentra, sin duda alguna, los vinculados al control penal en tanto en cuanto –presupuesto necesario para su relevancia jurídica– aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponden y expresen su identidad cultural. Son una respuesta comunal, entre otras expresiones socioculturales, ante el problema de la falta de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental procesal que integra el núcleo duro de los derechos fundamentales. Según algunos científicos sociales la justicia que aplican puede definirse como “reconciliadora” y ejercen mecanismos tradicionales de resolución de conflictos [JOHN GIGLITZ: *Rondas Campesinas y Violencia*. En: *Justicia y Violencia en las Zonas Rurales*, IDL, Lima, 2003, página 146]; sus juicios cuentan con ciertas formalidades, pero carecen de la rigidez que caracteriza a la administración de justicia formal [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. En: *Revista Pena y Estado*, año 4, número cuatro, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, página 113].

Los integrantes de las Rondas Campesinas cumplen, en principio, el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. En efecto, desde la perspectiva subjetiva, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos –sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a las normas de su grupo social, su conducta observable reflejan necesidad de identidad y de pertenencia–; así, incluso, se autodefinen como herederos de los Ayllus (pueblo inca) y como parte de los pueblos indígenas – [¿QUÉ SON LAS RONDAS CAMPESINAS?, martes 6 de enero de 2009. En: <http://cunarc.blogspot.com/2009/01/quson-las-rondas-campesinas.html>]. Desde la perspectiva objetiva, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que los distinguen de otros colectivos sociales –su existencia tiene una vocación de permanencia–. Son expresiones del mundo rural –de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados–, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes –organizan de cierto modo la vida en el campo–, y han definido –aun con relativa heterogeneidad– las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones.



Es imprescindible, desde luego, que el Juez identifique con absoluta rigurosidad, caso por caso y no darlo como sentado, la existencia en los asuntos de su competencia de estos elementos, obviamente con ayuda pericial —la pericia, es necesario enfatizarlo, ilustra o auxilia, pero no define; ofrece al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para resolver el caso [MICHELE TARUFFO: *La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, página 90]—, pues lo que el Estado democrático reconoce es una organización o institución determinada y el ejercicio legítimo del derecho consuetudinario —normas vigentes y válidas para el grupo social, en el marco de su referente cultural [RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: *Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos*. En: *Desfaciendo Entuertos*, Lima, octubre 1994, página 21]— en su espacio geográfico, no una organización que sin esos elementos definidores ejerce sin más la potestad jurisdiccional.

- 8°. En la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo el criterio fundamental la conciencia de su identidad (artículo 1), entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas —según se tiene expuesto— son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender —en vía de integración— que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos que luego se precisarán. No hacerlo importaría un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación [JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA: *¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas?*, IDL, Lima, mayo 2008, páginas 24-25].

Si el fundamento del artículo 149 de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones —el artículo 8.2 del Convenio fija como pauta que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias—, es obvio que al ser las Rondas Campesinas parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario —cuya identificación y definición previa es tarea central del juez—, deben tener, como correlato, funciones jurisdiccionales en lo que le es privativo [Conforme: DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas*, Lima, octubre, 2004, páginas 23/28]. Las Comunidades Campesinas y Nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario.

Es cierto que el artículo 1 de la Ley número 27908 —en igual sentido el Reglamento de esa Ley (Decreto Supremo número 25-2003-JUS, del 30.12.2003)— ratifica las funciones de seguridad de las Rondas Campesinas dentro de su ámbito territorial y precisa que estas últimas apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, y colaboran con la solución de conflictos.



Sin embargo, en vía de integración y según los parámetros constitucionales ya abordados, ha de entenderse que las funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia son ínsitas a las Rondas Campesinas tanto si estas se originan en el seno de las citadas Comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas, puesto que, como el propio artículo 1 preceptúa, son formas autónomas y democráticas de organización comunal. Cabe resaltar que en muchos casos las funciones jurisdiccionales en cuestión se dan no solo como un intento de reivindicar y afirmar sus propias esferas, sino que vienen ‘propiciadas’ por la ausencia o casi nula existencia de presencia estatal.

§ 2. *Alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera.*

9°. El primer nivel de análisis que debe realizarse cuando se discute en sede penal una imputación contra integrantes de Rondas Campesinas por la presunta comisión de un hecho punible con ocasión de su actuación como rondero consiste en establecer si resulta de aplicación el artículo 149 de la Constitución, es decir, si es de aplicación el denominado ‘fuero especial comunal’, en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria.

Desde dicha norma constitucional es posible –a tono, por ejemplo y en lo pertinente, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003)– identificar los siguientes elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil:

- A. Elemento humano. Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, las Rondas Campesinas tienen este atributo sociocultural.
- B. Elemento orgánico. Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las Rondas Campesinas, precisamente, es esa organización comunal que, entre otras múltiples funciones, asume funciones jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.
- C. Elemento normativo. Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.
- D. Elemento geográfico. Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento



constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la Ronda Campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de esta.

A estos elementos se une el denominado factor de congruencia. El derecho consuetudinario que deben aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil.

- 10°. El fuero comunal-rondero se afirmará, por tanto, si concurren los elementos y el factor antes indicado. El elemento objetivo es básico al igual que el factor de congruencia, por lo que es del caso efectuar mayores precisiones.

El primero, el elemento objetivo, está referido –con independencia de lo personal: el agente ha de ser un rondero, y territorial: la conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva Ronda Campesina, necesariamente presentes– a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

- A. Será del caso establecer, como primer paso, la existencia de una concreta norma tradicional que incluya la conducta juzgada por la Ronda Campesina. Esa norma tradicional, como ha quedado expuesto, solo podrá comprender la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la Ronda Campesina.
- B. Si el sujeto –u objeto– pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos guardan relación con la cosmovisión y la cultura rondera –se trata, por tanto, de conflictos puramente internos de las Rondas Campesinas–, no cabe sino afirmar la legitimidad constitucional de esa conducta –y, por ende, la exclusión del Derecho Penal–, en tanto en cuanto, claro está, los actos cometidos no vulneren los derechos fundamentales.
- C. En cambio, frente a personas que no pertenecen a la cultura o espacio cultural de actuación de las Rondas Campesinas –se presenta, en tal virtud, un conflicto de naturaleza intercultural– la solución no puede ser igual. La legitimidad de la actuación comunal-rondera estará condicionada no solo a la localización geográfica de la conducta sino también al ámbito cultural, esto es, (i) que la conducta del sujeto afecte el interés comunal o de un poblador incluido en el ámbito de intervención de la Ronda Campesina y esté considerada como un injusto por la norma tradicional –cuya identificación resulta esencial para el órgano jurisdiccional–; y (ii) que –entre otros factores vinculados a la forma y circunstancias del hecho que generó la intervención de las Rondas Campesinas y al modo como reaccionaron las autoridades ronderas, objeto de denuncia o proceso penal– el agente de la conducta juzgada por el fuero comunal-rondero haya advertido la lesión o puesta en peligro del interés comunal o de sus miembros y/o actuado con móviles egoístas para afectar a la institución comunal u ofendido a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales de las Rondas Campesinas o de sus integrantes.



- 11°.** El segundo, el factor de congruencia, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural–, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados [RENÉ PAUL AMRY: *Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 95]–. Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas –bajo la noción básica de ‘previsibilidad’ para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)–. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia.
- 12°.** La violación de los derechos humanos presenta dos situaciones, sea que esta se deba **(i)** a lo previsto en las mismas reglas consuetudinarias o **(ii)** a los abusos que cometen las autoridades de las Rondas Campesinas por no respetar el derecho consuetudinario [JOSÉ HURTADO POZO/JOSEPH DU PUIT: *Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú*. En: Derecho y pluralidad cultural, Anuario de Derecho Penal 2006, Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2007, páginas 235/236]. En ambos supuestos, ante una imputación por la presunta comisión de un hecho punible atribuida a los ronderos, corresponderá a la justicia penal ordinaria determinar, en vía de control externo de la actuación conforme a los derechos humanos de las autoridades comunales si, en efecto, tal situación de ilicitud en el control penal comunal rondero se ha producido y, en su caso, aplicar –si correspondiere– la ley penal a los imputados.

En atención a lo expuesto será de rigor considerar como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, anti-jurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, **(i)** las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil–; **(ii)** las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; **(iii)** la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; **(iv)** los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento–; **(vi)** la aplicación

de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; (vii) las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones– entre otras.

§ 3. *El rondero ante el Derecho Penal.*

- 13°. El derecho a la identidad cultural y al ejercicio de funciones jurisdiccionales conforme al derecho consuetudinario está, pues, limitado a las reservas que dimanen del propio texto constitucional y de su interrelación con los demás derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos.

Así las cosas, los alcances de un tipo legal pueden restringirse en dos casos [RENÉ PAUL AMRY: *Obra citada*, página 97]:

- A. Cuando la interpretación de los elementos normativos del tipo lo permita (interpretación del tipo conforme a la Constitución).
- B. Cuando sea aplicable una causa de justificación, en especial la prevista en el artículo 20.8 del Código Penal –en adelante, CP–: cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Lo expuesto guarda coherencia con el alcance del fuero comunal rondero. Desde el primer caso –supuesto de atipicidad de la conducta– se descarta de plano, por ejemplo, el delito de usurpación de funciones (artículo 361 CP) en la medida de que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada. También se rechaza liminarmente la imputación por delito de secuestro (artículo 152 CP) puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional –detención coercitiva o imposición de sanciones–.

Asimismo, cabe destacar que la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes no está orientada a obtener beneficios ilegales o fines de lucro, y –en principio– la composición y práctica que realizan tienen un reconocimiento legal, que las aleja de cualquier tipología de estructura criminal (banda o criminalidad organizada) asimilable a aquellas que considera el Código Penal como circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186, párrafo 2, inciso 1, y 317 CP). Efectivamente, su intervención se origina en un conflicto de naturaleza y trascendencia variables, que involucra a personas que reconocen en las Rondas Campesinas instancias conciliadoras, de resolución de conflictos y con capacidad coercitiva –uno de los atributos esenciales de la jurisdicción–.

En estas condiciones, es de enfatizar que no es asimilable la actuación y la conducta, siempre colectiva, de sus integrantes a un delito de secuestro extorsivo y cuya presencia relevante en las estadísticas de la criminalidad nacional determinó las modificaciones y reformas del artículo 152 CP, caracterizadas, todas ellas, por un incremento constante de las penas conminadas y de los rigores de su cumplimiento.

- 14°. Cuando no sea posible esta primera posibilidad –la atipicidad de la conducta–, será del caso recurrir al análisis de la procedencia de la causa de justificación centrada, con mayor relevancia, en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20.8 CP). Aquí se tendrá en cuenta el presupuesto –situación de amenaza a

los bienes jurídicos antes citados— y los límites o condiciones para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional comunal-rondera ya analizados.

El respectivo test de proporcionalidad es el que debe realizarse para cumplir este cometido, para lo cual es de tener en cuenta los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por los ronderos en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, prevaleciendo siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

- 15°.** Si la conducta atribuida a los ronderos no resulta atípica o si, en aplicación del test de proporcionalidad enunciado, la conducta analizada no está justificada, esto es, afirmado el injusto objetivo, será del caso considerar el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado. Cabe acotar que el análisis en mención requiere, como presupuesto, tener muy claro la existencia jurídica de la Ronda Campesina, la autoridad rondera que actuó —la condición de tal del rondero inculinado—, su nivel de representación y funciones, y las características y alcances de la norma consuetudinaria aplicada, aspectos que en varias de sus facetas puede determinarse mediante pericias culturales o antropológicas.

En este nivel del examen del caso es de tener en cuenta que los patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero tienen entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad, al punto que pueden determinar —si correspondiere— (i) la impunidad del rondero, (ii) la atenuación de la pena, o (iii) ser irrelevantes.

El agente, entonces, como consecuencia de su patrón cultural rondero puede actuar (i) sin dolo —error de tipo— al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico; (ii) por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o (iii) sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión [IVÁN MEINI: *Inimputabilidad penal por diversidad cultural*. En: *Imputación y responsabilidad penal*, ARA Editores, Lima, 2009, páginas 69/70].

Las normas que en este caso se han de tomar en cuenta para la exención de pena por diversidad cultural serán, en todo caso, las previstas en los artículos 14 y 15 del CP. Es de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia —aunque no imposible ni inusitado— los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15 CP —que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que al sujeto le resultan extraños—, porque los ronderos, como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad ‘oficial’ como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobala cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona [JUAN LUIS MODELL GONZÁLEZ: *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad*

penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 283].

- 16°.** Cuando no sea posible declarar la exención de pena por diversidad cultural, esta última sin embargo puede tener entidad para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca. En los niveles referidos a la causa de justificación (artículo 20.8 CP), al error de tipo o de prohibición (artículo 14 CP) o a la capacidad para comprender el carácter delictivo del hecho perpetrado o de determinarse de acuerdo a esa comprensión (artículo 15 CP) –vistos en este último caso, según las opciones dogmáticas reconocidas por la doctrina, desde la imputabilidad, la exigibilidad e, incluso, de las alteraciones de la percepción que se expresan en los valores culturales incorporados en la norma penal, en cuya virtud se afirma que el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el Derecho Penal carece de la percepción valorativa de la realidad que sí tiene la mayoría [JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO: *Culpabilidad-responsabilidad*. En: Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, Editor), Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 353]–, si el grado de afectación no es lo suficientemente intenso o no se cumplen todos los requisitos necesarios para su configuración, será de aplicación, según el caso:
- A.** La atenuación de la pena por exención incompleta conforme al artículo 21 CP, o por la vencibilidad del error prohibición según el artículo 14 *in fine* última frase CP, o por los defectos de la comprensión –o de determinarse según esa comprensión– como lo previene la última frase del artículo 15 CP.
 - B.** La sanción por delito culposo si tal figura penal se hallare prevista en la ley por la vencibilidad del error de tipo, atento a lo dispuesto por el artículo 14 primer párrafo última frase CP.
- 17°.** Comprobada la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado, el Juez Penal para medir la pena tendrá en cuenta, de un lado, los artículos 45.2 y 46.8 y 11 CP –compatibles con el artículo 9.2 de la Convención, que exige a los tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto sociocultural del imputado–; y, de otro lado, directivamente, el artículo 10 de la Convención, que estipula tanto que se tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento –principio de adecuación de las medidas de reacción social–.

III. DECISIÓN

- 18.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 19°.** ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 al 17.

20°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

21°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

Ss. GONZALES CAMPOS; SAN MARTÍN CASTRO; LECAROS CORNEJO; PRADO SILDARRIAGA; RODRÍGUEZ TINEO; VALDEZ ROCA; BARRIENTOS PEÑA; BIAGGI GÓMEZ; MOLINA ORDÓÑEZ; BARRIOS ALVARADO; PRÍNCIPE TRUJILLO; NEYRA FLORES; BARANDIARÁN DEMPWOLF; CALDERÓN CASTILLO; ZEVALLOS SOTO.

EL PROCESO DE DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA DE LOS «TERCIOS»

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

La pena importa la intromisión de mayor injerencia en el ámbito de las libertades fundamentales, por lo que su aplicación está sometida a una pluralidad de principios. Criterios rectores, que se convierten en límites al ejercicio del «ius puniendi» estatal, de acuerdo a la configuración de un Derecho penal a la luz de la Ley Fundamental.

En el marco de un orden democrático de derecho, debe caute-
larse que la imposición de una pena, no sólo sea el resultado de una actividad probatoria de cargo que haya superado la valla de la duda razonable⁹¹⁹, sino que a su vez, se haya valorado con toda rigurosidad, las circunstancias y/o factores relacionados al hecho punible así como las particularidades del sujeto culpable. Con ello ingresamos al proceso denominado: «determinación e individualización de la pena», el cual ha ido adquiriendo en los últimos años, un significativo interés, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. No en vano, la Corte Suprema, en el plano de ciertas instituciones jurídicas, como los «Acuerdos Plenarios», ha esbozado ciertos criterios,

919 Con ello, haber enervado exitosamente el principio constitucional de presunción de inocencia.



que todos los órganos jurisdiccionales, han de tomar en cuenta en el proceso de determinativo de la sanción punitiva.

Los marcos penales que el legislador ha conminado en los tipos penales, tienen una razón de ser, es decir, la escala penal integrada por una pena mínima y una pena máxima tiene por finalidad, que se pueda fijar un quantum de pena ajustada a los sentimientos de justicia de la comunidad, y las necesidades preventivas del penado. No puede concebirse que la determinación de la pena, sea una operación mental matemática o autómata, no olvidemos que detrás de su imposición se ubican intereses jurídicos de primer orden. Es por ello, que la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, toma mayor fuerza argumentativa, cuando de por medio esta la libertad de una persona; que por más se diga, que su substrato teleológico, es viabilizar la recuperación social del condenado, su esencia y naturaleza es esencialmente «retributiva». Nuestras cárceles no cuentan con las condiciones necesarias, para hacer de ellas, un centro de rehabilitación social, todo lo contrario, asumen la suerte de centros custodiales de neutralización del condenado⁹²⁰.

La determinación de la pena –o de cualquier otra clase de sanción penal– requiere, (...), de un marco regulador básico, el cual se edifica en base a un conjunto de principios rectores o políticas de gestión, que orientan las decisiones del legislador o del juez hacia la configuración legal o la aplicación procesal de penas justas y racionales⁹²¹. El asunto, pasa por tanto, desde un tema legal, judicial

920 Así, también de los procesados, por más que el CEP, defina la separación entre éstos y los condenados, esto en la práctica es letra muerta, al estar en los mismos espacios arquitectónicos. No obstante, cabe reconocer que en aquellas circunscripciones territoriales, donde se aplica el nuevo CPP, se ha podido reducir ostensiblemente el porcentaje de procesados en prisión, en comparación con los condenados, aspecto que vislumbra una proyección positiva del modelo Acusatorio en el Perú.

921 PRADO SALDARRIAGA, V. *La Determinación Judicial de la Pena y los Acuerdos Plenarios*, cit., p. 121.



e interpretativo, donde la imposición de la pena, sea producto de una intelección valorativa debidamente razonada, como uno de los aspectos de la política criminal, que por su agudeza y sensibilidad, necesita de una atención prioritaria por todo el Sistema Penal en su conjunto.

Entonces, como se ha señalado –en otras líneas de la monografía–, dichos marcos penales, le permiten al juzgador, valorar todos los factores, elementos y/o circunstancias, que pueden rodear la comisión del injusto penal así como el reproche culpable que recae sobre el autor. No todos los infractores de la Ley penal, presentan las mismas características y singularidades, tal como lo refrenda el estudio criminológico, máxime, en un país como el Perú, portador de una pluralidad étnica y cultural, como se encarga de consagrarlo nuestra Constitución Política. Por consiguiente, si la judicatura no valora dichos presupuestos, la pena que se imponga al agente puede ser justa (muy grave), sin embargo, puede ser incompatible con los fines preventivo-especiales y no condigna con la humanidad de las penas; así también, puede que la pena sea muy acorde a la rehabilitación del sujeto infractor (muy leve), sin embargo, contraria a los sentimientos de justicia de la sociedad.

Desde el (...) punto de vista, el de la faz objetiva, podría pensarse que el delito daña el bien jurídico protegido por la figura respectiva y que con eso quedaría ya delimitado lo que debe medirse para llegar a una pena adecuada. Sin embargo, el delito también produce consecuencias mediatas, que no están directamente vinculadas con la ofensa que el hecho produce al bien jurídico y su falta de consideración provocaría una verdadera injusticia⁹²².

Por otro lado, el legislador ha reglado una serie de circunstancias, que hace que el injusto penal, puede verse agravado o, en su

922 FLEMING, A. y LÓPEZ, P. *Las Penas*, cit., 374.



contrario atenuado, tal como se desprende de varios articulados de la PE del CP; aspecto, que debe considerarse al momento de la individualización de la pena, que lastimosamente ha sido escasamente valorada por los jueces de la República, no entendiéndose en algunos, casos, como concurriendo más de dos circunstancias de agravación, la magnitud de pena no alcanzaba el máximo de penalidad, o como concurriendo varias circunstancias atenuantes (genéricas y/o específicas), se le imponía la pena de mayor gravedad; así también, la vastedad de instituciones regladas en la PG, que también dan lugar a mitigaciones punitivas y, ya en el mismo marco de la «Aplicación de la pena», se advierten circunstancias de agravación «específicas» y «genéricas», como la prevista en el artículo 45°-A del CP, cuya plasmación en los casos concretos no ha tenido un desarrollo adecuado. Un estado de las cosas, que requería de una urgente revisión normativa (de *lege ferenda*), no bastando –por tanto–, el esfuerzo jurisprudencial realizado por las máximas instancias jurisdiccionales del Poder Judicial en los últimos tiempos. Situación que dio lugar a la sanción de la Ley N° 30076 de agosto del 2013⁹²³, que modifica los artículos 45° y 46° del CP, e incorpora el artículo 45°-A (*in fine*).

Es de este modo, que se instituye en nuestro texto punitivo, el Sistema de los «Tercios», que pretende solucionar los graves problemas que suscitaba en la Justicia Penal, un proceso de determinación e individualización de la pena, desprovista de una sesuda valoración, empero, hemos de tener cuidado, que un modelo concebido de forma –por si decirlo *matemática*–, no vaya a convertirse en una camisa de fuerza del juez, al momento de valorar los fundamentos

923 Lo que hace la norma, dice Jiménez Niño, en sus artículos 45, 45-A y 46 hace es recoger los criterios que se habían establecido en los no pocos Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema sobre la materia o, en todo caso, la forma que siempre se debió utilizar; *La determinación de la pena en la Ley N° 30076: ¿De dónde parto?* En: Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 51 - setiembre 2013, cit., p. 44.



programáticos de un Derecho penal democrático, como es el principio de «dignidad de las penas», sobre el cual se asienta todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional⁹²⁴ así como el principio de «mínima intervención».

No puede sostenerse un sistema estrictamente legalista, donde la literalidad normativa, sea un escollo para que el juez pueda buscar la pena, que en realidad se ajuste a los fines preventivos que la auspician, apelando —claro está— a los principios rectores de nuestro texto punitivo, contenidos en su Título Preliminar. Obviamente, por tratarse de auténticas directrices hermenéuticas, esos axiomas están llamados a servir de orientación para todo el sistema penal, y, en particular, para la problemática de la determinación de la pena, por lo cual no pueden ser soslayados por el intérprete, el analista, o el administrador de Justicia⁹²⁵.

El legislador, en la actual coyuntura socio-política de Inseguridad Ciudadana, no deja de apelar al discurso comunicador de la violencia punitiva, para mantener cautivos a los ciudadanos, cuya demanda penalizadora será bien recibida y receptada por el legislador, incidiendo en una reforma permanente en la redacción de los tipos penales, en especial, agravando drásticamente los marcos penales, sin atender a los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, por lo que hay que hilvanar muy fino, en el sentido de que el sistema propuesto, no vaya a arrastrar al juzgador a estos oscuros torrentes de la política penal en el Perú. La proporcionalidad de la pena se constituye en un motivo de equilibrio para la reacción represiva del Estado, que insufla racionalidad evitando que se produzca un castigo

924 A decir, de PRADO SALDARRIAGA, este principio sostiene que el Estado no puede diseñar, aplicar ni ejecutar sanciones penales que afecten la dignidad de la persona, ni que dañen la constitución psicofísica de los condenados; *La Determinación Judicial de la Pena y los Acuerdos Plenarios*, cit., p. 126.

925 Velásquez V., F. *Los criterios de determinación de la pena en el C.P. peruano de 1991*, cit., p. 7.



excesivo allí donde no es estrictamente necesario, para lo que suministra una más sólida referencia la consideración de la perspectiva de la víctima, tradicionalmente postergada frente a la comunitaria o colectiva; (...) la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa –pues a infracciones de diversa naturaleza se les debe castigar con pena diferentes –como cuantitativa– en tanto que a cada hecho punible le debe corresponder una sanción que se compadezca con su importancia⁹²⁶. *“La aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena se realiza a través de los juicios de idoneidad, que va de la mano con el principio de culpabilidad, tomando en cuenta la socialidad de la persona y su hecho; necesidad, que sirve para determinar si se aplica una pena privativa de libertad, restrictiva de libertad o limitativa de derechos; y proporcionalidad en sentido estricto, según el cual la pena impuesta debe corresponder con la gravedad del delito concreto”* (RN N° 752-2008-LIMA).

Estamos, por tanto, ante un tópico-, de sensible aprehensión y apreciación, por las consecuencias que se derivan de ella, por los que los esfuerzos de la dogmática penal deben enrumbarse a esta institución fundamental del Derecho penal.

En definitiva, existían enormes vacíos legales, tanto en lo que respecta a la rebaja de la pena, como consecuencia de la concurrencia de circunstancias atenuantes genéricas y calificadas, como la tentativa, el desistimiento voluntario y la responsabilidad restringida, pues algunos podían entender que la disminución sólo podía tomar lugar, en el ámbito del marco penal, en cambio para otros, podía ir por debajo del mismo. Esta última postura, considero la correcta, pues es sabido que instituciones –como las nombradas–, obedecen preferentemente a motivos de prevención «especial positiva», desde un plano realmente rehabilitador, como se ha estimado en la presente monografía, por lo que a menor pena mejor.

926 *Ibidem*, cit., p. 12.

En efecto, no se explicaría por qué instituciones procesales como la Confesión Sincera^{927 y 928}, que se da *post delictum*, pueda definir una situación jurídica más ventajosa, en comparación con el delito tentado, al manifestarse en este último una actuación del agente al momento de la comisión del hecho punible.

Visto así las cosas, el presente estudio pretende abordar los temas señalados, desde la reforma normativa provocada por la Ley N° 30076, tanto desde un enfoque dogmático como de política criminal.

2. EL SISTEMA PUNITIVO DE LOS TERCIOS EN EL PERÚ Y SU APLICACIÓN EN EL TIEMPO

De entrada, habría que preguntarse primero ¿Si es que el CP de 1991, contenía en realidad un verdadero «Sistema Punitivo»? desde una mirada superficial diríamos que no, al no albergar reglas que defina de forma estricta, los criterios a tomar en consideración, para la «determinación⁹²⁹ e individualización de la pena⁹³⁰». La redacción del artículo 45° del CP, hace alusión a los «presupuestos

927 Comprendida en el listado de la redacción primigenia del artículo 46° del CP.

928 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Procesal Penal*, T. I, cit.

929 Para VELÁSQUEZ es aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, y, por supuesto, la fijación de los plazos para el pago de la multa, etc. (...); *Los criterios de determinación...*, cit., p. 8.

930 PEÑA CABRERA, conforme al sistema antiguo, señala, que fundamental es, pues, en todo caso de determinación legal de la pena, su fijación en abstracto en clases y escalas; significando ésta la edificación inicial que ha de conducir a la aplicación concreta por parte del juzgador; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 626; su función, dice PRADO SILDARRIAGA, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito; *La Determinación Judicial de la Pena...*, cit., p. 130.

para fundamentar y determinar la pena», dando un listado de circunstancias a tomar en cuenta por el juzgador, sin especificar si éstas habrían de operar como atenuantes y/o agravantes, y en qué medida y/o proporción habría de incidir en el quantum de pena⁹³¹. Luego, el artículo 46° (*in fine*), regulaba aquellos factores que el Juez, podía considerar para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, de manera, que le suministraba ciertos datos, que le permitían graduar la penalidad según el contenido de desvalor del injusto penal como el grado de reproche culpable. A tal efecto, el marco de la pena justa, de acorde a un concepto de Culpabilidad por el acto estaba plenamente garantizado, pues las dosimetrías penales, permiten –justamente–, respetar dicha garantía fundamental; (...) notas propias de un derecho penal orientado hacia la retribución, entendida como límite al ejercicio del ius puniendi del Estado, acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, y de proporcionalidad (cfr. Arts. II, IV, VII y VIII del Título Preliminar)⁹³². Sin embargo, como el lector podía observar, no se señalaba si éstas eran «agravantes» o «atenuantes», conduciendo a la inferencia de su naturaleza «mixta» y, sobre todo, que no podían ser atendidas si eran específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad; de ahí, que si la misma calidad de funcionario y/o servidor público, es lo que fundamenta la naturaleza del injusto penal de Peculado o Malversación de fondos, o si la mayor desvaloración del Homicidio, es el móvil de lucro, ferocidad o placer, estas circunstancias habían de ser dejadas de lado. Avizoraban también, la dejadez por establecer guías metodológicas, con respecto al cómplice (primario), que colabora en un delito especial propio, como en los injustos funcionariales, puesto que al seguirse el artículo 25° de la PG, se le impondría el

931 Vide, al respecto, ORÉ SOSA, E. *Determinación Judicial de la Pena. Reincidencia y Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076*. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, N° 51 - setiembre 2013, cit., p. 12.

932 VELÁSQUEZ V., F. *Los criterios de determinación...*, cit., p. 9.

mismo quantum de pena, lo que es dogmáticamente desacertado, al no contar con las cualidades que sostiene el desvalor del injusto, debe recibir una pena menor. Aún así, cabe admitir que pese a que la ley somete a la misma escala penal que prevé para el autor a los instigadores y cómplices primarios, la importancia del accionar del primero, en tanto comporta la concreción de la afectación del bien jurídico y porque sin él no tiene relevancia alguna hablar de la responsabilidad de los otros sujetos, determina que en la cuantificación sea tratado con mayor severidad⁹³³.

Sobre esto, PRADO SILDARRIAGA en la doctrina nacional, puntualiza que sus disposiciones (*del Código Penal*), al respecto se encuentran repartidas cuando no confundidas, en artículos aislados de la Parte General, así como en asistemáticas normas de la Parte Especial. Es más, también coexisten reglas sobre la determinación judicial de la pena esparcidas en la legislación procesal vigente. Tal desorden legislativo, lamentablemente, ha incentivado poco al razonamiento especializado de los juristas para conectar y explicar dogmáticamente tan anómalo sistema normativo⁹³⁴.

Según lo sostenido, los vacíos normativos descritos, propicia cierto espacio de discrecionalidad del juzgador, que si bien no es en sí negativo, el tema es que nuestro sistema judicial, avizó una disparidad de criterios por los jueces de la República, nada auspicioso para la seguridad jurídica⁹³⁵ que este poder del Estado debe generar en la sociedad⁹³⁶. No en vano, el artículo 45°-A, exige que el órgano jurisdiccional fundamente y explique, lícita y

933 FLEMING, A. y LÓPEZ, P. *Las Penas*, cit., 376.

934 PRADO SILDARRIAGA, V. *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*, cit., ps. 119-120.

935 Se dice, que es el Sistema Legalista de determinación de la pena el indicado para promover la seguridad jurídica en un Estado de Derecho; Cfr., PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 626.

936 Vide, PRADO SILDARRIAGA, V. *La Determinación Judicial de la Pena...*, cit., p. 120.



suficientemente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Adviértase que la fundamentación de las resoluciones judiciales es una exigencia de orden constitucional, siempre vigente en los ordenamientos legales, de manera, que el recelo y la desconfianza, ha motivados –creemos–, la literalidad en su cumplimiento. Vaya que resoluciones de tal naturaleza, requieren de un exigente rigor explicativo y fundamentador, al estar de por medio la libertad de una persona, un bien jurídico ubicado en el listado de valores, de primer rango constitucional; a lo cual no puede dejarse de lado a la sociedad representada por el Ministerio Público, la cual tiene legítimo derecho, de conocer las razones por las cuales se le ha impuesto tal o cual pena al acusado. Así, VELÁSQUEZ V., indicando que la disposición reafirma la exigencia según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales, de tal manera que el condenado no se le sorprenda con tasaciones de pena caprichosas que, por lo demás, también contrarían la Ley de Leyes en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria el propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana (Cfr. Arts. 1 y 43 de la Const)⁹³⁷. Entonces, estamos ante un evidente sistema, que le otorga discrecionalidad al juzgador, en la etapa de la determinación e individualización de la pena, mas no a su puro arbitrio, en la medida, que –igual–, tenía el deber de exponer las razones de su decisión⁹³⁸.

937 VELÁSQUEZ V., F. *Los criterios de determinación....*, cit., p. 8.

938 Así, Oré Sosa, al sostener que la fase de concreción o individualización de la pena no se abandona al libre arbitrio judicial, pues dicha tarea debe respetar los límites legales establecidos (mínimos y máximos de la pena básica, y las circunstancias modificativas), así como valorar en el caso concreto los factores propuestos por el legislador para la dosificación de la pena (naturaleza de la acción, medios empleados, importancia de los deberes infringidos, extensión de los daños, etc.); *Determinación Judicial de la Pena. Reincidencia y Habitualidad....*, cit., p. 12.

Siendo así, pensamos que nuestra codificación penal, sí contaba con un Sistema, mas padecía de una serie de vacíos y claroscuros, que por razones de orden cultural e ideológico, no era posible subsanar mediante puros criterios interpretativos, por lo que resulta positiva la reforma -in comento.

Ahora bien, —ya en el tema en particular—, habría que decir, que el Sistema de los Tercios, sigue la fuente colombiana, se adscribe en un plano reglamentarista y formalista a la vez, en tanto reduce de forma sustantiva la discrecionalidad judicial, al colocarlo frente a una operación matemática, en lo que respecta al quantum de pena, y al tener que seguir ciertas pautas en la aplicabilidad punitiva. El Derecho penal no es una ciencia exacta, como las matemáticas, los números definen situaciones desprovistas de discusión, mas la ciencia jurídica, como toda ciencia social, regula patrones de conducta, sobre seres imperfectos, así también quien las aplica. No somos contestes a esta fórmula punitiva, nuestra preocupación estriba en lo que esto puede desencadenar en el proceso intelectual de los operadores jurídicos, que una vez en los casos, se centren únicamente en la concurrencia de las circunstancias descritas en el artículo 45°-A, y así marginen los principios fundamentales de un Derecho penal democrático. En opinión de un sector de la doctrina nacional, no se ha pretendido llegar a un sistema próximo a la pena tasada, o a un sistema que busque la pena puntual (pena exacta y supuestamente acorde al grado de culpabilidad), pero sí acoger un sistema que, dejando un margen de discrecionalidad al juez para la valoración del injusto y la culpabilidad (pues el sistema de tercios siempre deja un margen para que el juez proceda a individualizar la pena), y de otros criterios de política criminal (v. gr. necesidad de pena), contenga reglas claras y sistemáticas de determinación judicial de la pena⁹³⁹.

939 ORÉ SOSA, E. *Los criterios de determinación...*, cit., p. 13.



De hecho, siendo la pena la especie pública más grave con que cuenta el orden jurídico, no puede estar desprovista de límites, de márgenes de razonabilidad, encontrando en los principios fundamentales, un muro de contención ante toda pretensión de arbitrariedad punitiva. Fue el advenimiento de estos criterios rectores en la civilización humana, que puso fin, a una violencia estatal a todas luces desproporcionada e inhumana, proscribiendo las penas corporales y las sanciones anulatorias del ser humano (pena de muerte). Esta gran victoria de la Ilustración nos hace repensar la política criminal, donde el aspecto filosófico es relativizado, por un utilitarismo a ultranza, producto del alarmismo social, propio de la conflictividad social imperante. No faltarán, entonces, las voces que aquieten las galerías, para que las corrientes punitivistas sean acogidas en las leyes que el Parlamento promulga.

Sobre lo anotado, cabe precisar que quien determina los marcos penales es el legislador, quien en algunas ocasiones procede a sancionar penalizaciones absurdas o a un agravación draconiana de la pena; véase, el arrebato de una gorra de cinco soles, por parte del agente de 22 años de edad, mediando un pequeño empujón a la víctima, durante la noche; según, el artículo 189° el marco penal oscila entre los doce y veinte años de pena privativa de la libertad, por lo que al existir agravantes y atenuantes, la pena tiene que ubicarse en el tercer intermedio, es decir, de 13 años con nueve meses a 15 años con seis meses. La pregunta es ¿Si se puede ir por debajo de esos 13 años y más? para ello, habría que recurrir a los principios basilares del Derecho penal, lo cual no puede ser coartado por una legislación de tal calibre. Ello, sin dejar de reconocer que el artículo 45°-A, permite ir por debajo del mínimo legal, siempre que concurra una circunstancia atenuante «privilegiada».

En todo caso, siempre suscitarán dudas, en un país como el nuestro, donde la volatilidad del legislador y la falta de uniformidad interpretativa del juzgador, es una característica inevitable.

En resumidas cuentas, será finalmente la práctica judicial, la que nos dé el termómetro, sobre la utilidad de este sistema punitivo, que de hecho, propia un marco de mayor seguridad jurídica entre los justiciables así como de recudir espacios de discrecionalidad judicial, que pueden lindar con la arbitrariedad. Sin embargo, no estamos seguros, de que sea un tratamiento penal más benéfico para el imputado, en el sentido de que apelando al principio de favorabilidad normativa, pueda aplicarse a hechos anteriores a la dación de la Ley N° 30076, esto lo decimos, precisamente por lo que se señaló —líneas atrás—, de que las cuantificaciones punitivas puedan terminar convirtiéndose en una verdadera espada de damocles para el juzgador; los número pueden terminar por subvertir una labor esencialmente valorativa, que tiene por trasfondo un problema humano. Claro está, que quienes abogan por su aplican a los actos procesales, es decir, a un hecho delictivo perpetrado antes de agosto del 2013, tendrán que postular una naturaleza procesal del mismo, lo cual lógicamente es inviable; un tema es el uso del Sistema de los Tercios, y, otro muy distinto, poder valorar unas de las circunstancias de agravación genéricas previstas en el artículo 46° del CP, que de recibo se alza en negativo, sólo las atenuantes podrían ser invocadas, siempre que cumplan con las garantías del acusatorio. Fíjese, por tanto, que la regla de la vigencia de la ley al momento de los hechos, supone —en primera línea—, que sus destinatarios conozcan de antemano (*comunicabilidad normativa*), no sólo los hechos constitutivos del injusto penal, sino también, todas las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de su comisión⁹⁴⁰.

940 En opinión de Jiménez Niño es que no existe problema alguno en la aplicación de la ley penal en el tiempo, el procedimiento para determinar e individualizar la pena el día 18 de agosto de 2013 es (debía ser) exactamente el mismo que el día 20 de agosto de 2013; *La determinación de la pena en la Ley N° 30076: ¿De dónde parto?*, cit., p. 44.



Dicho lo anterior, el artículo 45°-A, dispone en su primer párrafo, que: *“Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”*. Es de verse, que el articulado recoge un modelo mixto, al hacerse alusión a aspectos de orden «cualitativo» y «cuantitativo» a la vez⁹⁴¹, es decir, primero, debe fijar la clase de pena a imponer, nuestro texto punitivo no sólo cuenta en su seno, con la pena privativa de libertad, sino que a ella, se aparejan las penas limitativas de derechos⁹⁴², las cuales pueden ser de aplicación alternativa (sustituta), autónoma, conjunta o accesoria con la primera de las mencionadas, tal como se desprende de los artículos 32° bis 44° del CP; así también si la pena es efectiva, o en su defecto, es de suspensiva, condicional, reserva del fallo condenatorio, exención de pena, etc.⁹⁴³. Luego, ya la norma se encarga de definir el plano cuantitativo, esto es, la duración de la pena en términos temporales, considerando el artículo 29°⁹⁴⁴ del CP y demás dispositivos legales pertinentes.

El tema a destacar, es lo concerniente a la «fundamentación de la pena», factor desatendido y traído a menos por los operadores jurídicos, virtud del cual se expresan las razones, motivos por los cuales a un determinado acusado, se le impone tal o cual pena así como el margen temporal de la misma. Se tiene que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas, conforme al artículo 139°, inciso 5), de la Constitución Política del Perú, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de

941 Así, Peña Cabrera, R. *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 628.

942 La cuales son: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libre e inhabilitación.

943 De acuerdo a los Sustitutivos Penales, reglados en los artículos 57° bis 58° del CP.

944 Modificado por el Decreto Legislativo N° 982.



impartir justicia se realice con sujeción a la Constitución y a la ley. En la STC N° 1230-2002-HC/TC, se señaló *“La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa (...) Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver”*.

En consecuencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que supone que se exprese no solo la norma aplicable al caso, sino que también se explique y justifique por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado en los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta o se establezca el supuesto de motivación por remisión [Cfr. Expediente N° 4348-2005-PA/TC]⁹⁴⁵. En la Ejecutoria Suprema contenida en el Exp. N° 879-2000, se sostiene al respecto que: *“Las exigencias*

945 STC, EXP. N° 00268-2012-PHC/TC.



que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no sólo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además, la gravedad de ésta debe ser proporcional a la del delito cometido; ello implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulta imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico, por tanto para los efectos de la graduación de la pena se debe tener en cuenta la forma, circunstancias y peligrosidad con que el encausado perpetró el ilícito, conforme el artículo cuarenta y seis del Código Penal”.

Por su parte, la necesidad de la motivación importa un derecho fundamental, que se adscribe en la idea de un debido proceso penal. La motivación de una resolución —en especial el de una sentencia— supone una justificación racional, no arbitraria de la misma, expresada mediante un razonamiento lógico concreto y no abstracto, particular, ni genérico; aspecto que permite a las partes, saber con ciencia y lógica, los motivos por los cuales han sido desvirtuados sus argumentos de defensa y contradicción. El ciudadano tiene derecho a conocer las razones por las que resulta condenado o absuelto, lo cual exige ir más allá de lo que es una escueta calificación de los hechos declarados probados. El deber de motivar las resoluciones judiciales no exige que el juez o tribunal lleve a cabo una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, sino que es suficiente que conste cuál ha sido el fundamento en Derecho o criterio de razonabilidad de la decisión adoptada⁹⁴⁶. Este deber constitucional de la judicatura, adquiere mayor rigor explicativo, en el Proceso Penal, en la medida que de su estadio conclusivo, puede derivarse la pérdida

946 LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M.I. *Presunción de Inocencia:...*, cit., p. 319.

de libertad ambulatoria del acusado, como consecuencia jurídica, –legítima–, siempre y cuando se haya acreditado convincentemente, tanto la materialidad del delito como la responsabilidad penal del imputado.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, declaró en lo concerniente, lo siguiente: *“Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta 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 el de 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”*; mientras, que en la sentencia expedida en el Exp. N° 05601-2006-PA/TC, precisó que: *“El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional”*. De hecho, la debida motivación es un principio que se concatena con el principio de “imputación necesaria”, el cual justamente, exige en toda resolución judicial en el ámbito penal, que los juicios de valor, tomen lugar de forma individualizada; la Corte Suprema, en el RN N° 956-2011 (Ucayali), fijó como precedente vinculante, lo siguiente: *“En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podía implicar la declaración de nulidad de la sentencia...”*.

En la doctrina especializada, se señala que la motivación de la decisión judicial que impone una pena debe permitir conocer de manera concreta cuáles son las razones por lo que el tribunal ha



escogido la sanción que aplica y no otra. Ese conocimiento no debe ser logrado mediante un esfuerzo de intuición, sino que ha de quedar claramente a disposición de quien lea el fallo, de manera que no sólo se advierta el marco legal aplicable, sino el uso particular que se ha hecho con él⁹⁴⁷.

La decisión judicial no responde únicamente a razones de justificaciones jurídica, sino también a las llamadas razones explicativas vinculadas a las ideas, creencias y valores culturales de quien decide, y pese a que es posible que el juez decida, al menos en parte, mediante un proceso mental inverso en el que plantea primero la conclusión y luego las premisas, e incluso que su decisión sea, sobre todo, producto de prejuicios, no se halla exento de brindar las debidas justificaciones. La motivación de la decisión judicial que impone una pena debe permitir conocer de manera concreta cuáles son las razones por las que el tribunal ha escogido la sanción que aplica y no otra⁹⁴⁸.

Según lo anotado, esta exigencia constitucional no se verá colmada, cuando el juzgador, en la resolución de condena, solo invoca el articulado correspondiente y, por ejemplo, impone una pena suspendida a un procesado por delito de Peculado, sino que debe explicar en rigor los motivos por los cuales procede tal favorecimiento punitivo, o en su defecto, porque le impone el máximo de rigor punitivo al autor de un Robo agravado, con la concurrencia de una sola circunstancia de agravación; esto se hace más sensible, cuando el juzgador ha de aplicar las instituciones de la Reincidencia y la Habitualidad, así como la mayor pena por la condición de funcionario y/o servidor público, se acuerdo al artículo 46°-A del CP. Asimismo, el tema de los fines preventivo-especiales, como la culpabilidad por el hecho, asumen una notable importancia, si es que consideramos

947 FLEMING, A./ López Viñals. *Las Penas*, cit., p. 440.

948 FLEMING, A. y López, P. *Las Penas*, cit., p. 440.

enserio que el fin de la pena es la prevención, debe hacerse mención concreta a ello. En cualquier caso, la adecuada fundamentación del fallo exigirá que se mencionen los aspectos que se emplean para dimensionar la pena y se indique con precisión que se los tiene por atenuantes o agravantes, sin que sea necesario, además, que se explique por qué razón se les asigna ese sentido, lo cual por demás será fácilmente advertible por el enrolamiento del juzgador en determinadas líneas de pensamiento sobre los fines y fundamentos de la sanción⁹⁴⁹. Hemos enfatizado en la obra, que en este marco determinativo e individualizador de la sanción, al margen de los criterios retributivos, sólo puede apelarse a los fines *preventivos especiales de la pena* y, no a los fines preventivo generales, que únicamente han de estar presentes en la conminación punitiva.

Importante ahora, es analizar el segundo párrafo: *“Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad”*. Atendemos a lo antes señalado, de que la pena —en principio—, debe ser expresión de lo sucedido en el hecho punible cometido, es decir, valorar en estricto el contenido material del injusto, desde un marco de lesividad, el grado de afectación del bien jurídico, en cuanto al desvalor del resultado y, por otra parte, el desvalor de la acción; recuérdese que no todos los delitos provocan un estado real de lesión, sino su puesta en peligro, como sucede en los delitos de mera actividad⁹⁵⁰ y en el delito tentado. Las circunstancias son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan la medición de la intensidad de un delito. Es decir, hacen posible valorar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuridicidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad



949 FLEMING, A. y otro. *Las Penas*, cit., p. 445.

950 Cuestión similar, ha de verse en los delitos de peligro.

del agente)⁹⁵¹. En otras palabras: aquellos elementos que sean de la esencia de los tipos penales respectivos, o que se hayan sido señalados al redactar las figuras punibles en la Parte Especial del Código, o en el derecho penal complementario, no podrán ser empleados de nuevo en esta etapa, porque se violentaría el principio del *non bis in idem*⁹⁵².

Dicho límite de aplicación normativa prohíbe la arbitrariedad del juzgador, puesto que al momento de determinar la pena, no puede (...), agravar la pena en atención a una circunstancia cuya presencia, sea necesaria para la configuración delictiva (...)⁹⁵³. Los tipos penales describen las conductas de las que puede derivarse una pena; se trata de requisitos mínimos para que alguien sea castigado; sería entonces ilógico que la pena que el juez selecciona para el caso fuese agravada por haberse realizado un aspecto del hecho necesario para el perfeccionamiento del tipo⁹⁵⁴. La objeción de doble valoración se funda en el principio general de prohibición del *bis in idem* y se configuraría en el entendido de que el legislador penal en la confección de los delitos y de las penas asignadas a su comisión ya habría tomado en cuenta los efectos preventivos –generales necesarios para una eficaz disuación de terceros, por lo que su consideración también por el juez en la fase de medición penal– se sostiene importaría su doble valoración con efectos agravatorios de la medida de pena⁹⁵⁵.

Acá, se vincula el sujeto culpable con el hecho, nos referimos a la *culpabilidad por el acto, al reproche que surge de la relación personal del autor con la conducta antijurídica que se le atribuye*

951 PRADO SILDARRIAGA, V. *Determinación Judicial de la Pena...*, cit., ps. 138-139.

952 VELÁSQUEZ V., F. *Los criterios de determinación...*, cit., p. 10.

953 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, J.A. *La determinación judicial de la pena*, cit., p. 147.

954 Citado por Fleming, A. y López, P. *Las Penas*, cit., p. 369.

955 BESIO, M. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, cit., p. 154.



haber cometido; de hecho la medida de pena debe tener como fundamento la culpabilidad del agente con el acto perpetrado, esta es la garantía que ofrece la teoría «retributiva» y, que de cierta forma, evita que una persona sea sancionada fuera de los marcos legales imponibles.

Cuestión en particular, es lo que sucede con la pena de cadena perpetua, una sanción indefinida a indeterminada, que si bien tiene un comienzo no tiene un fin temporal, al margen de la simbólica Revisión de la condena prevista en el artículo 59°-A del CEP. Una pena así concebida, no puede ser graduada, no permite dosificar la pena justa, conforme al grado de desvalor del injusto y a la intensidad del reproche culpable; no es lo mismo la muerte sobreviniente, producto de un Robo o Secuestro agravado, que las lesiones graves inferidas en la estructura somática de la víctima o que el agente forme parte de una organización criminal dedicada a cometer alguno de estos injustos penales. Así, será imposible, valorar también circunstancia atenuantes privilegiadas, como la responsabilidad restringida o el delito tentado; situación que hace de ésta, una pena incompatible con los criterios que deben hacerse uso, en el proceso aplicativo de la sanción punitiva. Se señala en la doctrina, que se trata de una conminación penal imposible de ser graduada dada su duración indeterminada, y sólo se explica en cuanto que el legislador acude a criterios preventivo-generales negativos para intimidar o aterrorizar al conglomerado social⁹⁵⁶.

Se tiene de esta forma, que ya el tipo penal –en su composición normativa–, puede definir ciertos elementos, que integran el desvalor de la conducta o un determinado grado de reproche personal (*culpabilidad*); v. gr, la calidad de funcionario y/o servidor público en el caso de los delitos funcionales, el estado de emoción violenta en el artículo 109° del CP, la alevosía como medio empleado en el

956 VELÁSQUEZ V., F. *Los criterios de determinación...*, cit., p. 10.



delito de Asesinato, la ferocidad, lucro, placer, codicia (para facilitar y/o ocultar otro delito), el móvil piadoso en Homicidio a ruego, la relación de parentesco en el Parricidio y en el Infanticidio, las diversas circunstancias de agravación, contenidas en el Robo agravado, Secuestro, Extorsión, Hurto, etc. Puede indicarse también, la calidad de funcionario y/o servidor público, como agravante en la figura delictiva de Tráfico de Influencia, la modalidad culposa en el delito de Peculado, el destino de los caudales apropiados por el *intraneus* en el Peculado agravado⁹⁵⁷, etc. En este sentido, por ejemplo, Mir Puig entiende que las circunstancias son elementos accidentales del delito que, por ello, no afectan a su existencia sino que sólo a su gravedad y que inciden la mayoría de ellas aumentando o disminuyendo la cantidad de injusto penal o la posibilidad de imputación personal ((culpabilidad) del hecho, destacando este autor que, en todo caso, si bien normalmente las circunstancias afectan al delito en su gravedad, “los efectos que la ley les atribuye sobre la pena corresponden siempre a la teoría de la pena, dentro de la cual han de contemplarse las reglas de determinación de la pena⁹⁵⁸”.

En el Acuerdo Plenario Nº 1-2008, se sostiene que: “*Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido*”. Todos estos datos a saber, abonan en la legitimidad de que el *ius puniendi* estatal adquiere contornos de mayor severidad, apoyado en los principios de lesividad, culpabilidad y de proporcionalidad; por tales motivos, es que el legislador define normativamente un marco penal de mayor dureza en comparación con la conminación penal del tipo base.

957 Así, en el caso del injusto funcional de Malversación de fondos.

958 BESIO, M. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, cit., p. 528.



Es decir, existe toda una vastedad de circunstancias, datos y/o elementos a saber, que el legislador ha incluido de forma taxativa en la composición de los tipos penales, que modulan el contenido material del injusto, tanto en una escala menor como en una escala mayor; son propiamente, factores componedores de la tipicidad penal como el grado del juicio de reproche personal (*culpabilidad*), de manera, que si esto es así, el juzgador ya no los podrá tomar en consideración, so pena de vulnerar el principio del «non bis in idem».

Renglón seguido, se expone: “El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

- Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes; en este primer paso, es una cuestión de índole puramente matemático, dividiendo el marco penal en tres partes⁹⁵⁹. Bajo tal partición, se tiene un tercio inferior, un tercio medio y un tercio superior.
- Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
 - a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. Acá debe hacerse una distinción, no es lo mismo, que concorra –por ejemplo–, la carencia de antecedentes penales o un obrar por móviles nobles, que no exista ninguna de la causales contenidas en la primera tabulación del artículo 46° del CP, de modo, que la primera de las ocurrencias, debe permitir al juez, con-

959 Vide, al respecto ZÚÑIGA RÍOS, J.C. *La determinación judicial de la pena*. En: Actualidad Penal, N° 03 - setiembre 2014, cit., ps. 145-146.

cretizar el quantum de pena desde la escala más baja del marco punitivo. Este fundamento encuentra su razón de ser en el *principio de proporcionalidad*, motivo por el cual ambos supuestos no podrían recibir igual tratamiento⁹⁶⁰.

- b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
- c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

Las circunstancias agravantes y/o atenuantes, a que hace referencia esta tabulación del articulado, conciernen a todas aquellas que se encuentran regladas en el artículo 46° del CP, pues son aquellas de naturaleza «genérica», en principio, susceptibles de aplicación en todo delito, y agente, siempre que se cumpla con su identidad valorativa. Factor a añadir, es que el legislador, no ha señalado en la letra de la norma, que es lo que sucede cuando no hay equivalencia cuantitativa entre las circunstancias de agravación y/o atenuación, piénsese en aquel delito que concurren tres factores de agravación y uno solo de atenuación o viceversa ¿Sobre cuál tercio debe ubicarse el juzgador?, entendemos, que en el primer caso, se debe ubicar en el tercio superior y, en la otra hipótesis, en el tercio inferior.

- Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

Primero, nos preguntamos: ¿Cuáles son las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas? En prin-

960 PAUCAR CHAPPA, M.E. *Nuevas reglas de determinación de la pena: "El Sistema de Tercios"*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 51 - setiembre 2013, cit., p. 36.



cipio, las primeras serán, –por ejemplo–, la responsabilidad restringida, en razón de la edad del agente, las eximentes incompletas de responsabilidad penal, el desistimiento voluntario, la tentativa, el error de tipo, el error de prohibición y el error de comprensión culturalmente condicionado vencible. Mientras, que en el segundo rubro, se identifica la calidad de funcionario y/o servidor público del agente, la Reincidencia y la Habitualidad. El móvil, por tanto, ya no puede ser considerado en esta cuantificación punitiva, al tratarse de una circunstancia genérica de agravación o de atenuación.

- a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; importa acá, que se pueda ir por debajo del mínimo legal, pues tómesese el ejemplo, de un móvil piadoso y, luego, que se identifique un delito tentado o una responsabilidad restringida, que en el caso del Hurto agravado, podría aplicarse una pena de dos años de pena privativa de la libertad, que por su corta duración puede ser suspendida.
- b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; en este espacio punitivo, donde se afincan la Reincidencia y la Habitualidad, que por su denostada fijación en la personalidad del autor, deviene en una valoración que resiente el principio de culpabilidad por el acto, al considerar una las actitudes frente a la vida misma, regresando a una situación que ya fue considerada en una condena anterior así como la predisposición del autor a cometer una determinada clase de hechos punibles y
- c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”.

Entonces, si estamos ante un agente que se le atribuye haber cometido el delito de Hurto agravado, mediante las hipótesis de durante la noche y en casa habitada, a su vez obrando bajo estado de emoción o de temor excusable, tendría que graduarse la penalidad conforme al tercer intermedio, esto es, entre cuatro a cinco años, y, luego, concurriendo la circunstancia atenuante de responsabilidad restringida, más a la par es un Reincidente, la pena concreta sería de cuatro años de ppl, a lo cual habría de añadirse las circunstancias descritas en el artículo 45° del CP.



LAS FIGURAS CONCURSALES DELICTIVAS Y LA DISTINCIÓN DEL CONCURSO REAL DE DELITOS CON EL DELITO CONTINUADO (CONCEPTO Y FINALIDAD POLÍTICO CRIMINAL)

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

La conducta humana puede ser portadora de lesividad social, es decir, en términos de la parte programática de la codificación penal, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico –penalmente tutelado–; pero este comportamiento para ser –penalmente relevante– requiere de que este sea la manifestación de una persona –libre y consciente–, que su actuación –reprochada penalmente–, se producto de su obra y no de la naturaleza o de terceros actuan-tes; ello en consonancia con los principios de legalidad, de culpabi-lidad y responsabilidad por el hecho. Un solo hecho que puede ser subsumido en un tipo legal - Conflicto aparente de normas y no ante un Concurso delictivo.

Así, el legislador va recogiendo una serie acciones y omisiones, y las declara “punibles”, conforme la consecuencia jurídica que le es inherente a todo tipo legal; conductas que son objeto de una siste-matización reguladora en base al bien jurídico protegido, es pues el interés tutelado por la norma penal la base de las diversas familias delictivas que se han compaginado a todo lo largo y ancho del catá-logo punitivo; se parte así, de la vida, el cuerpo y la salud, de bienes jurídicos fundamentales, para luego penetrar en aquellos intereses

supra-individuales, los estrictamente institucionales y otros, que dinamizan de la estructura programática del texto «ius-fundamental».

De modo, que se van estructurando las diversos comportamientos típicos, que han de ser valorados y cotejados con la conducta desplegada por el agente, que es objeto de imputación. Una conducta que no puede ser percibida desde un punto de vista naturalístico o dígame corporal del ser humano, en cuanto a una fuerza física que a pesar de haber lesionado un bien jurídico, no le puede ser atribuido al carecer de los presupuestos fundamentales de la acción jurídico-penalmente relevante.

Lo importa es el análisis riguroso, de cómo esta acción humana, dirigida por la conciencia y libertad del hombre (o mínimamente siéndole previsible), es que ingresa al ámbito de protección de la norma, incidiendo en una afectación a un determinado bien jurídico. V. gr, una persona de causalidad tropieza con otra persona y así le provoca lesiones leves, quien forcejea con otro con un arma de fuego (una riña mutua o en un intento homicida), y así este se dispara y uno ellos muere o resulta gravemente herido. Vayamos ver si estos estados de lesión pueden ser correctamente subsumidos en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, sea a título de dolo, culpa (y la llamada “preterintencionalidad”).

Vemos de esta forma que la ley penal concibe una conducta humana, una acción u omisión que puede ser consecuencia de la realización de una serie de movimientos musculares (fisiológicos) al margen del plano subjetivo (ideológico) que le antecede. Para dar muerte a otra persona, primero adquirir el arma de fuego (dar lugar al delito de tenencia ilegal de armas si su portación es “ilegal”), realiza así el reglaje de la víctima (constitutivo del tipo legal de marcaje) así desenfunda el arma y aprieta el gatillo, disparando contra las zonas anatómicas más delicadas de la víctima, que si no logra su objetivo por motivos ajenos a su voluntad (será tentativa - *circunstancia atenuante privilegiada*) y si muere (consumación); luego este

mismo o un tercero lo que hace es ocultar el cadáver para que no pueda ser identificado por sus familiares y por los órganos de persecución penal (“encubrimiento real”).

Analizando tal secuencia fisiológica, es que podemos tipificar los siguientes delitos: - tenencia ilegal de armas, marcaje o reglaje y Homicidio o Asesinato sea en grado de tentativa o consumado, mas notamos que la acción descrita en el artículo 317-A importa un acto preparatorio del delito contenido en el artículo 106° o 108° del CP, por lo que estaría ya subsumido en aquel. De manera, que cuando con una sola acción (u omisión), se puede vulnerar en simultáneo varios o un solo bien jurídico toma lugar el llamado concurso ideal de delitos; que al ser la tenencia un delito permanente ingresa en CI con el de Homicidio (“heterogéneo”), mas si por ejemplo se explota una granada de guerra en un determinado lugar y así mueren 10 personas, será un concurso ideal por Asesinato, pero si lo que hace es igual matarlos, pero con disparos que se rastrillan en tiempos distintos con el arma de fuego, será un concurso real de delitos, donde ha de advertirse que cada una de estas conductas típicas se comete en tiempos distintos, bajo una unidad de agente delictual.

Y, así, cuando el delito precedente ya se consumó, los actos posteriores a ello, , v. gr. es decir post-consumativos ya no pueden ingresar a su ámbito de protección legal (homicidio, asesinato, feminicidio, hurto, robo, etc.), sino que han de ser cobijados conforme las descripciones típicas de los delito autónomos de encubrimiento, receptación y lavado de activos (auto-lavado en el marco de un delito precedente de un mismo autor, v. gr., cohecho o colusión ilegal). Cuando esto sucede, y se advierte el mismo agente en su perpetración delictiva, necesariamente da lugar a un Concurso real de delitos (ya no como se pensaba antes, como actos de agotamiento “impunes”), al identificarse la lesión de bienes jurídicos de distinta naturaleza jurídica; esto llevado al caso del Auto-lavado (cohecho - antecedente), y lo que en algunos casos puede suceder también en el caso de la trata de personas primero y luego aparece el delito de explotación sexual.



2. LA DISTINCIÓN DEL CONCURSO REAL DE DELITOS CON EL DELITO CONTINUADO

Sabemos que el Concurso real importa una pluralidad de acciones (omisiones), que dan lugar a una pluralidad delictiva (pluralidad de hechos)⁹⁶¹, –atribuidos a un solo agente delictual–, cuyo rasgo distintivo en comparación con el Concurso Ideal de delitos, parte de que las acciones típicas suponen una pluralidad de acciones, quiere decir esto, que cada una de estas conductas es constitutivo –objetiva y subjetivamente– de un delito, cuya conexión en todo caso se produce a instancia de una unidad del sujeto activo. La comprobación de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa: habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción⁹⁶².

Sobre el esquema regulativo del Concurso real de delitos, se ha estructurado de manera abstracta, la figura del «Delito continuado», cuyo contenido se recoge en el 49º del Código Penal: *“Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave”*. El “delito continuado” supone una ficción legal creada por el legislador, sustentada en criterios de política criminal, que pretenden ajustarse a los cometidos esenciales de un Derecho penal democrático, de sujetar la reacción punitiva a criterios de racionalidad y de proporcionalidad; en el caso que

961 Así, WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 324; Stratenwerth, G. *Derecho Penal...*, cit., p. 553-554; BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 301; ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 824.

962 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 557.

se avizoren acciones u omisiones, que si bien independientemente constituyen cada una de éstas un hecho punible, a ser expresión de una unidad del plan criminal del autor y vistos, cada una de aquellos como portador de un mínimo contenido del injusto, da cuenta de una respuestas más benigna en comparación a las reglas punitivas del Concurso real de delitos, por ello su tratamiento en el casos concretos debe ser muy rigurosos, tanto en lo que respecta al nexo de inmediatez temporal que debe subyacer entre cada hecho delictivo como la forma y medios de su perpetración por parte del agente.

El delito continuado constituye la realización de varias acciones, producidas en distintos tiempos pero en forma continua y sucesiva, que vulneran el mismo tipo legal o de semejante naturaleza; que valorados de forma independiente, comportan la configuración de un hecho punible.

Podemos definir al delito continuado de la siguiente forma: *supone la concurrencia de una unidad de resolución criminal, cuya realización no se agota en un solo acto –de por sí típico–, pues se comprende de una prosecución de hechos –separados en el tiempo– y en el espacio, pero unidos secuencialmente bajo un dolo total.*

Cuestión importante a destacar es que no debe tratarse de la vulneración sistemática de bienes jurídicos fundamentales, como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad (“indemnidad sexual”), bastando –a nuestro entender–, que se trate de una sola víctima y no de varios ofendidos como se desprende del tenor literal de la ley; inaceptable que se pretenda buscar un castigo más benigno en aquel depravado que ultraja sexualmente a su hija biológica de manera sistemática en el tiempo.

2.1. Casación N° 97-2017-Arequipa

A tal efecto, resulta importante dar cuenta de la línea interpretativa de la Corte Suprema, cuando estamos realmente ante esta

figura atenuada concursal, y no bajo las reglas del Concurso real, donde es obvio que es la propia defensa que busca dicha argumentación, a fin de obtener penas más atenuadas para su patrocinado. Así, cuando se señala en el Fundamento Tercero, de la CASACIÓN N° 97-2017: “(...) la diferencia entre un concurso real homogéneo y un delito continuado. En el primero, existe pluralidad de delitos relacionados con infracciones de la misma especie. Pero estos delitos, salvo la vinculación que tienen a través de su autor (vinculación subjetiva), no guardan entre sí conexión alguna. En cambio, en el segundo, la pluralidad de acciones homogéneas (que infringen la misma norma penal o una de igual o semejante naturaleza), si bien se realizan en distinto tiempo, se dan análogas ocasiones y todas responden a una misma resolución criminal. Hay identidad específica del comportamiento delictivo así como un nexo temporal-especial de los actos individuales (SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad número dos mil doscientos noventa y seis - dos mil diecisiete/Ventanilla, del veinticinco de enero de dos mil dieciocho, fundamento jurídico tercero, tres punto tres y tres punto cuatro). En términos dogmáticos, el delito continuado opera impidiendo la aplicación de las consecuencias punitivas del concurso real.

De tal manera, que el delito Continuado requiere de mayores elementos de configuración legal que el Concurso real de delitos, tanto desde un punto de vista subjetivo (“modus operandi”) como objetivo.

En el fundamento quinto, se postula que: “(...) que el delito continuado exige no solo la afectación del mismo bien jurídico (verbigracia: queda descartada la continuación entre el hurto y el robo, o entre las lesiones y el homicidio). Además, resulta necesario que los diversos hechos tengan una cierta similitud exterior. Es posible, por lo tanto, que entre ellos haya diferentes modalidades, mientras por lo menos exista una cierta cercanía temporal y especial”. (BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte general. Segunda edición.

Madrid: Editorial Hammurabi, 1999, p. 586); ojo, no puede darse esta figura jurídica entre robo y hurto, pues el primero es de naturaleza pluriofensiva, ya esta última categoría dogmática hace alusión a afectaciones a intereses jurídicos que van más allá de lo que se pretende tutelar en una determinada capitulación (*patrimonio*).

Por lo que en los fundamentos Séptimo y Octavo, se dice que: “En observancia del principio mencionado (Intangibilidad fáctica⁹⁶³), consta acreditado que el procesado Luis Fernando López Troncoso ha sido condenado como autor dos ilícitos plenamente independientes: *de un lado, delito de microcomercialización, por el hecho ocurrido el diecinueve de diciembre de dos mil catorce: y, de otro lado, delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, por el hecho acaecido el diecinueve de marzo de dos mil quince. Por el primer delito se le impuso una pena de tres años. Mientras que por el segundo delito se le aplicó una pena de siete años. La sumatoria de ambas sanciones arrojó un total de diez años de privación de libertad* (pena conjunta)”. Se advierte, por tanto, la ejecución de dos modalidades distintas referidas al TID, uno propio de la microcomercialización de la sustancia prohibida, y el otro, promover, que es crear las condiciones positivas, para que se materialice el TID.

Se materializaron, por tanto, dice la CS, que se trata de dos delitos autónomos. *No se trató de un solo hecho delictivo, disgregado en distintas acciones materiales encaminadas y/o conectadas, en su vertiente subjetiva, por el mismo designio criminal. Por el contrario, existió fragmentación táctica en la ejecución de los delitos y se forjaron dos periodos escindibles en el tiempo. Entre ellos emerge una diferencia de tres meses, lo que evidenció una desconexión temporal absoluta. La producción de acciones delictuales distantes en su cronología no refleja una continuidad delictiva plena, sino diferen-*

963 Ello implica, dejar inalterable, respetar la homogeneidad fáctica que construye la imputación delictiva en contra del inculcado.



tes actuaciones que dan lugar a ilícitos individuales. Además, si bien ambos constituyen delitos contra la salud pública (similar bien jurídico), no es tangible que en su perpetración haya existido una mecánica común (distinto modus operandi). Se aprecia un espacio temporal extendido entre uno y otro hecho delictual, lo que al margen de la propia sustantividad que reviste cada uno de ellos, lo aleja del hilo de unidad secuencial temporal que se requiere para la correcta configuración del delito “continuado; ello al margen, de cómo destaca la CS, que no se está frente a una similar forma de perpetración delictual, es decir, un «modus operandi» similar en cada fracción delictiva, como no se da en el presente caso. Por tanto, diríamos que los requisitos del Delito continuado no se agotan con la identificación de un mismos bien jurídico, afectado y/o puesta en peligro con las diversas conductas delictivas por parte del agente, sino que a la par de la inmediatez temporal que debe subyacer entre éstas, se necesita de un patrón de perpetración delictiva.

2.2. RN N° 830-2018, Lima Sur (Sala Penal Transitoria)

Propiamente el *factum* (descripción fáctica) de la acusación fiscal (foja 345), se imputó al acusado Luis Santiago Espinola Vega y al ausente Carlos Alberto Chapelliquen Espinoza, dos hechos: El primer hecho, ocurrido el **diecisiete de enero de dos mil quince**, a las veinte horas con diez minutos, cuando la agraviada Verónica Aime Malpartida García se encontraba en una distribuidora de teléfonos Claro, ubicada en el sector 2, grupo 23, mz. F, lote 14, Villa El Salvador, donde fue interceptada por los citados acusados, quienes ingresaron y gritaron “ya perdieron, esto es un asalto”, instantes en que el primero le mostró un cuchillo a la agraviada y se abalanzó sobre ella, quien opuso resistencia; sin embargo, logró quitarle su cartera, en cuyo interior tenía su documento de identidad nacional (DNI), tarjetas de crédito, un celular y dinero en efectivo; luego de ello se dieron a la fuga. Lo que da lugar a la materialidad consumativa del delito de Robo agravado, auspiciado por la teoría de la

“disponibilidad”, en cuanto a un acto de apoderamiento mediando el uso de la violencia física y la amenaza.

El segundo hecho, ocurrido el **diecinueve de enero de dos mil quince** a las doce horas, en circunstancias que el menor agraviado Aldair Alex León Parinango, caminaba al paradero denominado “Chifa la B”, fue interceptado por el acusado Espinola Vega, quien lo amenazó con un cuchillo a la altura del riñón, y luego procedió a sustraerle su teléfono celular, y se dio a la fuga. Actos constitutivos de Robo agravado, en diversas modalidades típicas, considerado la forma y medios de como el agente delictivo se apodera del objeto material del delito.

Sobre el marco de imputación, alega la defensa del condenado que los dos hechos imputados (el diecisiete de enero y el diecinueve de enero de dos mil quince), son delitos continuados y no un concurso real; para lo cual debe considerarse si estamos en realidad ante injustos penales, que por su insignificancia antijurídica, puede decirse que son parte de un solo plan criminal a ser realizado de manera sistemática en el tiempo, al margen de afectar un solo bien jurídico y en correspondencia con un solo “modus operandi”. Por lo que estando, ante hechos que tomaron lugar en tiempos y espacios distintos, de relativiza de *prima facie* la admisión en el presente caso del delito «continuado».

Lo que lleva a CS, a la siguiente definición: “(...) el artículo 50 del CP regula el concurso real. Esta Corte Suprema ha interpretado este dispositivo legal, indicando que existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo. Es homogéneo, si la pluralidad de delitos cometidos corresponde a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. Es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie (...)”. Concluyendo que: *“En el presente caso, se presentan los tres presupuestos del concurso real. Espinola Vega participó en*



dos robos en dos momentos distintos, y en agravio de las personas ya indicadas. El primero, participó según la imputación fiscal con el acusado ausente Carlos Alberto Chapelliquen y el segundo hecho, de manera individual contra el menor agraviado, hechos que no guardan entre sí conexión alguna. Por ello, fue correcta la determinación que efectuó la Sala Penal Superior, con relación al concurso real, y a la sumatoria de penas”.

No se puede sostener válidamente, que aquellos que acometen delitos de manera permanente, de manera reiterada en el tiempo, no formando parte de una sola ideación y deliberación criminal, de lugar a un delito continuado; se trata de una banda criminal o sujeto (s) que actúan bajo el régimen de coautoría (o un solo perpetrador) y que van generando sus ilícitos penales conforme van ideando nuevos hechos para apoderarse (mediando el uso de la violencia o amenaza) ilícitamente del patrimonio de sus víctimas.

2.3. RN N° 2296-2017-Ventanilla

- Toca ahora, anclar en posturas jurisprudenciales, que viabilizan y admiten la figura del delito «continuado», y así legitimar una sanción penal de menor rigor punitivo a distinción del Concurso real de delitos; de ahí, que en el RN N° 2296-2017-Ventanilla, la Sala Penal Permanente de la CS, señala en los fundamentos 3.1 y 3.2, lo siguiente: *“En la sentencia de vista, se parte del criterio de que se trata de un concurso real de delitos homogéneo, previsto en el artículo ochenta del Código Penal, según el cual cada delito prescribe de manera independiente. Sin embargo, el análisis debe centrarse en si realmente se trata de un concurso real de delitos o estamos ante un delito continuado. En esta última hipótesis, todas las acciones se consideran un solo delito, por lo que operaría un plazo de prescripción para todos”.*

Para tal efecto, debe identificarse si en este caso, si estamos ante actos delictivos, fragmentados cometidos en espacios y tiem-

pos distintos, en si unidos bajo una unidad de resolución criminal así un nexo de inmediatez temporal muy estrecho entre uno y otro.

Así, vemos que en los fundamentos 3.5 y 3.6, se indica que: “Se deriva de la revisión de autos y de la acusación fiscal que en el presente caso el *modus operandi* fue el mismo en todos los casos: la oferta de venta de los inmuebles de propiedad de las coprocesadas María Felicia Zunino Berisso y Clara Eva Zunino Berisso situados en el exfundo “Pampas de Ventanilla»; *la captación por parte del coprocesado Pablo Armando Guzmán Grillo de los posibles compradores, a quienes condujo al domicilio de las propietarias, ubicado en el distrito de La Punta, provincia del Callao, para la suscripción de un contrato de transferencia de derechos y acciones o de compraventa, y el pago simultáneo de una cuota inicial*; y la instrucción verbal a los compradores por parte de las propietarias de que el pago del saldo del precio lo debían efectuar en cuotas mensuales directamente a su coprocesado en las oficinas del distrito de Ventanilla. Una vez que los agraviados pagaban las cuotas, les enviaban cartas notariales comunicándoles que no reconocían los pagos efectuados, bajo el pretexto de que el procesado no estaba autorizado ni notarial ni registralmente para efectuar los cobros”.

Por tanto, se dice que: “*La continuidad temporal en los hechos se evidencia en que tres de los contratos se suscribieron en distintos momentos del mismo día —ocho de septiembre de dos mil ocho—, y aunque los otros se dieron el veintisiete de octubre de dos mil nueve y el seis de junio de dos mil once, dadas las circunstancias de perpetración de los hechos, en los que en el lapso transcurrido seguía vigente la oferta de los inmuebles al público, la continuidad no se ve afectada. Por ello, debemos concluir que todos estos hechos derivaban de una misma resolución criminal y, por lo tanto, se trata de un delito continuado*”. Claro está tal postulación interpretativa adquiere legitimidad si es que entendemos que las conductas descritas forman parte de una unidad de resolución criminal en que se manifestó con la puesta en escena del *modus operandi*, que era de



tener abierto al público usuario la oferta de los inmuebles, esperando pues que caiga más víctimas de manera escalonada, sin tener que acometer una nueva forma de poder engañar a la gente y así obtener dividendos económicos de manera ilícita.

Por tanto, se concluye en el Fundamento 3.7, de la siguiente manera: *“El delito continuado se sanciona con la pena correspondiente al delito más grave. En este caso, todas las acciones constituían estafa y la pena conminada máxima para este delito previsto en el artículo ciento noventa y seis del Código Penal es de seis años de privación de libertad. Por lo que, en aplicación de lo dispuesto en los artículos ochenta y ochenta y tres del mismo código, la acción penal para este delito prescribe a los nueve años (plazo de prescripción extraordinaria)”*. Como se sostuvo, la aplicación del delito continuado, importa términos “benignos” en el marco de la pena, de modo que pueda imponerse la pena por el ilícito penal que denote mayor gravedad sancionadora. Es así, que advertimos la pervivencia del sistema de absorción de penas, ahora relativizado en el marco del Concurso real y el Concurso ideal de delitos, producto de la Ley N° 28730 del 2006, que da cuenta del Sistema “Acumulativo de Penas”.

— A modo de conclusión

Estando a que la conducta humana, manifiesta en su estructura ontológica la realización de una serie de movimiento musculares (fisiológicos, cuando se trata de la modalidad “comisiva⁹⁶⁴”), en orden a calzar correcta y válidamente la conducta inculpada bajo los diversos tipos legales que son objeto de inculpa. Razones de justicia y preventivos así lo aconsejan.

964 Distinta a la modalidad “omisiva”, donde no es que el agente no haga nada, que sea un cuerpo inerte e inmovilizado, sino que efectúa cualquier cosa menos aquello que la ley penal le exige realizar, en cuanto a contener todo foco de riesgo (no permitido) para la indemnidad del bien jurídico tutelado por la ley penal.

El hecho de que el legislador y el PE, haya procedido en las últimas reformas legales a incluir nuevas figuras delictivas y a incluir variadas formas de agravación delictiva, incide en la necesidad de operativizar los insumos e información científica (dogmática), a fin de ajustar los alcances normativos del tipo penal (es) que correspondan, no solo conforme al principio de legalidad, sino también afín al principio del bien jurídico tutelado, dado el evidente entrecruzamiento de varias figuras delictiva, sobre todo cuando se incluye en el tipo penal agravado una consecuencia lesiva más gravosa de la conducta típica, que alcanza a otro bien jurídico (delito “preterintencional”)

Así, aparen las figuras del Conflicto aparente de normas con el Concurso delictivo, siendo indispensable la labor de hermenéutica jurídica distinguir uno del otro, sabedores que en el caso de los Concursos –tanto real como ideal–, la respuesta sancionadora es totalmente distinta, pues una única lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por parte del agente no puede recibir la misma descarga punitiva, que aquel que con una sola conducta o varias en tiempos distintos, vulnere un mismo bien jurídico o distintos. En estos últimos casos, la pena ha de adquirir contornos punitivos más severos, ello llevado a la reforma de la Ley N° 28726 del 2006, que da cabida al Sistema de Acumulación jurídico de penas.

No pudiéndose dejar de lado, que en el caso de que el delito se consumó ya no se admiten formas de participación delictiva punibles, con excepción de los delitos de Autolavado, de trata de personas con Explotación sexual, etc., con un solo agente que ha de responder sobre la base punitiva del Concurso real de delitos.

Lo otro, de que el Delito continuado, como expresión y manifestación abstracta del Concurso real de delitos, al significar un tratamiento sancionador benigno por parte de la ley penal al agente (art. 49°), su aplicación ha de ser muy rigurosa, en cuanto a sus presupuestos de configuración legal, sobre todo cuando al agente se le

atribuye la comisión de delitos que afectan bienes jurídicos fundamentales. Por lo que la CS, ha hilvanado muy fino en orden a delimitar una figura de la otra, donde la unidad de resolución criminal supone algo más que postular, que todos los hechos típicos (cometidos en espacios y tiempos distintos) forman parte de un solo plan criminal, pues se requiere advertir el nexo de inmediatez temporal entre uno y otro, así como una misma forma de comisión delictiva (“modus operandi”).



LA NO EXIGIBILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO DISTINTO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Recapitulando la pena presupone la realización de un injusto penal, la creación de un riesgo objetivamente desaprobado que ingrese al ámbito de protección de las normas como consecuencia de un resultado o la creación de un peligro abarcado por su esfera comprensiva, cuya conducción humana haya sido propulsada por una energía criminal lo suficientemente intensa para correlacionarla con la esfera objetiva o al menos como producto de la infracción de deberes que le eran exigibles al autor al momento del hecho; luego, la conclusión de la tipicidad penal de la conducta debe ser confrontada con valoraciones positivas que se desprenden de todo el ordenamiento en su conjunto, a fin de conciliar los valores del derecho positivo con los fines concretos del Derecho Penal, análisis que da lugar al juicio de antijuridicidad a partir de los preceptos permisivos que se han compaginado normativamente en el artículo 20° del CP.

Dicho lo anterior, este «injusto penal» constituye la parte objetiva del hecho jurídicamente desvalorado, sin que ello quepa que el análisis deje de lado el elemento subjetivo y las propiedades inherentes al autor como factor de imputación subjetiva y objetiva.

Habiéndose agotado el análisis del injusto penal, la valoración se traslada a un juicio de imputación individual, el reproche que re-



cae sobre el autor por no haberse motivado conforme a la comprensión normativa que se dirigía a establecer modelos valiosos de conducta, en cuanto a la tutela de los bienes jurídicos de alcance constitucional. Un autor que debe contar con sus facultades psicomotrices plenas, a fin de poder responder al mandato normativo, pues si se advierten defectos en su ámbito de organización individual, se cancela el reproche de culpabilidad en sentido estricto, toda vez que el sujeto no estuvo en capacidad (poder de evitabilidad) de adecuar su conducta conforme al precepto normativo, decayendo con ello los fines preventivo-generales de la norma, sustituyéndose la pena por una medida de seguridad.

A lo dicho, debe agregarse, que el autor conocía que su conducta era constitutiva de un injusto penal, que conocía de la reprochación jurídico-penal que recaía sobre el comportamiento, de comprender la ilicitud penal a fin de poder motivarse normativamente, si ignoraba que su conducta era penalmente prohibida (error de prohibición) su culpabilidad por el hecho estará significativamente disminuida; pues para poder motivarse debe primero conocer y no solo conocer, sino también de aceptar los valores del orden legal como suyos (error de comprensión culturalmente condicionado). Empero, el análisis del juicio de imputación individual no se agota ahí, no basta que el reproche constate que el autor estaba en capacidad de adecuar su conducta conforme a derecho y que conocía de la antijuridicidad penal, debe añadirse un factor más: que la conducta que la norma prescribía le fuese exigible, que su obediencia hacia la norma no implique la renuncia hacia la salvaguarda de sus bienes jurídicos más preciados.

La norma penal no solo debe ser determinada de forma clara, precisa y exacta, sino que también a su vez, debe dirigirse de forma racional, de no imponer la realización de conductas que ya de por sí resulten contrarias a la idea de supervivencia del hombre; la norma no puede ir contra la naturaleza misma del hombre, con su deseo de pervivencia en la sociedad. Como expresa RUDOLPHI, el recurso a

la pena como medio de prevención general y especial solo se muestra proporcionado si presupone que el autor y los ciudadanos en general son sujetos racionales, capaces de autodeterminación, y no objetos que puedan ser adiestrados a placer⁹⁶⁵.

Así también, debe estar en posibilidad de valorar de forma distinta, situaciones ya de por sí distintas. Quien está dispuesto a tratar de forma dispar realidades esencialmente idénticas o a tratar de forma idéntica realidades esencialmente distintas, malinterpreta el único fin legitimador de la pena, esto es, la compensación de la infracción que pone en peligro la vigencia de la norma, perturbando incluso la paz jurídica en vez de restaurarla⁹⁶⁶.

Los hombres asumen determinadas conductas conforme a las características que rodeen una situación concreta, no siempre un sujeto actuará de forma homogénea ante las variadas situaciones de hecho que se le presentan. En efecto, la determinación conductiva conforme a la prescripción normativa, supone un hombre normal, con la capacidad de adecuar su comportamiento conforme a lo esperado por el emisor; pero esta expectativa de conducta no puede ser formulada de forma general y sin esperar una conducta ajena a la esperada.

Una situación de extremo peligro, en la cual pueda derivarse un resultado letal para un bien jurídico fundamental, provoca una reacción que no se condice con el fin de la norma, pues el sujeto a fin de privilegiar sus bienes o de un tercero, vulnera el bien de otro, decae, entonces la «motivabilidad normativa», sin que ello niegue la posibilidad del autor de comportarse conforme a derecho, (...), resulta ineficaz el derecho penal como medio motivador de com-

965 RUDOLPHI, H. J. *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, p. 84.

966 FREUND, G. *Sobre la Función Legitimadora de la Idea de Fin en el Sistema Integral...*, ps. 99-100.



portamientos lícitos y, por ello, también la punibilidad de tales conductas⁹⁶⁷.

Por consiguiente la inexigibilidad de otra conducta no puede fundamentar una exclusión positiva del juicio de antijuridicidad: (...) pues el prójimo no debe jamás ser tratado como simple cosa, sino siempre como fin en sí mismo⁹⁶⁸.

La motivación normativa depende sobre medida en la naturaleza y características en la cual debe concretarse la conducta ordenada o prohibida, pues ante riesgos inminentes a los bienes jurídicos fundamentales, esta se diluye significativamente, haciéndose innecesaria la pena. Para FRISCH, en estos casos se trata de un injusto culpable que no alcanza el umbral de relevancia de merecimiento de pena⁹⁶⁹.

La exigibilidad busca establecer si el agente pudo o no adecuar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico⁹⁷⁰; (...) no hay exigibilidad de una conducta diferente, que tiene lugar cuando opera una situación que reduce notoriamente la autodeterminación del sujeto en el momento de la acción⁹⁷¹; como marco valorativo, que permite al intérprete de la Ley establecer márgenes reales de obediencia normativa, conforme a parámetros racionales de exigencia.

Se introduce al discurso dogmático, a fin de excluir la culpabilidad cuando no existía el deber que regía la conducta interna.

En resumidas cuentas, se propone un juicio «individualizador» del análisis de culpabilidad, de que el juez pueda adentrarse al

967 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, p. 311.

968 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 249.

969 FRISCH, W. *Delito y Sistema del Delito*, p. 221.

970 PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, p. 232.

971 ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, p. 712.

caso concreto, estableciendo parámetros de valoración, conforme a la confrontación de la situación con su autor, si éste fue privado en dicho momento de su capacidad de motivabilidad normal, si es que le era exigible comportarse conforme al sentir normativo; conforme a los presupuestos que se desprenden de la normatividad en cuestión, pues la «inexigibilidad», no es un criterio que se sitúe al margen de la ley, a pesar de encontrarse en niveles de interpretación destacables en algunos tipos penales de la Parte Especial.

En cuanto a su naturaleza jurídica, si bien la institución fue introducida en virtud de una formulación normativa de la culpabilidad, luego con la determinación de un proceso psicológico de motivación normal, aparece entonces, un rasgo de por sí psíquico, así también una sustentación basada estrictamente en los fines preventivos de la pena, a partir de la inclusión de la categoría de la Responsabilidad en el juicio de reproche individual.

Realmente no puede exigirse al agente otra conducta conforme a derecho, cuando estuvo anormalmente motivado por determinadas condiciones externas que impidieron una libre y racional elección a fin de adecuar su conducta a los fines del derecho⁹⁷².

El punto de partida lo configuran situaciones en las que el autor, al cometer el hecho, se halla sometido a una presión psíquica de tal intensidad que ya no cabe esperar una conducta conforme a derecho⁹⁷³.

A nuestro entender, apelar un factor de esta naturaleza, nos puede llegar a confundir, con zonas grises de delimitación, con las causas de inculpabilidad que obedecen a situaciones de inimputabilidad; como se sostuvo —en líneas anteriores— en el «estado de inexigibilidad», el sujeto está en posibilidad de actuar conforme a

972 PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, p. 232.

973 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 312.



derecho, tiene la posibilidad de hacerlo. Máxime, cuando el estado de necesidad disculpante puede dar lugar cuando se obra a fin de salvaguardar un bien jurídico ajeno, donde la presión psíquica no encuentra lugar de cobijo. De ahí que, a partir de ROXIN, se halla reconducida la problemática a los fines preventivos de la pena. Para este autor, el juicio de culpabilidad importa la imputabilidad y conocimiento potencial de la antijuridicidad, donde el análisis valorativo es completado con la “Responsabilidad” que se determina conforme a los cometidos político-criminales, concretamente los fines preventivos generales y preventivos especiales de la pena, comprendiendo las causas jurídico-penales de Exculpación (inexigibilidad), cuya incidencia determina el merecimiento y necesidad de pena. De hecho sería quizá más exacto —escribe ROXIN— hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad, pues la culpabilidad es solo uno de los factores que deciden sobre la responsabilidad jurídico-penal⁹⁷⁴.

Así, RUDOLPHI, al sostener que el legislador prescinde de la pena por razones de inexigibilidad, ello encuentra su explicación en el hecho de que el autor, a través de su hecho individualmente imputable, no ha puesto en cuestión la norma penal de conducta infringida en una forma tal que precisará para su estabilización, de la imposición de una pena por razones preventivo-generales o preventivo-especiales⁹⁷⁵. Posición que ha suscitado ciertas críticas.

STRATENWERTH pone de relieve que las afirmaciones que se desprenden de las teorías funcionales de la culpabilidad, son de naturaleza puramente especulativa, que obtienen su fuerza de convicción en este punto exclusivamente del hecho de que la exclusión de la culpabilidad, en los casos de estado de necesidad, resulta evidente ya bajo el punto de vista de la falta de reprochabilidad⁹⁷⁶.

974 ROXIN, C. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, p. 91.

975 RUDOLPHI, H.J. *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, p. 85.

976 STRATENWERTH G. *Derecho Penal...*, p. 314.

A nuestro parecer, la naturaleza de los «estados de inexigibilidad» parten de un doble baremo a saber: primero, desde una sustentación que tiene que ver con el sujeto en sí, en cuanto a las condiciones internas en las cuales se desarrollo su proceder antijurídico, de acuerdo a su motivabilidad normal, en el sentido de descartar situaciones concomitantes que hayan podido provocar una reacción distinta a la esperada por la norma, y; segundo, tomando en consideración orientaciones político-criminales, los fines preventivos de la pena que importan un decaimiento del merecimiento de la sanción punitiva; una combinación entonces entre el concepto material de culpabilidad y desde un confín preventivo de la pena.

Como pone de relieve MIR PUIG, la exigencia de culpabilidad, como límite de la prevención, reduce a límites imprescindibles la utilización del delincuente al fin de protección de bienes jurídicos: en la medida en que sea posible conseguir tal fin respetando la naturaleza racional autónoma del hombre (es decir, haciéndole responder solo por los hechos que le pertenecen en cuanto producto de su motivación normal)⁹⁷⁷.

No olvidemos que el principio de culpabilidad tiene incidencia directa con la idea de la dignidad humana, un Derecho penal respetuoso de la individualidad y de la libertad humana, debe valorar espacios en los cuales el sujeto obró bajo condiciones anormales de motivación normativa, lo cual supone a la vez la necesidad de prescindir de una pena como una vía inmejorable para preservar la racionalidad penal-normativa. De este modo, la pena apela a la autonomía y responsabilidad de un sujeto racional⁹⁷⁸.

¿Resulta necesaria la inclusión de la categoría de la «responsabilidad», a fin de dar cabida a los «estados de inexigibilidad»?

977 MIR PUIG, S. *Introducción a las Bases del Derecho Penal...*, p. 139.

978 MIR PUIG, S. *Introducción a las Bases del Derecho Penal...*, p. 139.

Ello, dependerá de la ordenación sistemática que se apele de común idea con el fin complementador de valores político-criminales, tal como se desprende la postura de ROXIN y, en nuestro caso del fundamento que se haya sostenido en la culpabilidad como reproche individual que viene contenido por una serie de elementos, en los cuales no se descarta los fines preventivos de la pena.

Como se anotó —en el apartado en referencia—, la culpabilidad como fundamento o límite de pena, tiene como principal basamento, la dignidad humana y la autonomía *intersubjetiva* del individuo, por lo que su integración con fines preventivos no supone contradicción alguna, siempre que el resultado conlleve una disminución de la descarga punitiva, por lo que prescindir de una pena en situaciones que afectan la motivabilidad normal de un sujeto, es adecuado tanto por cuestiones individuales como por finalidades político-criminales.

Ahora bien, las causas de «exclusión de culpabilidad o de responsabilidad», inciden únicamente en la imputación individual, o es que determinan a su vez un menor contenido del injusto.

Según lo anotado, no sólo se produce una descarga del juicio de culpabilidad, sino que el injusto penal cualificado es afectado en su propia intensidad valorativa, v. gr., el hecho de que se produzca un homicidio bajo la situación del miedo insuperable, afecta también el nivel de desvaloración del injusto, al protegerse los bienes jurídicos fundamentales del autor.

En consecuencia, como señala WOLTER, el injusto culpable unitario solo puede ser eliminado mediante causas de exclusión de la responsabilidad que reduzcan al mismo tiempo el injusto y la culpabilidad y en virtud de las cuales parezca inconveniente la punición, por existir otras razones preventivas que así lo aconsejan⁹⁷⁹.

979 WOLTER, Jürgen. *Las causas constitucionales de exclusión del Tipo, del Injusto y de la Punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad*, p. 8.



De todos modos, debe quedar claro que no se produce una disminución total del injusto, quiere decir esto que no se cancela la antijuridicidad de la conducta, ante el conflicto de bienes jurídicos de igual jerarquía no puede cancelarse el contenido del injusto penal, pero sí se da una menor cantidad de desvalor, no lo suficiente como para poder eliminar la antijuridicidad penal. Esta acotación es en realidad importante, pues si concebimos a estos elementos como parte de la antijuridicidad, las consecuencias sería negar cualquier posibilidad de legítima defensa a quien se ve afectado en sus bienes jurídicos, por un estado de necesidad disculpante o miedo insuperable, con la consiguiente confusión entre estos y el estado de necesidad justificante.

La capacidad de autodeterminarse conductivamente, conforme al directivo normativo, se funda en la posibilidad de realizar la conducta jurídicamente correcta y en la exigibilidad de la misma; sucede que posibilidad y exigibilidad de acuerdo con el directivo de conducta no confluyen conceptualmente; “lo imposible no es exigible”; es en mérito a tal percepción fáctica, que el Estado renuncia a la imposición de una pena en determinados comportamientos, que pudiéndose realizar no se efectivizaron, por encontrarse el sujeto en circunstancias excepcionales.

Como bien dice PEÑA CABRERA: “no todo lo que puede ser realizado resulta jurídicamente exigido, y no puede ser de otra manera porque el Derecho fundamentalmente cumple una función reguladora de convivencia externa de todos los comportamientos, y, por ende, estableciendo los límites pertinentes”⁹⁸⁰.

Quiere decir que el Derecho, en este caso el orden jurídico-penal, no puede ser ciego e inflexible, ante determinados comportamientos humanos que merecen una valoración intersubjetiva y

980 PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático...*, cit.



teleológica diferenciada; la no exigibilidad de una conducta distinta a la cometida va a impedir la formulación del juicio de reproche culpabilista, puesto que esta es distinta a la efectuada como principio informador del Derecho penal y del ordenamiento jurídico en general⁹⁸¹.

En palabras de SCHÜNEMANN “las Causas de Exculpación, son casos en que concurre una medida todavía tolerable de debilidad humana, se es indulgente y solamente se castiga la acción socialmente lesiva si el cumplimiento de la norma era sin más exigible”⁹⁸².

Nos encontramos, entonces, ante una categoría sistemática, ajena a una concepción estricta de la culpabilidad (Imputabilidad), que nos hace referencia a determinadas conductas –que en principio eran de posible realización–, pero finalmente inexigibles por circunscribirse a determinadas circunstancias excepcionales, que producen una afectación importante en la motivabilidad normativa.

La no exigibilidad no significa ausencia de prohibición, su carácter antijurídico queda pues subsistente; la exigibilidad se comprueba únicamente después de haberse comprobado la antijuridicidad del hecho, por ende, es un juicio de valor posterior a ella y anterior al juicio de imputación individual (imputabilidad); por consiguiente, si el agente materializa la conducta penalmente antijurídica bajo un estado de inexigibilidad, la prescindencia de pena no está condicionada a la condición culpable o inculpable del agente, pues aunque éste fuese un inimputable, tampoco sería admisible una medida de seguridad aún demostrándose el cuestionado factor de «peligrosidad», pues no es concebible que se obvие de la pena

981 DEL ROSAL / VIVES ANTON. *Derecho Penal, Parte General*, p. 689.

982 SCHÜNEMANN B. *La Función de Delimitación de Injusto y Culpabilidad*, ps. 205 y ss. En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. J. M. SILVA SÁNCHEZ / B. SCHÜNEMANN / J. DE FIGUEIREDO DIAS. J. M. Bosch Editor - S.A., Barcelona.

y no así con respecto a la medida de seguridad, la libertad humana es el contenido material que anida todo el sistema de punición⁹⁸³.

Cuando el Derecho reconoce efectos eximentes a situaciones de no Exigibilidad, la doctrina habla de “Causas de Exculpación” o “de Disculpa” (*Entschuldigungsgründe*), se habla así de algo más concreto que “Exclusión de Culpabilidad”⁹⁸⁴. Para poder comprender mejor esta categoría sistémica, analizaremos cuál ha sido su tratamiento en la evolución del saber jurídico-penal.

1.1. La posición sistemática de la exigibilidad - ¿Una categoría intermedia: Responsabilidad por el hecho?

Sustentada inicialmente por MAURACH, en la doctrina germana, y por JIMÉNEZ DE ASÚA, en la literatura hispano-parlante.

Para el primero, la culpabilidad contiene un reproche, pero que la reprobación al hecho no significa todavía un reproche; entonces, el primer nivel de Imputación Individual sería la «Responsabilidad por el Hecho»; en concreto, las causas que excluyen la culpabilidad, materialmente teoría de los fundamentos que excluyen la responsabilidad. “La dicotomía responsabilidad por el hecho-culpabilidad se basa, por lo tanto para MAURACH, en un diverso nivel de individualización que se percibe en las auténticas causas de exclusión de la culpabilidad (imputabilidad) y en los casos de no exigibilidad”⁹⁸⁵.

Al respecto, KAUFMANN critica, al apuntar que la generalización también es posible en los casos de inimputabilidad, y esta premisa es cierta, el juicio de imputabilidad en el caso de la minoría de edad es de naturaleza general y no particular. La doctrina dominan-

983 Vide, al respecto, ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, ps. 712-713.

984 En MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN; ps. 608-617.

985 BACIGALUPO, E.; *Ibidem*.



te concibe al Estado de Necesidad Disculpante como un elemento de la culpabilidad, lo que en definitiva no aclara la controversia.

KAUFMANN escribe: se ha comprobado que el juicio de culpabilidad puede ser formulado, aunque no se den los demás presupuestos de la exigibilidad; en consecuencia, la exigibilidad no sería un presupuesto de reprochabilidad⁹⁸⁶. Si las causas que excluyen la exigibilidad son consideradas elementos que cuantifican la culpabilidad, resulta claro que la teoría de la responsabilidad por el hecho trastoca el orden lógico de las valoraciones⁹⁸⁷: La comprobación razonable de la exigibilidad, presupone que previamente se haya comprobado la reprochabilidad.

RUDOLPHI entiende que el estado disculpante es un caso de reducción de ilicitud tipificado, pero que su efecto propio tiene lugar en el marco de la culpabilidad; por consiguiente, la reducción de lo ilícito, propia del estado de necesidad tiene que ser entendida como una tipificación de una atenuación de la culpabilidad en el ámbito de esta.

La argumentación de KAUFMANN da por probado lo que en realidad hay que probar.

Según KAUFMANN, siguiendo la institución del espacio libre de Derecho, entre la antijuridicidad y la conformidad con el Derecho, donde la defensa de terceros no está en estos casos ni permitida ni prohibida⁹⁸⁸. En tanto que la postura de BACIGALUPO importa una distinción entre causas de exclusión de lo injusto penal y causas de justificación, parecida a la sustentada por GÜNTHER este último desde una teoría diferenciadora, distingue dos clases de exclusión

986 Para este autor, la disminución de la ilicitud, significa siempre al mismo tiempo disminución de la culpabilidad.

987 En este sentido A. KAUFMANN, citado por BACIGALUPO; *Ibidem*.

988 Citado por WOLTER, J. *Las Causas Constitucionales de Exclusión del Tipo...*, p. 6.

del injusto penal. Un primer grupo estaría constituido por causas eximentes no genuinas: ellas tendrían la capacidad para excluir el contenido del injusto general de la conducta típica, convirtiéndola en lícita para todo el ordenamiento; dados sus amplios efectos, deberían ser examinadas en primer lugar.

El segundo grupo, las eximentes genuinas, limitarían su potencialidad a eliminar el contenido específico de merecimiento de pena inserto en el injusto típico, no afectando el componente de ilicitud general de él. Tal efecto limitado no supone que se llegue simplemente a una disminución del injusto que deje persistente la antijuridicidad penal: Esta resulta excluida, pues su mantenimiento exige la permanencia de la específica e intensa desaprobación jurídico-penal, que ha dejado de darse al faltar el merecimiento de pena; tal carencia impide que se alcance el nivel de injusto penal inicialmente indicado en el tipo, llegándose a una situación similar a la que se da en determinadas hipótesis de atipicidad⁹⁸⁹.

BACIGALUPO acoge, entonces, una categoría intermedia para cobijar en aquella las causas de exculpación; considera, por tanto, que en esas hipótesis se produce una significativa y comprobada disminución del injusto frente a una secundaria disminución de la culpabilidad que, por lo demás, sólo necesita ser presumida; se sorprende de que no se saquen las debidas consecuencias sistemáticas de este hecho. Por otra parte, es algo generalmente aceptado que las causas de exculpación, ni excluyen propiamente la culpabilidad ni son consecuencia necesaria del principio de culpabilidad, lo que priva de argumentos a los que pretenden mantenerlas en el seno de esa categoría⁹⁹⁰; se advierte por lo tanto, que la prescindencia de pena, tiene más que ver con la ilicitud del hecho que con la culpabilidad del

989 DIEZ RIPOLLÉS, J. L. *La Categoría de la Antijuridicidad en Derecho Penal*, p. 361.

990 Citado por DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La Categoría de la Antijuridicidad en Derecho Penal*, ps. 376-377.



autor, lo que no se condice con la naturaleza real de la inexigibilidad, en cuanto a la capacidad de motivabilidad normal del sujeto.

En realidad, BACIGALUPO transforma las causas de inculpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad (y las excusas absolutorias) en causas de exclusión de lo injusto penal, por lo que lo lógico sería que incluyera la responsabilidad por el hecho en la antijuridicidad⁹⁹¹. Si las causas de exculpación tendrían que ver con una cuestión negativa de antijuridicidad, los partícipes también estarían exentos de pena, lo cual no es lógico, pues los motivos que dan lugar a la anormal motivación del autor son de naturaleza personal, por lo que no son transmisibles a los partícipes («incomunicabilidad de las circunstancias personales»; principio de accesoriedad limitada); aunque esta consecuencia no es admitida por el autor. “La disminución de la ilicitud, puede ser mejor explicada antes de formular el juicio sobre la culpabilidad, la capacidad de motivación permanece a pesar de la presión sufrida por el autor”.

Es de verse, entonces, que el «Estado de Necesidad Disculpante», no produce efectos justificantes, el merecimiento de pena decae como consecuencia de una disminución del grado de ilicitud del hecho —penalmente antijurídico—, que en la medida de que el autor estaba en la capacidad aún de reaccionar conforme a la norma, deja intacta la antijuridicidad, pero el reproche de culpabilidad arroja una responsabilidad disminuida.

2. EL ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE

2.1. Naturaleza Jurídica

El «estado de necesidad disculpante», se comprende normativamente bajo el estado de inexigibilidad, donde el autor, a fin de

991 CEREZO MIR, J. *El Delito como Acción Culpable*, p. 49.

salvaguardar un bien jurídico fundamental, realiza una conducta antijurídica de lesión a un bien jurídico también importante, pero es exonerado de punición, pues no le resulta «exigible» sacrificar sus intereses jurídicos más preciados o de un tercero vinculado a él.

El decaimiento de pena, se produce también por razones preventivas, pues desde un punto de vista admonitorio, disuasivo y rehabilitante, ya no es aconsejable la imposición de una pena. Para unos autores, la razón de ser de esta causal de inculpabilidad es la no exigibilidad de un comportamiento distinto⁹⁹², la notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación concreta de la acción⁹⁹³.

Bajo los efectos de esta eximente disculpante, el sujeto actúa bajo un estado emocional perturbado, no entendido desde un punto de vista estrictamente psicológico, sino desde la óptica de una condición que afecta una motivación normal.

Según lo anotado, no se le puede exigir la realización de un comportamiento distinto al cometido, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico protegido, (...) esto es, que el Derecho no considera conveniente ni adecuado exigir a ningún ciudadano que se abstenga de intervenir ante un conflicto propio o ajeno para salvar intereses superiores o equivalentes⁹⁹⁴. La inexistencia del reproche se funda en la inexigibilidad de conducta diferente a la realizada.

El hecho se mantiene inalterable en su carácter antijurídico, pero al no ser reprochable la conducta del autor, la impunidad se convierte en un imperativo categórico, tanto por cuestiones de necesidad y merecimiento de pena.

992 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal Parte General*, p. 563.

993 ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, p. 715.

994 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal...*, p. 650.



En principio, opera sobre bienes e intereses de igual rango prelativo, a diferencia del estado de Necesidad Justificante que se aplica ante un conflicto de bienes de rango jerárquico diferenciado, sacrificándose al de menor valor—siendo la razón el interés preponderante—; aquel se constituye en una regla de validez general; *contrario sensu*, la eximente del estado de necesidad Disculpante es un juicio al hecho individualmente considerado, que declara impune a su autor, pero concilian en una orientación común: «conflicto de bienes jurídicos».

Al tratarse de males iguales, el problema no radica ya en la determinación de la proporcionalidad de los males o medios, sino en que el sujeto desde una consideración *ex ante* de reacción normal frente a esa situación no le quedaba otra alternativa posible, pues se trata precisamente de la exclusión de exigencia de una conducta (...) ⁹⁹⁵. El clásico ejemplo, del naufrago que impide a otro naufrago se aferre al madero, que únicamente soporta el cuerpo de una sola persona; o aquel que realiza actos de resguardo en determinados lugares, en virtud de la amenaza de muerte que fue objeto por parte de dirigentes de organizaciones terroristas; así también los alpinistas que colgados en una soga en la cúspide de una montaña, ante la posibilidad de su rompimiento, no tiene más remedio uno de ellos para cortar la soga del último, a fin de que pueda sostener a los otros dos. El autor, en estos casos, actúa bajo una presión psicológica-emotiva, dirigida a salvaguardar sus bienes más preciados, propios o de terceros estrechamente vinculados a él.

Como sostiene ZAFFARONI, no se exige la equivalencia de males para amparar al sujeto, lo cual indica que el criterio es la magnitud de reducción de la autodeterminación que, como siempre, debe valorarse en relación con el injusto de que se trate ⁹⁹⁶. De to-

995 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 353.

996 ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte General*, Vol. 11, p. 717; Para STRATENWERTH, la problemática en cuestión resulta dudosa, *Derecho Penal...*, p. 315.



dos modos, la consideración misma del sujeto, como efecto reductor del reproche de imputación individual, incide en los conceptos de necesidad y merecimiento de pena. Siendo así, la mujer o el hombre, que a fin de cautelar su libertad sexual, provoca la muerte o las lesiones graves del sujeto, sería una conducta excusable, siempre y cuando no concurren los requisitos de la legítima defensa. El sentido o contenido de todas aquellas regulaciones que tiendan a la protección de derechos fundamentales, debe partir de una interpretación lata.

Ahora bien, como se sostuvo antes, el «estado de necesidad disculpante» no siempre opera ante bienes jurídicos de equivalente rango valorativo, pues puede que el bien sacrificado o lesionado sea de mayor interés jurídico, no obstante se apela en todo caso al mal o la amenaza de lesión para la vida, la integridad corporal o la libertad, la cual debe importar una amenaza de afectación en realidad considerativa, pues ante un mal de mínima gravedad no cabe invocar el estado de necesidad disculpante.

En todo caso rige el «principio de proporcionalidad», esto quiere decir la adecuación entre el mal causado y el daño que se pretende evitar. Lo que interesa en realidad son las particulares y singulares circunstancias en las cuales se desarrolla el evento delictivo, donde se produce una amenaza latente de lesión a un bien jurídico, que disminuye las capacidades de obrar conforme al poder de evitar la conducta típica, por defecto de motivación normativa.

En esta eximente se advierte un menor grado de lo ilícito, pero, como apunta ZAFFARONI, hay un remanente de posibilidad de actuar de otra manera; lo que diferencia con la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), en la cual no se tiene posibilidad de actuar de otra manera. El menor grado de ilicitud, se expresa a pesar de que los bienes sean equivalentes en este estado de necesidad, siempre que se actúe impulsado por una acción de salvaguarda de un bien jurídico-

co preponderante, desvalor que debe merecer un menor contenido de la atribuibilidad del juicio de imputación individual. Aquel juicio valorativo, no procede ante personas que se les exigía soportar el peligro, en atención a una diversidad de circunstancias (deber de garante) o si este fue el provocador del estado peligroso, la ley, en definitiva, les impide que le sea favorable la evitación del mal.

En estos casos, se parte de que la norma exige más sobre aquellos que recaen deberes de salvaguarda de bienes jurídicos fundamentales; a tal merced, sobre aquellos la responsabilidad es mayor de realizar todo el esfuerzo necesario para apartar el peligro de amenaza de lesión sobre el bien jurídico; por lo que en estos no se reduce en principio de capacidad de obrar conforme a una normal motivación normativa. Empero, la «exigibilidad» se encuentra condicionada a los márgenes reales de la vida misma, en cuanto a un peligro susceptible de neutralizar, que ingresa al ámbito de competencia del sujeto; pues si esto no es así, y el peligro es ya no controlable, donde la actuación del llamado por ley, es de por sí altamente riesgosa, se produce una disminución significativa de la exigibilidad, por lo que en algunos casos se puede llegar a un estado de necesidad disculpante. Nadie queda en cualquier caso y circunstancia fuera de la posibilidad de la necesidad exculparte, por grave que sea la intensidad del deber que le incumbe, pues siempre hay un límite a la exigibilidad de afrontar un riesgo⁹⁹⁷.

2.2. Requisitos. (Art. 20° inc. 5)

- a) Los bienes jurídicos que se protegen en el Estado de Necesidad son la vida, la integridad corporal y la libertad, a diferencia del Estado de Necesidad Justificante, que manifiesta una extensión más amplia.

997 ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II., p. 716.



Procede, pues ante los intereses jurídicos de valor preponderante dentro del marco de valores comprendidos en la Ley Fundamental, intereses que tanto el Estado como la sociedad se encuentran obligados a proteger. En el caso del bien “libertad”, sólo será de aplicación la llamada “libertad ambulatoria”, esto es, la libertad personal, bajo la salvedad antes anotada.

- b) Debe concurrir un peligro actual y no evitable de otro modo, esto es inminente de producir un estado de lesión a uno de los bienes jurídicos listados en el acápite anterior.

El peligro puede emanar de una variedad de fuentes generadoras, tanto de las personas como de las fuerzas naturales, la procedencia es en este caso indiferente para su admisión.

El peligro debe ser actual, inmediato e inminente y que sea percibido como de seguro o de seria probabilidad de poder producir un daño efectivo. La acción disculpante debe ser percibida como la *ultima ratio*, es decir, que se hayan agotado todas las alternativas de conducta para poder conjurar el peligro. Entre varias posibilidades, el autor ha de elegir el mal menor y perseguir subjetivamente el fin de salvación⁹⁹⁸; solamente debe disponerse de un medio exigible y que además debe poseer potencialidad efectiva para poder conjurar el peligro.

- c) El hecho que genera la acción disculpante, puede provenir, tanto de la amenaza de lesión de bienes jurídicos propios del autor, así como de «una persona con quien tiene estrecha vinculación», por lo que la sustentación «psicológica» decae ante esta hipótesis; tal previsión no puede ser considerada en

998 WELZEL. H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 251.



sentido estricto, es decir, sólo a parientes, sino en sentido lato cuando se trata de otra persona con quien se tiene estrecha vinculación.

Nexo de parentesco: Ascendientes, descendientes y afines en línea recta, cónyuges y concubinos, asimismo, hermanos y cuñados (art. 208° del CP); la «estrecha vinculación» no sólo debe ser referida a los parientes, sino también, a personas unidas por un nexo amical o sentimental o por una vida en común de larga data, que vendrá a comprender al concubino (art. 326° del CC).

2.3. Restricciones

Cuando el autor estuviese obligado a soportar el peligro o cuando este ha provocado –dolosa o negligentemente– la situación de peligro; ejemplos: Quien ha incentivado la realización de actividades peligrosas, quien crea un siniestro poniendo en peligro la vida y salud de otras personas, etc.

Asimismo, aparecen en todo caso determinadas relaciones de carácter institucional, legal o contractual –v. gr., deberes de garantía– que imponen a determinadas personas, en razón del cargo o función que desempeñan (policías, bomberos, militares, médicos, salvavidas, guardadores, instructores, etc.), la realización de acciones de salvaguarda a personas que se encuentran bajo su tutela o amparo. Sin embargo, la exigibilidad tiene un límite, casos en los cuales la realización del cumplimiento del deber desencadene irremediablemente, en una rayana seguridad de lesión segura para los bienes jurídicos fundamentales del sujeto obligado; tal como lo prescribía KANT: «deber es poder» (sollen-können).

Por lo tanto, cuando la posibilidad de lesión es inminente, el deber desaparece o desvanece o dicho de otro modo: cuando el poder de evitabilidad diluye significativamente, a su vez decae el fundamento de «exigibilidad normativa».

3. EL MIEDO INSUPERABLE

3.1. Generalidades

El conflicto de bienes jurídicos que se suscita en el marco del estado de necesidad disculpante no resulta en realidad el fundamento que determina la no exigibilidad de otra conducta, sino los poderes conductivos del autor, cuando los efectos de una motivación normal se encuentran significativamente disminuidos a causa de circunstancias de extrema peligrosidad para los bienes jurídicos fundamentales.

La posibilidad de actuar conforme a la norma se ve afectada ante la reducción de las facultades del autor para conducirse conforme a Derecho, este se ve compelido a desplegar una conducta antijurídica a fin de salvaguardar un bien jurídico preponderante; la naturaleza misma del evento, en que se ve envuelto el sujeto, provoca una reacción anormal, ajena a la esperada, fruto de la presión psicológica que afecta su autodeterminación normativa; sin que ello pueda adscribirse a una perspectiva psicológica de la exigibilidad, pues el sustento es esencialmente normativo.

En tal medida, el cuerpo punitivo recoge dos supuestos de «inexigibilidad»: el «estado de necesidad disculpante» y el «miedo insuperable»; si bien ambos revelan sus propias particularidades, convergen en una identidad común: la no exigibilidad de una conducta conforme a derecho, cuando las circunstancias que rodean el caso concreto, provocan una disminución en las facultades del sujeto para autodeterminarse conforme al sentido normativo, se produce una imposibilidad de adecuar la conducta conforme al baremo normal de motivabilidad. Basta que falte al autor la capacidad de adoptar su decisión con arreglo a las leyes de una motivación normal⁹⁹⁹.

999 PAREDES VARGAS, César Augusto: *La Eximente de Miedo Insuperable*. En: Libro Homenaje al profesor RAÚL PEÑA CABRERA, T. I. p. 869.



Particularmente, en el miedo insuperable, el factor nuclear que sostiene esta disculpa de pena, más que apelar a la equivalencia de los bienes jurídicos en conflicto, toma como basamento la especial situación psíquica del sujeto en cuanto a su posibilidad de conducirse conductivamente de acuerdo al precepto normativo.

A nuestro entender, el miedo insuperable responde a una exigencia político-criminal, de valorar las particulares condiciones en las cuales actuó el autor, que determinan una exclusión de pena en orden a un juicio individual, que también incide en los factores materiales que condicionan la reacción punitiva: la necesidad y el merecimiento de pena, que decaen ante un autor que no se podía exigir comportarse conforme a derecho; es una causa de exclusión de culpabilidad, que no debe confundirse con aquellos que responden al sentido estricto del reproche individual (imputabilidad).

El miedo insuperable es una eximente disculpante, que se encuentra comprendida normativamente en el artículo 20° inc. 7), del CP, como referente al principio de no exigibilidad en el ámbito de la ausencia de culpabilidad; que literalmente señala lo siguiente *“El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor”*.

El artículo 10° N° 9, segunda parte del CPCH, dispone por su parte lo siguiente: *“declara exento de responsabilidad criminal al que obra impulsado por un miedo insuperable”*.

El CP argentino, establece en su artículo 34° inc. 2, que *“No son punibles:... el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente”*; finalmente el CPE, en su artículo 20.6°, declara lo siguiente: *“Están exentos de responsabilidad criminal, el que obrare impulsado por miedo insuperable”*. Esta regulación prevé la situación de quien sufre la incidencia de factor externo que le pro-

voca temor, basado en un mal real o imaginario, que debe ser insuperable, es decir, que no deje otra posibilidad de actuar¹⁰⁰⁰.

Se advierte una cierta homogeneidad en el marco de la construcción normativa del miedo insuperable, pero nótese que solo el CP peruano hace alusión de un mal igual o mayor, pues el resto de codificaciones se limita a describir la situación del miedo o la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, éste último da lugar a la «coacción».

Siendo así, la interrogante es si el miedo insuperable debe medirse conforme a la comparación de los bienes jurídicos, entre el mal que se pretende conjurar y aquel que efectivamente se materializa.

Como sostuvimos en el apartado anterior («estado de necesidad disculpante»), no es exactamente la ponderación de los bienes jurídicos, lo que determina su admisión, pues puede que se cometa un daño mayor al que se pretendía evitar: si la mujer, a fin de evitar un ultraje sexual, da muerte a la víctima. Por consiguiente, el mal que se pretende evitar en el miedo insuperable, puede ser igual o menor al que se realiza.

Si bien se ha aceptado de forma unánime, que el miedo no afecta el Injusto, sino la responsabilidad penal (Culpabilidad); lo que sí ha sido objeto de discusión, es que dicha eximente excluye la imputabilidad o es una causa de Inexigibilidad.

La problemática en cuestión, radica en que esta eximente ha sido confundida con la «Grave Alteración de la Conciencia», como causa de inimputabilidad.

Quienes fundan el miedo insuperable como una causa de Imputabilidad, fijan la atención en el efecto perturbador de la lucidez

1000 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, ps. 222 y ss.

mental que supone la vivencia del miedo (JIMÉNEZ DE ASÚA); en vista de tal fundamentación, la exención sería la misma que la Alteración de la Conciencia, por ende su previsión legal no tendría razón de ser; en tal medida se produce un estado de confusión, una oscura zona de delimitación entre las causales que eliminan el reproche culpable por incidir en la capacidad de responder normativamente —de forma general— con aquellas causas que inciden en una reducción del poder de autodeterminación por circunstancias excepcionales (causas de exculpación).

El hecho de explicar la naturaleza del miedo, desde una concepción psicológica, provoca la confusión antes anotada; los presupuestos y parámetros del miedo insuperable deben ser puestos en relieve desde una faz normativa, la reprochabilidad que se debilita ante una reducción de la facultad de motivación normativa.

El miedo o la situación coactiva generada por una amenaza no son sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir el mal o causarlo¹⁰⁰¹; es de esta forma que colisiona el bien jurídico amenazado y que se opta por lesionar para evitar la causación del mal amenazado.

Se podría decir, que el legislador le agrega un plus: “Miedo Insuperable”, para que opere la exclusión de culpabilidad, vendría a constituirse en un supuesto restringido del Estado de Necesidad Disculpante. Se agrega la particularidad de un específico estado subjetivo —el miedo como esfera psíquica—.

El miedo no está subordinado a los efectos psíquicos que causa un determinado nivel de alteración, más bien la improcedencia de exigibilidad es a la persona, que ante un peligro inminente para un bien jurídico preponderante, comete un Injusto penal. GÓMEZ BENÍTEZ desplaza esta eximente de una noción psicológica a una

1001 BACIGALUPO, E., ps. 290-291.

normativa, para dejar su confusión del Estado de Necesidad y asimismo de la grave alteración de la conciencia; ante tal percepción normativa, su inclusión como eximente disculpante encuentra un sustrato legitimador válido.

¿Qué debe entenderse por «miedo»? El miedo es la representación mental de un estado real o imaginario, de amenaza de afectación a un bien jurídico fundamental, que perturba en grado significativo la facultad de motivación normativa del sujeto, en cuanto a su conducta, dirigida a conjurar la amenaza que lo compele a actuar de forma antijurídica, este sabe que está actuando ilícitamente, por lo que nada tiene que ver con el error de prohibición; el autor, actúa entonces determinado a evitar el mal que pende como amenaza.

El miedo comprende diversos grados de excitación psíquica; v. gr., temor, pánico, espanto, pavor. No se debe entender el miedo, sin embargo, como terror, esto es, como una causal de inimputabilidad que anule enteramente la voluntad del agente, como pudiera sugerirlo esa definición¹⁰⁰².

De otro lado, el miedo, si bien es un estado emocional intenso, no debe alcanzar el grado de privar al sujeto de sus facultades psíquicas, pues de así ocurrir, se encontraría en una situación de privación total de razón temporal¹⁰⁰³; por lo que cabría admitir una grave alteración de la conciencia (transitoria en todo caso).

El miedo debe alcanzar un grado (lo suficientemente intenso); para impedir que el sujeto pueda actuar conforme a la norma, reduce el poder de autodeterminación conforme a sentido; empero, debe subrayarse que en esos casos, queda aún un margen de poder actuar conforme a derecho, pues no de ser así habría que reconocer un estado de «inimputabilidad», si decae el reproche cul-

1002 POLITOFF L. S. y otros. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, p. 347.

1003 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, p. 317.

pable, es por la propia inexigibilidad, no puede pedirse al hombre la realización de actos heroicos, toda vez que aquello va en contra de las condiciones mínimas de exigencia normativa: la «no evitabilidad importa la no exigibilidad».

En cuanto a la naturaleza del miedo, puede provenir de una actividad propia del hombre o como obra de las fuerzas naturales o de un animal; un tsunami, un diluvio, tormenta, huayco, etc.

Al respecto habrá que distinguir el origen mismo del miedo de la motivación; esta no puede tener un carácter objetivo, sino subjetivo, da lo mismo que el mal sea real o no para los efectos de una motivación (no se discute el problema del error, de los conocimientos, sino de las motivaciones, de un estado emocional)¹⁰⁰⁴.

El CP en su artículo 20° inc. 7 estipula que el “mal sea igual o mayor”, confundiéndolo en cierto sentido, con el «Estado de Necesidad», debido a que el «Miedo Insuperable» supone también un conflicto de intereses —entre el mal amenazado y el que se causa para evitarlo—.

Debe diferenciarse la Causa de Justificación basada en la colisión de intereses con el Miedo Insuperable, que contempla una situación motivacional que sólo afecta la Imputación Personal. Es por tanto una «Causa de Inexigibilidad», no se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea excluida su imputabilidad, sino que se halla sometido a la amenaza de un mal intersubjetivamente insuperable, esto es, que cualquier hombre medio y prudente, a pesar de detentar una plena capacidad de sus facultades cognitivas y volitivas, pueda sucumbir ante esta presión motivacional psicológica intensa.

Ahora bien, la medición del miedo y su valoración, da lugar en la doctrina a la elaboración de ciertos criterios: tanto subjetivos

1004 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 354.

como objetivos; el primero de ellos determinado por un juicio de naturaleza individual, conforme a las particularidades y peculiaridades del autor en el caso concreto, y el segundo, de acuerdo a un criterio generalizador, conforme al modelo del «hombre medio».

Así, BERDUGO, al escribir que el criterio para decidir si un supuesto de miedo es insuperable, se basa en lo que puede resistir un hombre medio en las circunstancias; p.ej.: no se apreciará miedo insuperable si se trata de una situación perfectamente asumible por un ciudadano medio, pero en la que el sujeto, por su carácter especialmente cobarde, prefiere cometer el delito a tolerar las circunstancias que padece¹⁰⁰⁵.

La pregunta está, si resulta posible establecer con precisión, cuáles son las circunstancias en que el «hombre medio» deba responder conductivamente conforme a derecho y cuándo poder apreciar el miedo insuperable como eximente de pena. Acaso es admisible estandarizar el individuo, conforme a criterios generalizadores, como si el hombre reaccionara de forma homogénea ante las diversas circunstancias que aparecen a lo largo de su vida.

Quien está acostumbrado a lidiar diariamente con la delincuencia, en virtud de residir en una zona altamente peligrosa (sin desempeñar función de custodia), que aquel acostumbrado a vivir en una zona pacífica y tranquila; de ningún modo van a reaccionar igual ante la probable amenaza de lesión de un bien jurídico propio o de tercero vinculado. A ello se debe añadir, el estatus sociocultural, el nivel de aprendizaje, el sexo, la edad, etc., factores todos ellos, que nos podrán revelar el margen que contaba el autor para poder superar el miedo.

PAREDES VARGAS, quien ha analizado el tema en profundidad en la doctrina nacional, es de la opinión que lo que debe ser objeto

1005 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Lecciones de Derecho Penal...*, ps. 222 y ss.



de discusión y análisis son las premisas o instituciones normativas a partir de las cuales se defienda una y otra exigencia, por esto someter esta problemática al baremo del hombre medio es abrir una amplia vía de arbitrariedad, por cuanto no sólo es insuficiente sino incompatible por su carácter generalizante con una categoría esencialmente individualizadora como es la culpabilidad y, en particular, la inexigibilidad de otra conducta¹⁰⁰⁶.

Resulta en realidad toda una ficción, acudir a una construcción ya de por sí vaga, por el subjetivismo que impregna su contenido, incapaz de ofrecer una respuesta justa y racional al caso concreto, ante la imposibilidad de generalizar al hombre conforme a una respuesta monolítica, de conformidad con un criterio ya de por sí lleno de abstracción, que no permitirá al juez resolver la admisión de la eximente de acuerdo a las premisas que se desprenden del fundamento mismo de los «estados de inexigibilidad».

La medición de la pena así como la valoración de los elementos que se cobijan en la culpabilidad o si se quiere en la categoría dogmática de la responsabilidad, deben partir de un juicio individual del sujeto concreto en la situación concreta, conjugándolo con criterios de razonabilidad, pues de ninguna manera podrían aceptarse juicios de valor exuberantes, que lleven a la impunidad conductas que no puedan comprenderse bajo esta eximente, sin negar la posibilidad de una atenuación punitiva, bajo los alcances del artículo 21° del CP.



1006 PAREDES VARGAS, C.A. *La Eximente de Miedo Insuperable*, p. 877.

CONCURRENCIA DE DELITOS Y CONFLICTO APARENTE DE NORMAS

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La «Determinación Judicial de la Pena» importa el empleo de criterios político-criminales muy complejos, cuando el autor incurre en la comisión de más de un delito; pues en definitiva, si el agente comete un solo injusto que da lugar a la vulneración de un solo bien jurídico, no hay problema alguno, el juzgador debe remitirse únicamente al abanico de presupuestos que se refunden en los artículos 45°, 45°-A, 46°, 46°-A, 46°-B, 46°-C, 46°-D y 46°-E (Ley N° 30076); en cambio, cuando se comete una sola acción en sentido jurídico-penal que da lugar a una pluralidad de resultados lesivos, la situación se vuelve problemática.

Pareciese justo, en principio, que aquel que vulnere varios bienes jurídicos se haga merecedor de más de una pena, tal como lo prescribe un «Sistema Acumulativo Material» de Penas, pero tal aplicación resultaría incompatible con los fines de la pena (prevención especial) de acuerdo con los principios fundamentales que inspiran un Estado Social Democrático de Derecho; cuyo basamento material reposa en la intersubjetividad del ser humano y en su dignidad, de acuerdo a lo prescrito en la Constitución Política del Estado (art. 1°); en tanto, la política criminal no puede cruzar el umbral del contenido legitimante del Derecho penal; por lo que una orientación en contra, solo supondrá el ejercicio maximalista de la



violencia punitiva del Estado, dicho así: al vaciamiento del contenido esencial de los derechos humanos.

Los criterios que se buscan son entonces exclusivamente político-criminales a partir de las características del injusto, pero no implican una revisión de ellas ni el establecimiento de nuevas formas, sino que se trata de cumplir con el principio de necesidad de pena¹⁰⁰⁷.

El «principio de legalidad» impide que se impongan dos penas, a pesar de que con una o varias acciones se vulnere a más de un bien jurídico, como es el caso de los delitos pluriofensivos; cuestión distinta ha de verse en la sumatoria de penas, que puede tomar lugar, luego de la dación de la Ley N° 28726.

En esta capitulación, por lo tanto, el análisis se dirige en rigor a estudiar las reglas concursales y al conflicto normativo de leyes penales, de conformidad con las fórmulas que se comprenden de *lege lata* en nuestro derecho positivo, así como las construcciones dogmáticas que dan lugar a su desarrollo jurídico; poniendo énfasis en que en el caso de las figuras concursales, el autor pone en cuestionamiento la vigencia de varias normas o de forma repetida una de ellas; mientras que en el caso del conflicto aparente de normas, solo una de ellas resulta aplicable en realidad, debiendo el intérprete remitirse a los criterios de valoración que se compaginan en la temática en cuestión, pues a diferencia de otras legislaciones, el CP no ha regulado el caso del conflicto aparente de normas, sin que ello pueda significar su irrelevancia. La cuestión del concurso tiene una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable (es decir, para la determinación del máximo y mínimo de la pena: la solución de un concurso aparente de leyes importa la exclusión de las penas que serían consecuencia de los tipos penales excluidos)¹⁰⁰⁸.

1007 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 300.

1008 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*. ARA Editores, Lima, 2004, p. 536.



La justificación de una teoría del concurso de delitos deviene además de la necesidad del intérprete (en especial el juzgador) de tener la posibilidad de utilizar un esquema conceptual que haga más racional y segura la aplicación de la ley penal al caso concreto¹⁰⁰⁹.

Conforme lo anotado, la distinción entre una y otra institución resulta fundamental como criterios a emplear, en el momento «determinativo de la pena», máxime luego de la reforma penal, que permite mayores márgenes de punición en el caso de las figuras concursales y, como una forma de revestir de seguridad jurídica a las resoluciones jurisdiccionales que se emiten en nuestro país.

2. UNIDAD DE ACCIÓN

Para determinar el grado de responsabilidad penal, resulta necesario precisar el número de acciones, para poder precisar la configuración de uno o más injustos a la vez.

A efecto de resolver esta situación, debemos delimitar cuándo nos encontramos ante una acción o ante varias acciones, en el marco de una acepción estrictamente «normativa».

La definición de la «unidad de acción» no es unánime por la doctrina, pues son varios los criterios que se han utilizado para dilucidar dicha problemática; desde un planteamiento biológico u organicista, se diría que el solo movimiento muscular era constitutivo de una sola acción.

Una posición meramente fisiológica no puede ser aceptada u admitida por el Derecho penal, pues actos carentes de los elementos necesarios (voluntariedad y conciencia) serían catalogados como de relevancia jurídico-penal, atentando contra los principios basilares del derecho punitivo.

1009 LASCANO, C.J. (h). *Unidad y pluralidad delictiva*, p. 553.

El análisis debe ser orientado a identificar cuándo una acción humana es de relevancia jurídico-penal y para tal fin debemos remitirnos a los elementos estructurales tipos legales comprendidos en la PE del CP (*de composición típica*), delimitando su valoración jurídica, no en base a una explicación causal naturalística, sino lo que interesa es cuándo podemos definirla como una verdadera «acción típica», la cual puede consistir en un conjunto de movimientos musculares que pueden producir un resultado lesivo o una real puesta en peligro que signifique la infracción de varios tipos penales.

La unidad de acción no puede ser determinada desde una base natural, pues su propio contenido impide valorar la actuación humana conforme la descripción de los tipos penales, la confusión entre el plano natural y el estrictamente normativo, al Derecho penal no le interesa en realidad cuántos impulsos fisiológicos sean necesarios para romper una pared y, así poder ingresar a una propiedad ajena, sino el hecho mismo que pueda adecuarse idealmente a un determinado tipo penal; (...) la consideración natural configura un criterio extremadamente indeterminado¹⁰¹⁰.

El único criterio valorativo coherente, para definir la unidad de acción es el jurídico, debemos pues despojar a la teoría, de lo ilícito, los elementos naturalísticos o fisiológicos propios de la ciencia del “ser” y no del “deber ser”.

Cada tipo legal va a describir en base a una fórmula individualizadora la realización concreta del delito; como señala PEÑA CABRERA: “Son los supuestos prohibidos los que van a determinar si un solo acto o varios actos parciales constituyen una sola acción (unidad de acción)”. La descripción típica opera, pues, como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad

1010 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 537.



humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho¹⁰¹¹.

De hecho, la unidad de acción en sentido jurídico-penal debe determinarse conforme a estrictos criterios de precisión, a fin de no confundir las figuras concursales en cuestión, debiéndose dejar de lado una proposición causal, de identificar la unidad de acción del número de resultados producidos, pues la aplicación de esta fórmula parte en realidad desde una concepción causal-naturalista, donde la punición de la conducta se encuentra condicionada a la producción de un resultado lesivo; en tanto un injusto penal plenamente objetivo, devalúa el «disvalor de la acción», como si fuera el componente de una fuerza natural física, al margen del factor final que fuese puesto de relieve por WELZEL.

El problema de la unidad de acción no depende nunca del número de resultados, ya que el objeto específico del desvalor penal es la acción¹⁰¹², (...) es indudable que las normas sólo pueden dirigirse a prohibir o a ordenar acciones, no resultados¹⁰¹³; entonces, si el aspecto medular es el disvalor de la acción, se debe determinar precisamente la unidad de acción en sentido “jurídico”, a fin de delimitar con corrección la figura del concurso ideal con el concurso real de delitos.

Es de verse, que no siempre coincidirá el número de resultados con el número de acciones, pues con una unidad de acción, puede obtenerse también una pluralidad de resultados; luego, el ámbito de determinación, si bien debe partir de un criterio normativo («ámbito de protección de la norma»), resulta preciso también determinar la pluralidad delictiva en base a la dirección volitiva del

1011 MIR PUIG, S., ob. p. 654.

1012 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 309.

1013 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 542.

autor, cuantos resultados lesivos esperaba él producir con su conducta antijurídica, pues si se recoge una concepción natural de acción, el hecho de dar muerte a dos personas con un solo disparo o un envenenamiento a toda una familia en una sola comida, daría lugar a un concurso ideal de delitos, lo cual no parece ser una solución político-criminal adecuada. Por ello, dice LASCANO, citando a Núñez, si se mataba a dos personas de un solo disparo no podía haber concurso ideal, porque la acción había producido dos efectos reales, esto es, el autor había cometido dos hechos porque dos eran los muertos¹⁰¹⁴.

Cada una de esas muertes conforma, separadamente, un delito de homicidio, cumple subjetiva y objetivamente las exigencias típicas respectivas¹⁰¹⁵; así también, una delimitación puramente subjetiva no puede explicar satisfactoriamente la problemática en cuestión; v. gr.; se puede matar a dos personas de dos modos —naturalísticamente diversos entre sí—: si se usa una escopeta, deben realizarse dos impulsos fisiológicos, que se concretan con el rastrillaje del arma, pero mediante un dispositivo electrónico se puede dar el mismo resultado con una misma pulsación; por lo que en el primero de los casos sería un concurso real, y en el segundo, un concurso ideal; lo que a todas luces resulta incongruente con los fines del Derecho penal.

No se puede entonces seguir un criterio subjetivo, basado en el dolo, pues es obvio que la muerte de ambas personas obedeció a una unidad de resolución criminal.

Si el hecho de por sí supone ya una tipificación autónoma o la concurrencia sucesiva en un mismo tipo penal, no puede hablarse de un concurso ideal, sino de un concurso real de delitos. De ahí, que se haya tomado en cuenta la diferenciación de sujetos pasivos,

1014 LASCANO, C.J. (h). *Unidad y pluralidad delictiva*, p. 564.

1015 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*. T. II, p. 438.



en quienes recaen los efectos nocivos de la conducta transgresora de la norma jurídico-penal.

Dicho de otra manera: la renovación del ataque ante sujetos diferentes demuestra una pluralidad de acciones naturales¹⁰¹⁶; mostrados ello con un ejemplo, el asesinato masivo que se produjo en Barrios Altos a principios de la década de los noventa, al margen de quienes fueron los autores, supuso la muerte de varias personas y lesiones de otras, a partir del despliegue de varios proyectiles de bala. No se puede decir en todo caso, que el hecho de que los asesinos hayan disparado a mansalva en una unidad de resolución criminal y una sola acción de matar, puede dar lugar a un concurso ideal de delitos, pues su adecuación, qué duda cabe, es de un concurso real de delitos.

En el caso de una prosecución criminal que se prolonga en el tiempo, cada renovación de la resolución criminal implica de forma independiente, la realización del tipo penal, por lo que no cabe en este caso admitir un concurso ideal de delitos; v. gr., si el padre vulnera la intangibilidad sexual de su menor hija en un intervalo de tiempo determinado, esto es, la viola de forma sistemática, será constitutivo de la figura del delito continuado, por existir una unidad de dolo (renovación en tiempos y espacios independientes), lo cual no estamos de acuerdo, pues el autor no puede verse beneficiado con dicha construcción normativa, cuando quebranta los bienes jurídicos fundamentales de su víctima; lastimosamente el artículo 49° del CP, en su último párrafo ha condicionado la exclusión de esta figura, a la pluralidad de sujetos pasivos, no cual a nuestro entender, desnaturaliza la esencia de esta figura concursal.

Ahora bien, sí habrá que admitir una unidad de acción en sentido «jurídico», cuando el autor ejecuta de forma parcial los actos que

1016 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 545.



dan lugar a la constitución típica, pues si primero acecha a la víctima, a fin de saber de sus movimientos, luego consigue información sobre sus estados de cuenta y demás sucedáneos y, filialmente se produce la privación de libertad del ofendido bajo violencia, se configura un solo delito de secuestro, a menos que pueda entrar en concurso real con otro delito, si por ejemplo quebrantó la intimidad de su víctima.

En el caso del injusto imprudente, la situación es distinta; primero, porque no se parte de un factor netamente subjetivo (dolo), sino de una premisa en sí objetiva (inobservancia del deber de cuidado) y, segundo, pues en estos injustos solo es punible el resultado, como manifestación de la conducta antijurídica.

Finalmente, un «Derecho penal del acto» basado en una «Culpabilidad del acto», solo puede valorar de forma negativa, la conducta del autor que se manifiesta en la repetida vulneración de bienes jurídicos, a partir de la desobediencia normativa, es decir, la lesividad material expresada en el disvalor de la acción y en el disvalor del resultado; pilares que fundamentan la legitimación de la reacción punitiva.

Un Derecho penal respetuoso de la libertad humana no puede penalizar modos de vida o conducciones sociales, que resulten incompatibles con los patrones morales de ciertos sectores de la sociedad; mas parece advertirse, que la peligrosidad social que se revela en la reiteración de la conducta delictiva ha calado en el espíritu del legislador, pues se han retornado las figuras de la «Reincidencia» y la «Habitualidad», cuya justificación axiológica pasa más por consideraciones de índole político-criminal que por basamentos ius filosóficos, al ser incompatibles con los postulados punitivos de un Estado Social y Democrático de Derecho, bajo las salvedades que hemos esbozado en la capitulación en referencia¹⁰¹⁷.

1017 Ver en referencia, Cap..., sobre la «determinación judicial de la pena».

Por consiguiente, cualquier valoración jurídica que se haga al margen del aspecto nuclear del Derecho penal ("acto"), no importa una pluralidad delictiva, sino el entroncamiento de una mayor descarga punitiva.

2.1. Casos de unidad de acción

Se le estima como tal, al inicio de la ejecución típica prevista en el texto del tipo legal en concreto. Son casos de unidad de acción:

- a) La conducta física que realice las exigencias mínimas del tipo, sin importar que la conducta esté integrada por varios actos parciales, toda vez que el tipo penal se encuentra comprendido por una pluralidad de actos en sentido natural; v. gr., el tipo penal de falsedad material (art. 427°) supone la elaboración de un documento –total o parcialmente– falsificado, y luego la introducción del documento falsario en el tráfico jurídico; dando lugar a dos modalidades del injusto independientes entre sí: Falsedad propia y Falsedad impropia.
- b) Cuando es el tipo quien define como requisito que se realicen varios actos (como el hurto, mutilado en dos actos, consecuentemente integrados entre sí; primero, el despojo del objeto material –bien mueble– de la esfera de custodia del sujeto pasivo, mediante desapropiación o desapoderamiento y, luego, el aprovechamiento por parte del sujeto activo, de las bondades intrínsecas del bien), develando una fase consumativo y luego, lo que conocemos como agotamiento del delito; y,
- c) El delito permanente es considerado como acción única, su estadio antijurídico se prolonga en el tiempo hasta que cesan sus efectos, toda vez que la perdurabilidad en el tiempo determina el estado disvalioso de la conducta antinormativa; los efectos nocivos del comportamiento no cesan mientras dure la realización típica. Todos los actos conducentes a que perma-



nezca el estado antijurídico conforman una sola acción: Violación de Domicilio (art. 159°), Secuestro (art. 152°) y Bigamia (art. 139°); el delito de naturaleza permanente supone una afectación continua a un bien jurídico, que genera un estado antijurídico de permanencia, hasta que el autor cese con su accionar antijurídico o se ve compelido a ello.

2.2. Unidad de acción en sentido lato considera los siguientes supuestos

- a) La realización repetida del tipo por actos de inmediata sucesión, las ofensas continuas en el delito de injuria. Así también, cuando se da muerte a una persona con la consecución física de varios actos, pero ligados mediante el factor final (unidad de resolución criminal); varios golpes de hacha que derriban a la víctima son un homicidio¹⁰¹⁸, dar varias puñaladas a la víctima para provocarle la muerte, o en una misma oportunidad hacer varios viajes al interior de la casa donde se están sustrayendo especies para cargarlas en un vehículo y huir¹⁰¹⁹; sólo un aborto, cuando se lleva a cabo una intervención quirúrgica que consiste en varios actos individualizables¹⁰²⁰; así también en el supuesto, de que los malhechores que en varias oportunidades ingresan en la bóveda del banco para sustraer el dinero allí contenido.
- b) La realización progresiva del tipo, en este caso hay una sucesión de actos parciales en los que el autor se aproxima cada vez más al resultado típico –cuando se inicia el ámbito de protección del tipo penal–, lo que se define como las etapas del

1018 WELZEL H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 310.

1019 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, p. 437.

1020 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 536.



delito («Iter Criminis»), que va desde la ideación hasta la consumación (agotamiento), confirmada por su realización típica; las formas imperfectas de ejecución deberán ser apreciadas con arreglo a los alcances del ámbito de protección de la norma, a fin de especificar la delimitación de las conductas que ingresan al ámbito estricto de punición.

2.3. Concurso ideal de delitos y sus incidencias normativas luego de la modificatoria efectuada por la Ley N° 28726

En esta variante concursal el autor se manifiesta una sola vez contra el orden jurídico, a pesar de lesionar varias veces uno o varios tipos legales; como escribe QUINTERO OLIVARES: “El problema hay que plantearlo desde los fines de la pena, poniendo mayor énfasis a la voluntad del autor que a la antijuridicidad material”¹⁰²¹; de esta forma se busca racionalizar la respuesta punitiva del Estado, tomando como referencia la voluntad criminal del autor, a fin de armonizarlo con los fines de la pena.

Lo particular en esta figura es la unidad de acción, no obstante que los móviles guiados sean varios; lo que pretende el legislador es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones (*quad actiones tot asimina*), ya que entonces, la discusión entre concurso ideal y concurso real y su incidencia en la determinación de la pena no tendría sentido¹⁰²²; sin embargo, la dificultad de fijar cuándo hay un solo hecho o una sola acción y cuándo varias, hace que en la práctica, exista una gran inseguridad a la hora de operar una u otra modalidad concursal¹⁰²³.

1021 QUINTERO OLIVARES, G. ob. ps. 641-642.

1022 MUÑOZ CONDE, F. y otro; p. 482.

1023 PEÑA CABRERA, Raúl, cit.

a. *Naturaleza Jurídica*

Desde una perspectiva sustantivo-constitucional, la meta propuesta por el legislador es de morigerar la sanción punitiva, evitando más de una persecución penal, ante un hecho que reviste determinadas particularidades que merece un tratamiento punitivo especial.

Dicho lo anterior, tanto la plasmación del *ius puniendi* estatal, así como su consiguiente procedimiento procesal, son llevados a cabo de una forma coherente, ágil y eficaz, adecuándolos a los fines de la pena y a los principios rectores que irradian a un Proceso Penal Acusatorio, de corte *garantista*.

Al constituirse el Proceso Penal como el instrumento de mayor coacción, mediante el cual puede ser afectado un ciudadano en un Estado de Derecho –al contar con las medidas coercitivas y sancionatorias– que mayor ofensa pueden producir en los bienes jurídicos de los imputados, se desea mediante este mecanismo mitigador activar lo mínimo posible el aparato persecutorio del Estado (*ius perseguendi*).

Nuestro Sistema Penal se rige por el Principio de «Absorción o Asperación» al momento de la «Determinación Judicial de la Pena», mediante el cual el juzgador impondrá el delito que establezca la pena más grave; a lo cual habrá que añadir, que luego de la reforma impulsada por las Leyes N.ºs 28726 y 28730 de abril del 2006, el principio de «Acumulación Material Jurídica» que se desprende de las modificaciones efectuadas en el marco normativo de los artículos 48º, 50º y 51º del CP, cuyas consecuencias punitivas podrían resultar lesivas a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

Finalmente, el párrafo segundo del Art. 48º del CP dispone a la letra que: “... Las *penas accesorias* y *medidas de seguridad* podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones”, es decir, no es necesario que estén reguladas en todos los

tipos legales vulnerados, con ello se refuerza el carácter retributivo de las penas accesorias¹⁰²⁴.

Se ha sostenido que en esta figura concursal, el agente mediante una unidad de acción u omisión típica vulnera una o varias disposiciones legales, es decir, infringe de forma simultánea un mismo tipo penal (homogéneo) o tipos penales distintos (heterogéneo).

En esta hipótesis se manifiesta una unidad subjetiva, al tomar lugar una unidad delictiva bajo una unidad de resolución criminal o sola delincuencia; unidad delictiva, susceptible de contravenir una o varias tipificaciones penales.

El autor mediante un solo proceder criminal produce una mayor antijuridicidad material, que se concretiza en una afectación múltiple en cuanto a titulares de bienes jurídicos se refiere. Hay un solo hecho y varios delitos¹⁰²⁵, puede que este único hecho manifieste —naturalísticamente— varios movimientos corporales, mas lo que interesa en este caso, es solo su relevancia jurídico-penal llevada a la subsunción típica.

No puede confundirse el «Concurso ideal de delitos» con un «concurso aparente de normas», pues, en el último de los nombrados, se presenta en realidad una unidad delictiva que no puede ser reconducida a una «pluralidad delictiva»; en cambio, en el primero, sí se presenta una pluralidad delictiva, mediante la infracción sistemática de uno o varios tipos penales.

En el supuesto de unidad de hecho, como apunta STRATENWERTFI, el autor lesiona todas las leyes que concurren. Precisamen-

1024 Consideramos que no es necesario, que se integre en este párrafo a las Medidas de Seguridad, que se aplican a sujetos inimputables absolutos y relativos, ante cualquier hecho punible que éstos cometan.

1025 BUSTOS RAMÍREZ, J. ob. p. 301; Así, POLITOFF, S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, p. 449.



te en esto reside la diferencia con el concurso de leyes; el contenido de ilicitud del hecho solo puede ser reflejado adecuadamente aplicando las diferentes leyes¹⁰²⁶.

De la unidad de delito se puede deducir la de acto, requisito primero que se ha señalado para la presentación del concurso aparente de leyes, ya que donde hay un solo delito no puede haber más que un acto en sentido jurídico¹⁰²⁷.

Algunas posiciones doctrinales son de la opinión, que el Concurso aparente de normas es en realidad una problemática interpretativa que se resuelve finalmente mediante los principios estructurados para tal fin.

El artículo 48°, luego de la modificatoria, queda redactado de la siguiente forma “Cuando *varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años*”.

El tratamiento punitivo, hasta antes de la modificatoria suponía la aplicación rígida del principio de absorción, pues, el agente pese a haber asesinado a dos personas, era reprimido con el máximo de la pena para este delito.

Ahora bien, con la modificación, el tratamiento punitivo en principio no cambia, pues, se establece que el agente será reprimido con el máximo de la pena más grave, con la salvedad que la pena podrá (facultativo) incrementarse hasta en una cuarta parte. Siendo

1026 STRATENWERTH, Günther; *Derecho Penal. Parte General*. El hecho Punible. Traducción de la 2da. Edición alemana (1976) por Gladys Romero, EDERSA, Madrid, 1982, p. 359.

1027 ROMERO SOTO, Luis E. *Concurso Aparente de Leyes. Hechos Copenados*. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1993, p. 20.



esta última una agravación punitiva, en base a una mayor intensidad antijurídica, desde la perspectiva del principio de «ofensividad».

En cuanto al incremento de la pena, nos preguntamos lo siguiente ¿Será en razón de la pena ficta o de la pena concreta? consideramos que se basa en razón de la pena en abstracto, esto es, de la máxima pena susceptible de aplicar, se le aumenta hasta en una cuarta parte, de conformidad con una interpretación sistemática con el artículo 46°-A (agravante especial por la condición funcional del agente).

Una interpretación en sentido contrario importaría un debilitamiento de los fines preventivos (general) de la pena, que se ha pretendido fortalecer en esta reforma penal; entonces, si producto del hecho en sentido jurídico, el agente provocó la muerte dolosa de dos personas (art. 106° del CP), la pena podrá ser aumentada hasta en 25 años de ppl. Es a partir de ahí que se determinará la pena concreta, como marco legal aplicable.

Convenimos, que el legislador ha fijado un límite legal, que en este caso es de 35 años, bastaba para tales efectos, remitirse al marco punitivo establecido en el artículo 29° (*in fine*).

En el caso de la pena de cadena perpetua, no habrá posibilidad de aumentar la pena, pues esta sanción ya de por sí constituye la mayor descarga represiva que sanciona el ordenamiento jurídico-penal.

El precepto hace mención a la pena más grave, pues, entonces, puede suceder que los tipos legales infringidos sean reprimidos con penas distintas, por un lado, con pena privativa de libertad y por otro con penas limitativas de derecho; en este sentido «pena más grave» será casi siempre la ppl, al manifestar una mayor dosis de aflicción en la esfera de libertad del individuo. Empero, en algunos casos la Inhabilitación como pena principal puede ser más grave que una pena ppl, que por su corta duración no adquiere vigencia prisionizante.



2.4. Concurso real de delitos y su incidencia normativa luego de la modificación efectuada por la Ley N° 28730

En el caso del «Concurso Real de delitos», la prosecución criminal viene identificada por una pluralidad de acciones (omisiones), que dan lugar a una pluralidad delictiva (pluralidad de hechos), cuyo rasgo distintivo en comparación con el Concurso Ideal de delitos, parte de que las acciones típicas suponen una pluralidad de acciones, quiere decir esto, que cada una de estas conductas es constitutiva –objetiva y subjetivamente– de un delito, cuya conexión en todo caso se produce a instancia de una unidad del sujeto activo.

La comprobación de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa: habrá pluralidad de acciones, si se descarta la unidad de acción¹⁰²⁸.

Conforme lo anotado, el «Concurso Real de delitos» no solo tiene repercusiones en el ámbito material (punitivo), sino también en el ámbito procesal, según las fórmulas contenidas en el C de PP y el nuevo CPP.

Cuando varias acciones o hechos, considerados de forma independiente, vulneren varios tipos legales, nos encontraremos ante la presencia de un Concurso Real de Delitos.

Deben aparecer los siguientes requisitos:

1.Pluralidad de acciones; 2.Conexividad subjetiva (mismo autor); y, 3.Pluralidad de delitos (susceptibles de ser perseguidos en un solo Proceso Penal); el texto punitivo define al Concurso Real de Delitos de la siguiente forma: (art. 50°) “Cuando *concurran varios hechos punibles, que deben considerarse como otros tantos delitos independientes...*”; en tal virtud, no puede haber recaído sentencia condenatoria, sobre ninguno de los hechos que constituyen una

1028 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 557.

tipificación autónoma, pues de ser así, podría darse la figura del «Concurso Real Retrospectivo» (art. 51°).

En expresiones más simples, consiste en una pluralidad de infracciones penales cometidas por un mismo sujeto y sin que respecto de ninguna de ellas se haya dictado sentencia condenatoria firme¹⁰²⁹; en todo caso la acción penal debe estar vigente para cada uno de ellos, pues si ha prescrito la acción con respecto a uno de ellos, decae el Concurso Real de delitos.

Según el art. 55° del CP (argentino¹⁰³⁰), el concurso real o material de delitos tiene lugar cuando hay una pluralidad de hechos independientes, susceptibles de ser encuadrados en uno o varios tipos penales, realizados por el mismo sujeto activo, que concurren para ser juzgados en el mismo proceso¹⁰³¹.

Conforme lo anotado, cada hecho o acción jurídico-penal, debe configurarse en una acción típica independiente de las demás. Puede ser simultáneo o sucesivo, según que provenga de una o de varias acciones, pues lo que interesa es que los resultados delictivos sean independientes¹⁰³².

Siguiendo el hilo conductor, diremos que la «pluralidad de resultados» no resulta de ninguna manera un criterio de distinción correcto, entre el Concurso Real y el Ideal, lo que interesa en realidad es la proposición criminal del autor, entendida en el factor final y en la pluralidad de víctimas, siendo este último un criterio que permite encuadrar la figura del Concurso Real de delitos, la unidad «jurídica» resulta la base material del enfoque político criminal.

1029 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, II, p. 447.

1030 Lo subrayado es mío.

1031 LASCANO (h), C.J. *Unidad y pluralidad delictiva*, p. 577.

1032 LABANUT GLENA, G. *Derecho Penal...*, ps. 171-172.



De igual forma, que en el Concurso Ideal de Delitos, el Concurso Real de Delitos también puede bifurcarse en «Concurso Real Homogéneo»: el autor atropella a tres personas distintas en tiempos diversos (delito de lesiones); asimismo, se presenta la figura del «Concurso Real Heterogéneo», cuando las distintas acciones han infringido varios tipos penales, que protegen bienes jurídicos diversos: el autor priva a un ciudadano de su libertad (secuestro) y mediante otro hecho violenta su libertad sexual (violación) ; v. gr., primero ingresan a una propiedad ajena, sustraen los bienes muebles y, posteriormente, bajo violencia, despojan de su dinero a unos transeúntes (hurto agravado con robo agravado).

Ahora bien, es sabido, el Concurso real de delitos adquiere una mayor vigencia práctica en relación al Concurso ideal de delitos, en la medida, que el ser humano planifica su obrar antijurídico a partir de conductas que se fraccionan en el tiempo y el espacio, que muy difícilmente pueden ser comprendidas u entendidas desde una unidad delictiva, como lo exige el artículo 48° del CP. Es el caso más simple, como anota BUSTOS RAMÍREZ, hay varios hechos y varios delitos, no hay problema alguno conceptual, sino sólo en relación a la pena a aplicar¹⁰³³.

En el caso del «Concurso real de delitos», el agente comete una pluralidad de hechos (naturales) en fracciones temporales distintas, que a su vez constituye una pluralidad de delitos, cuya conexión se determina en base a un elemento subjetivo y personal.

En realidad, cada unidad de hecho constituye un delito independiente, que por cuestiones materiales de penalidad y por razones estrictamente procesales, ha supuesto la creación de esta ficción legal. Habrá concurso real o pluralidad de hechos (...) cuando varias lesiones de la ley penal constituyan varias acciones in-



1033 BUSTOS RAMÍREZ, J.; p. 301.

dependientes, siempre y cuando no exista concurso aparente de leyes¹⁰³⁴.

En la pluralidad delictiva el obrar criminal del autor se exterioriza con resultados de mayor alcance lesivo, dado su repercusión en el ámbito de los bienes jurídicos vulnerados, que se materializa en varios desvalores, en cuantos delitos se refiere. El obrar del autor debe traducirse materialmente en varias modificaciones del mundo externo independientes entre sí, de modo que si suprimimos cualquiera de ellas, la otra subsiste porque el otro delito tiene vida propia, pues consiste en un comportamiento distinto¹⁰³⁵.

Esta pluralidad de delitos se funda en el principio *“quot delicta, tot poenae”*¹⁰³⁶.

El artículo 50° del CP, luego de la modificatoria efectuada por la Ley N° 28730, reza de la siguiente manera: *“Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta”*.

La legislación comparada adoptaba ya un sistema acumulativo de penas en el caso del concurso real de delitos, pero, aplicando una serie de reglas en su aplicación por parte del juez, a fin de no vulnerar el fin preventivo especial de la pena y la dignidad del penado; de tal forma que la política criminal se reorienta a una intensificación

1034 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General I*, p. 360.

1035 LASCANO, Carlos Julio (h). *Unidad y Pluralidad Delictiva*. En: *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*. Director: Carlos Julio Lascano (h). ADVOCATUS. Córdoba, 2002, p. 578.

1036 PEÑA CABRERA, R.; p. 345.

de la respuesta jurídico-penal ajustada a los principios rectores del Derecho penal.

El artículo 74° del CP chileno establece que al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. El llamado concurso real corresponde a la regla general de nuestro sistema concursal –como escribe POLITOFF y otros– esto es, la acumulación material, dispuesta por el art. 74°, bajo el supuesto de aplicar al culpable de varios delitos, conjuntamente, todas las penas correspondientes a cada delito cometido y juzgado en el mismo proceso¹⁰³⁷.

Mientras que en Argentina, el Sistema de punición del Código Penal ha establecido en los artículos 40° y 41°, el principio de acumulación jurídica: si los tipos delictivos en que se encuadran los plurales hechos independientes están conminados con penas divisibles de la misma especie (por ejemplo, prisión temporal), según el art. 55° CP, las penas correspondientes no se suman de modo aritmético, sino que tienen un tope: el máximo de la escala de la pena única “no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”¹⁰³⁸.

En el caso de nuestra legislación positiva, merece puntualizarse lo siguiente:

Si bien se ha adoptado un sistema acumulativo de penas de naturaleza material, no es menos cierto, que el legislador ha fijado un tope legal que vendría a constituir una acumulación jurídica, por lo que sería un sistema mixto; la suma de las penas privativas de libertad de cada uno de los delitos cometidos por el agente, se determina desde la pena «concreta» fijada por el juzgador, y no en abstracto, como es de verse en otras legislaciones; asimismo, el sis-

1037 POLITOFF, S. y otros, ob. p. 449.

1038 LASCANO, Carlos Julio (h). *Unidad y Pluralidad de Delitos*, ps. 579-580.



tema acumulativo de penas sólo rige en el caso de la pena privativa de libertad, una interpretación en contrario colisionaría con el principio de legalidad material.

Entonces, cuando los injustos penales cometidos por el agente sean sancionados, ora sólo uno de ellos con ppl y el otro con una pena limitativa de derechos, ora ambos injustos penales son conminados con pena limitativa de derechos, se seguirá el sistema previsto con la redacción original del artículo 50° del CP, pues, no podría aplicarse de ningún modo las reglas previstas para el caso del Concurso ideal de delitos, en tanto, importan situaciones de hechos distintas.

Ahora bien, la pregunta sería la siguiente: ¿La acumulación de penas, puede cumplirse en simultáneo?; en el caso de nuestra legislación positiva, la afirmación será negativa, en la medida, que resulta fácticamente imposible que las penas a privación de libertad puedan cumplirse a la vez, pues, de ser así, se estaría aplicando las reglas del principio de absorción. Sólo sería factible esta posibilidad, cuando se trata de penas de naturaleza distinta, en el caso de una pena privativa de libertad con una pena de multa o de inhabilitación.

En el caso de la inhabilitación no puede cumplirse en simultáneo con la ppl, cuando esta opera como pena accesoria, mas sí cuando está prevista como pena principal, pero, esta alternativa no está contemplada de *lege lata* en el derecho positivo vigente; siendo así, las penas privativas de libertad deberán cumplirse en forma sucesiva, comenzando con las más graves.

Si bien el legislador no se ha planteado el tema de los Beneficios Penitenciarios en cuanto a su operatividad según la nueva regulación normativa, consideramos que su procedencia –tanto en el caso de la semi-libertad como de la liberación condicional¹⁰³⁹–, el

1039 Arts. 48° y 50° del CEP.



cumplimiento de la pena como requisito para su admisibilidad debe computarse en razón de la pena acumulada, esto es, si se le impusieron 30 años, por dos delitos de robo agravado, la operación aritmética se realizará conforme el total (10 años y 15 años respectivamente), pues de no ser así la función preventiva general del sistema concursal decaería de forma significativa, permitiéndose egresos de reclusos que aún no han cumplido con un tratamiento penitenciario acorde a su estatus criminológico.

La acumulación operaría de la siguiente forma: si el agente cometió tres hurtos, a los cuales el Juez impuso la pena ppl de seis, cinco y cuatro años, sumados darían una ppl de 15 años, pero, siendo que la pena no puede exceder el doble de la pena del delito más grave, esta sería reducida a 12 años de ppl, lo cual consideramos positivo a efectos de salvaguardar el fin preventivo especial de la pena y la tutela de la dignidad humana.

3. DELITO CONTINUADO

Se sostuvo, que la pluralidad delictiva es constitutiva de un Concurso Real de delitos, cuando el agente –mediando una pluralidad de acciones o de omisiones– vulnera el mismo tipo penal u otros concurrentes; pero puede que en el primero de los casos, la contravención normativa proceda de una unidad de resolución criminal, pues la valoración independiente de cada injusto penal deviene en una insignificancia antijurídica, por lo que la unidad de valoración se desprende desde los propios fines preventivos de la pena.

El «delito continuado» constituye la realización de varias acciones producidas en distintos tiempos, pero en forma continua y sucesiva, que vulneran el mismo tipo legal o de semejante naturaleza, conectados en base a una unidad de resolución criminal; ejemplo: quien sustrae de una caja fuerte diversas cantidades fraccionadas de dinero, que sumadas constituyen la suma global, que el autor desea obtener a través de la plasmación de su plan criminal.

Esta forma de presentación del delito ha respondido también a una cuestión práctica procesal; resulta complejo –y a veces imposible– establecer en los procesos que investigan estos hechos la oportunidad y circunstancias concretas en que se llevaron a cabo las acciones delictivas múltiples que realizan los autores a través del tiempo: la fecha de cada comisión, su forma de operar, etc¹⁰⁴⁰.

La finalidad es la de evitar que diversos hechos desvalorados de mínima ilicitud sean considerados como delitos independientes y con tal fin se acude a esta figura jurídica, amén de racionalizar la respuesta penal del Estado en un solo proceso penal que desemboque finalmente en la imposición de una única pena y, también por razones de economía procesal, de unificar en un solo procedimiento penal aquellos hechos que se comprenden en una sola delincuencia.

Para WELZEL, el delito continuado se presenta en dos formas diferentes: sea como una unidad de acción –que reside en la realización sucesiva de un dolo general– o como una unidad de conducción punible de vida (como “culpabilidad de conducción de vida”) que descansa en el aprovechamiento reiterado de la misma oportunidad o de la misma situación permanente¹⁰⁴¹.

De hecho, la primera alternativa se basa en la consistencia de un hecho punible que se reitera en el tiempo, mientras que la segunda opción requiere la reiteración de una conducta que reposa en la personalidad del carácter, que debemos rechazar por revelar una Culpabilidad por el carácter¹⁰⁴², ajeno a un Derecho Penal del acto, consideraciones criminológicas no pueden sostener la figura del delito continuado.

1040 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, ps. 440-441.

1041 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 311.

1042 ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, p. 827.



Podemos definir al delito continuado, desde la siguiente forma: *supone la concurrencia de una unidad de resolución criminal, cuya realización no se agota en un solo acto –de por sí típico–, pues se comprende de una prosecución de hechos –separados en el tiempo– y en el espacio, pero unidos secuencialmente bajo un dolo total*; o parafraseando a LASCANO, como la concurrencia de varios hechos –cada uno de ellos delictuoso en sí mismo– que por su dependencia entre sí, están sometidos a una sola sanción legal¹⁰⁴³.

La separación en el tiempo y en el espacio no podrá entenderse de forma indefinida, pues entre una y otra acción debe subyacer una secuencia, para lo cual es importante una cierta relación temporal¹⁰⁴⁴. Si el agente luego de haber cometido una falsedad material, luego de un tiempo prolongado decide cometer un hecho punible de igual naturaleza, no será constitutivo de un delito continuado, sino un Concurso real de delitos.

Debemos rechazar cualquier tipo de construcción normativa¹⁰⁴⁵ o de criterio jurisprudencial, que pretenda admitir esta figura, cuando los hechos independientes entre sí no constituyen una infracción punible, si el monto de lo sustraído no supera una RMV, no resulta posible dar cabida al delito continuado, su mando la posterior infracción normativa (falta), para apreciar la constitución delictiva; las figuras concursales no resultan remisibles a las faltas.

Cada ejecución parcial constituye ya *per se* la consumación del delito o tentativa del delito (*formas de imperfecta ejecución*); sin

1043 LASCANO (h), C.J. *Unidad y Pluralidad Delictiva*, p. 572.

1044 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 312.

1045 Es el caso del artículo 3° de la Ley N° 28008 (Ley de los delitos aduaneros), que da lugar al “Contrabando fraccionado”.



embargo, al momento de determinar la sanción punitiva a imponer, se valorarán todas las acciones de forma global como un único delito. A diferencia con el Concurso Real de Delitos, en esta figura sí existe una unidad de resolución criminal; la conexividad de las acciones se basa en la unidad de Autoría, contrariamente a lo que sucede con el Concurso Real.

Nuestra *codificación* punitiva regula el Delito Continuado de la siguiente forma (art. 49°): *“Cuando varias violaciones de la misma ley penal o de una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos o de la misma resolución criminal, serán considerados como un delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave”*.

3.1. **Ámbito de aplicación normativa**

El último párrafo del art. 49° del CP reza de la siguiente manera: *“La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos”*.

El primer presupuesto para negar la aplicación del «Delito Continuado» es que la conducta típica no suponga la vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos personalísimos, aquellos que se comprenden en la estructura ontológica del ser humano. Son intereses jurídicos que forman parte del «Derecho Penal Nuclear» constituyen bienes que tanto el orden jurídico como social han catalogado como preponderantes, para la realización de la personalidad del individuo, como integrante del sistema social, así: la vida, integridad corporal, libertad personal, etc.

La naturaleza de la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, el honor, la integridad sexual –por tratarse de bienes jurídicos

cos personalísimos— son incompatibles con la continuidad delictiva en caso de pluralidad de ofendidos¹⁰⁴⁶.

Ahora bien: ¿Qué debe entenderse por bien jurídico «altamente personal»? Ciertamente la vida (pero no la del feto, ya que no es persona), la salud individual, la libertad y la seguridad¹⁰⁴⁷; impondrán todos aquellos injustos penales comprendidos en los Títulos I, II, III, IX y XIV-A¹⁰⁴⁸ del Libro Segundo del CP; por tales motivos, la exclusión debe restringirse a aquellos ataques antijurídicos que de forma intensa atacan un bien jurídico personal.

Segundo presupuesto es que pertenezcan a sujetos distintos, quiere decir, que la vulneración continua del mismo tipo legal o de semejante naturaleza, tenga como sujeto pasivo a más de una persona. Si un sujeto provoca el deceso de dos o más personas en oportunidades distintas, como cada vida está protegida individualmente, al atacar contra cada una de ellas se comete un delito y el tipo queda agotado, colmado con cada muerte; la continuidad no es concebible¹⁰⁴⁹.

En consecuencia, los efectos perjudiciales de la comisión del injusto típico se extiende a varias personas, como directos afectados (*pluralidad de ofendidos*); en el caso de que el agente delictivo realice varias conjunciones carnales violentas sobre la esfera sexual de la víctima, en distintos tiempos continuos y sucesivos, sí podrá apreciarse la figura *in examine*. No consideramos acertado esta fórmula legal, pues no puede condicionarse la exclusión del delito continuado a pluralidad de ofendidos, basta que se vulnere un bien jurí-

1046 LASCANO (h), C.J. *Unidad y Pluralidad Delictiva*, p. 575; WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán...*, p. 313.

1047 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 305; Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 552.

1048 Delitos «contra la Humanidad»; Delitos de trata de personas y explotación (Ley N° 31146).

1049 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, p. 442.

dico personalísimo para negar de forma categórica, esta figura, más aún si se trata de la integridad corporal o de la intangibilidad sexual de un niño; v. gr., si el esposo lesiona continuamente a su esposa, en tiempos distintos, sería un injusto premio dar cabida a un delito continuado; así como la relación incestuosa que se configura en el tiempo, por parte del padre a su menor hija. Sin embargo, señala BACIGALUPO, (...) en forma general, se ha aceptado que la teoría del delito continuado puede aplicarse aunque falte algún requisito por fines de justicia o defensa social¹⁰⁵⁰.

Por lo general, la figura del Delito Continuado tiene un mayor margen de aplicación en los delitos patrimoniales, como: el hurto, estafa, apropiación ilícita, etc.

3.2. Requisitos

a. Pluralidad de acciones u omisiones

El sujeto debe desplegar varias acciones separadas en el tiempo y en el espacio, pero, cada una de ellas debe ser considerada como una «acción u omisión típica»; debe constituir ya la vulneración de un tipo penal prohibitivo o de mandato; siendo en principio factible atribuir responsabilidad penal al autor por cada hecho punible considerado de forma independiente.

La diferencia con el Delito Permanente es que en aquel los efectos lesivos se prolongan mientras dure el estado antijurídico, es una sola acción antijurídica que se extiende en el tiempo; ejemplo: quien falsifica billetes y monedas, en varios actos parciales –continuos y conectados en base al plan criminal del autor–, así como el autor que sustrae varios bienes muebles de una casa abandonada en varios actos temporales.

1050 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 552.



Determinados delitos para su configuración delictiva necesitan la realización repetida de determinados actos positivos; ejemplo: la banda de ladrones, que habiendo reducido ya a todos los vigilantes de seguridad del banco, ingresan repetidas veces a la bóveda del banco a fin de sustraer una suma alzada de dinero en efectivo, fraccionada en varias remesas dinerarias.

A simple vista, cada acto parcial cuenta con los elementos suficientes para ser considerado como un delito independiente, mas, en base a una valoración global del hecho delictivo cometido, significa la solución perfecta del problema tal consideración por criterios de Economía Procesal y de *mínima intervención punitiva*.

b. Unidad de resolución criminal

Debe concurrir un «dolo total» (indisoluble), es decir, el autor debe desplegar una conducta jurídicamente desaprobada a fin de producir un resultado lesivo a un bien jurídico tutelado; el elemento subjetivo debe abarcar todo el conjunto de las acciones objetivadas por el comportamiento del agente.

La imputación subjetiva debe extender todo el campo objetivo, integrado por todas las acciones típicas, consideradas como un solo delito.

Se trata en realidad de una voluntad criminal que perdura en el tiempo, cuya prosecución delictiva supone una finalidad delictiva unitaria; se postula en la doctrina, la exigencia de un dolo total o general o de un dolo de continuación.

El dolo debe presentarse desde que aparece la primera actividad típica hasta el cese de la actividad delictiva, no siendo necesario que desde un primer momento nazca la voluntad que abarque toda la resolución delictiva, basta que dicha voluntad delictiva se renueve de forma periódica, sin que medie un lapso de tiempo considerable. Si el cajero del banco, en principio sólo quiso apropiarse de mil

nuevos soles, pero la ambición lo determinó a sustraer cada vez una mayor cantidad, no hay problema de apreciar el delito continuado; máxime, si la dificultad que se tendría de probar la preexistencia de un dolo general a partir del primer momento delictivo; en todo caso, pueden aparecer ciertas circunstancias que promuevan una continuidad delictiva, el hecho de que el autor persista en probar judicialmente un determinado derecho, mediante la introducción sistemática de un documento falsificado (inducción a error a funcionario público en concurso con el tipo de falsedad material).

Debe entenderse que es suficiente con que el dolo total tenga lugar antes del agotamiento del primer acto parcial por parte del autor¹⁰⁵¹. En verdad, la continuidad se satisface con el dolo global; suficiente es que conforme a un proyecto general del autor, decida la ejecución de una serie de actos típicos para alcanzar determinados logros, aunque no enfrente una verdadera “necesidad” de obrar en esa forma¹⁰⁵².

Habiéndose concebido en la doctrina, para superar las objeciones desarrolladas, la “unidad de motivación” (aprovechamiento de la ocasión¹⁰⁵³). Si de lo que se trata es de resolver el problema de la pena, por tanto el fin de su imposición a un sujeto determinado, lo natural es que se homologue la unidad del plan (de voluntad delictiva, que está referida al injusto) con la unidad de motivación (problema referido específicamente al sujeto responsable)¹⁰⁵⁴.

Finalmente, lo importante es establecer la unidad de conexión subjetiva, que puede partir de ambos supuestos, que determine una unidad de resolución criminal.

1051 ZAFFARONI, E.R. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, p. 827.

1052 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*. T. II, ps. 443-444.

1053 WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán*, p. 312.

1054 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 303.

La particularidad subjetiva que se desprende del delito continuado, impide su admisión culposa, una postura alimentada en exigencias puramente objetivas podría dar lugar a dicha afirmación. El injusto imprudente supone la infracción del deber de cuidado, la inobservancia de una norma dirigida a estabilizar un foco de riesgo para un bien jurídico protegido; por lo tanto, esta unidad de resolución criminal no se aprecia en el delito culposo, al carecer de una base existencial psíquica.

Sin embargo, no bastará la tipicidad subjetiva si ésta no es congruente con la tipicidad objetiva, es decir, con el plano fáctico; será relevante, contrastarlo con el tipo penal específico y el particular modo de configuración típica.

c. Unidad de delito

Las diversas acciones típicas integradas por una unidad de resolución criminal, deben lesionar el mismo bien jurídico, que contenga una identidad de sus elementos de constitución típica; no hay Delito Continuado cuando se lesionan bienes jurídicos de distintos titulares, "... es considerado como un solo delito continuado, varias violaciones de la misma ley, pueden ser amparadas en distintas leyes, pero deben tratarse de bienes jurídicos homogéneos"; v. gr., quien hurta un bien mueble y con otra acción daña otro bien mueble, habrá cometido el delito de hurto y de daños.

La estafa y el hurto vulneran el patrimonio, pero la consumación de una estafa valiéndose del engaño no puede continuar en un apoderamiento de una cosa mueble¹⁰⁵⁵; (...) es admisible la figura cuando el agente para ejecutar su actividad realiza el tipo penal correspondiente, modificado por la presencia de un elemento típico que la

1055 PEÑA CABRERA, Raúl; cit...; Así, GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, p. 442.

agrava o atenúa (tipo circunstanciado); así sucede, por ejemplo, si el empleado bancario para efectuar una de las sustracciones de la caja se ve obligado a violentarla, cuando normalmente lo hace sin acudir a tal medio¹⁰⁵⁶. Es una *voluntas criminae*, manifestada en distintas acciones, pero unidas por una idéntica naturaleza de los hechos.

Se requiere, en todo caso, la identidad de materialidad delictiva o de contenido semejante, en la identidad de los hechos constitutivos del comportamiento típico para poder enlazar la unidad objetiva, quiere decir esto, que se presenta una semejanza en la configuración del tipo penal, cuya procedencia viene condicionada por la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Puede aparecer en el caso de una estafa (genérica) con la modalidad de libramientos indebidos, o de apropiación ilícita con otras defraudaciones; mas si el delito primigenio sólo importó la sustracción del bien mueble (hurto) y, acto seguido se ejerce violencia física sobre la persona (robo), no sería admisible el delito continuado¹⁰⁵⁷, a pesar de tratarse de un bien jurídico homogéneo (el patrimonio). Se entiende por el mismo bien jurídico tanto cuando es el único lesionado o cuando es el considerado preponderante¹⁰⁵⁸.

Para CARRARA no basta la identidad del derecho atacado, debe exigirse la identidad del objeto específico del delito. ¿Podrá configurarse la continuidad delictiva mediante un único medio delictivo?: el engaño, el fraude, el ardid, etc., o solo debe mediar un único medio comisivo.

4. EL DELITO MASA

Figura creada por la ciencia penal española y prevista en el art. 69° bis del derogado CP hispano –introducido mediante la refor-

1056 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 652.

1057 Así, LASCANO (h), C.J. *Unidad y pluralidad delictiva*, p. 573.

1058 BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 304.



ma de 1983— para castigar aquellos fraudes colectivos en los cuales aparece un número plural de afectados, en casos de delito continuado¹⁰⁵⁹.

El artículo 74.2° del CPE vigente, dice a la letra lo siguiente: *“(...) Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”*.

La finalidad política criminal era evidente, de ejercer una mayor dureza punitiva, cuando el número de afectados era significativo, cuando los efectos lesivos de la conducta criminal revelan un mayor contenido del injusto, pues mediante la figura del delito continuado no resulta posible elevar la pena por encima del máximo legal fijado para el delito en cuestión.

La irrupción de una «Sociedad post-industrial» así la simple intermediación comercial (bancario-financiera), conformada por el avance vertiginoso de grandes emporios económicos, la aparición de grandes empresas nacionales y multinacionales, si bien significó un desarrollo socioeconómico de las naciones, a su vez propició la actuación delictiva de los agentes económicos, desencadenando grandes estafas financieras (*bancarias*) como una nueva modalidad criminal, siendo un gran número de personas las perjudicadas (instituciones financieras informales, industria alimenticia, sociedades de inversión, venta de predios rústicos, invasiones, traficantes de tierras, etc.).

En fin, piénsese en la actividad de los promotores de urbanizadoras “piratas” que con el pretexto de suministrar vivienda a los usuarios, luego de exigir las respectivas cuotas iniciales, desapare-

1059 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 653-654.

cen con los dineros recaudados; en las estafas mediante la venta de loterías o juegos de azar inexistentes; en la obtención de emolumentos extras por parte de los empleados oficiales, cuando exigen bonificaciones a los usuarios por la prestación de un determinado servicio público, etc.¹⁰⁶⁰.

En nuestro país, la acrecencia de un empleo permanente, resulta empelados delictivamente por personas que constituyen supuestas “agencias de intermediación laboral”, que exigen para su servicio el pago de ciertas tasas dinerarias, se instalan en ciertas oficinas, las que luego son abandonadas; más cuestión distinta, es de verse en el caso de la oferta visa a USA o países de Europa, que captan clientes, bajo el rótulo de la gestión documentada, al ser de conocimiento público que la tramitación de dichos documentos solo puede partir del trámite que se realiza directamente con el personal de la embajada o del consulado; de tal forma, que estas personas se someten libre y responsablemente, a un negocio jurídico de por sí ilícito, que no es constitutivo de un delito de estafa (art. 196), al no crearse un *riesgo jurídicamente desaprobado*..

Otro caso, es el cuento de la rifa, de la colecta pública, de quienes solicitan contribuciones para fines supuestamente «benéficos» (*altruistas*), ocultando una finalidad mercantilista, aprovechándose de la solidaridad humana.

Por otro lado, introducir en el mercado de consumo, productos que no se corresponden con el contenido real de lo que ofrecen, importa una estafa masiva –al margen de la intoxicación que puede provocar (lesiones graves)– teniendo como clientes a una pluralidad significativa de personas.

En resumidas cuentas, aparecen personas inescrupulosas decididas a lucrar de forma rápida y efectiva, montando para ello empresas fantasmas, o cubriendo de legalidad actividades de por sí

1060 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 654.



ilícitas, pues puede que en un principio operen de forma legal y, luego expandan sus actividades de forma masiva a fin de captar a sus potenciales víctimas, provocando efectos perjudiciales de especial magnitud en los bienes jurídicos de los consumidores.

Al respecto, BACIGALUPO apunta que existe una única acción de estafa o de defraudación cuando la acción del autor se dirige a sujetos indeterminados. El delito masa se encuentra previsto en el Art. 49° del Código Penal y reza de la siguiente manera: “... Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave”.

Para SAINZ CANTERO, el delito masa es aquel en que el sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas independientemente, constituiría cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas, cuyos componentes individuales, en principio indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos¹⁰⁶¹.

Por consiguiente, el «delito masa» constituye en realidad un delito continuado, como una subespecie de aquél, condicionado a la pluralidad de agraviados, pues, los factores objetivos y, sobre todo, el subjetivo tienen también cabida en esta figura jurídica.

Las acciones como tal, que dan lugar a una pluralidad de infracción normativa, deben dirigirse a la obtención del resultado lesivo esperado, de perjudicar a un gran número de personas, pues si por factores no previsibles y evitables, se produce una afectación masiva, no cabría admitir el delito masa, en tanto su realización, es exclusivamente *dolosa*.

En algunos casos, la magnitud considerada de forma individual, no era de cifra considerable; ante dicha situación, bajo las re-

1061 Citado por BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, p. 305.

glas del concurso real, la sanción punitiva que recala sobre estos autores era en realidad benigna en relación al contenido del Injusto cometido, valorado en su totalidad; a tal efecto, surge la figura jurídica del «delito masa», cuando concurre una pluralidad de personas afectadas (sujetos pasivos): importan sujetos indeterminados, personas anónimas, público consumidor, etc.

El acento o dígame el disvalor del injusto radica en los efectos lesivos que recaen en una pluralidad de sujetos pasivos. En estos supuestos, como apunta SUÁREZ GONZÁLEZ, el perjuicio total causado configura la base para la determinación de la pena¹⁰⁶².

Los autores de esta clase de configuración típica, son por lo general, empresarios de corporaciones financieras, que brindan como atractivo, la oferta al público consumidor de otorgar altas tasas de interés pasiva en relación con el índice de interés bancario, prevaleciendo de la grave situación económica que atraviesa el país, donde la población busca por todos los medios obtener mayores ingresos dinerarios; el sueño de la casa propia, es aprovecha también, por estos agentes inescrupulosos, quienes no dudan en generar la mayor de las expectativas a sus víctimas, con tal de hacerse de un dinero indebido.

Las acciones antijurídicas vienen conectadas por una unidad de resolución criminal, es decir, el dolo del autor debe abarcar el propósito unitario de lesionar varios bienes jurídicos, pertenecientes a una pluralidad de personas, acciones típicas que deben estimarse como un solo delito, en base al importe total defraudado.

5. EL CONCURSO REAL RETROSPECTIVO

5.1. Naturaleza Jurídica

La ciencia del Derecho penal sustenta la legitimidad de su intervención, en mérito a criterios de sustantividad material, que en

1062 SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y otros. *Comentarios al Código Penal*, ps. 265-266.



términos de ofensividad se traduce en la regla: «mínimo daño social» o de «mínima violencia».

En mérito a una coherencia sistemática, la pena en un Estado Social de Derecho debe estar vinculada a los siguientes principios: de proporcionalidad, de humanidad y de rehabilitación, como meta ineludible de un Derecho penal democrático y garantista.

Son estas, las bases metodológicas las que cimientan la *ratio essendi* de la «Refundición de la Pena», contemplada en el artículo 51° del CP, concordante con la Ley N° 10124¹⁰⁶³, que reza de la siguiente manera: *“Si después de la sentencia condenatoria se descubriese otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado de igual o de distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la impuesta, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, el órgano jurisdiccional o los sujetos del proceso, solicitarán copia certificada del fallo ejecutoriado y en mérito de la misma, el órgano jurisdiccional dictará el sobreseimiento definitivo de la causa y ordenará archivarla. Si el hecho punible descubierto mereciere una pena superior a la aplicada, el condenado será sometido a un nuevo proceso y se impondrá la nueva pena correspondiente”*.

La imposición y ejecución de una pena concreta son racionales y legítimas, si se ejecutan acordes con los fines del Derecho penal, según los dictados de un orden democrático de derecho.

Para cimentar la estructura basilar un Derecho penal también democrático, conviene hacer frente al delito con una razonable humanización del Derecho punitivo, comprendiendo para tal cometido todo un programa de reducción progresiva de la violencia estatal.

La dignidad del individuo constituye el extremo material que debe respetar el Estado, fijando los límites a la aplicación de las pe-

1063 La Ley N° 10124 de fecha 29-12-1944 o Ley de acumulación de procesos en delitos conexos y de refundición de penas y medidas, normado en el art. 4° *in fine*.

nas (artículo IX del Tít. Prel.), el ciudadano no puede ser considerado un objeto de una determinada política criminal del Estado sino un fin en sí mismo.

No debe sancionarse penas innecesarias –tanto por razones de prevención general como especial–, la duración de la pena debe estar debidamente delimitada en la ley (nulla poena *sine lege*), teniendo en cuenta la *rehabilitación* del reo como fin primordial y esencial de la misión tutelar del derecho punitivo; *contrario sensu*, la pena se constituiría como una mera respuesta vindicativa del Estado ante el delito, asignándose una mera función retributiva.

El Estado debe estar al servicio de los ciudadanos y no servirse de ellos.

5.2. Finalidad de la Refundición de Penas

La refundición de penas tiene por objeto, entre otras razones, el tratamiento único de la pena impuesta al condenado, evitando así una sobrecriminalización punitiva. La pena privativa de libertad detenta una naturaleza gravosa y una dosis de aflicción significativa en la esfera de libertad del penado, por lo tanto, su utilización debe reservarse en cuanto sea merecida y necesaria para alcanzar sus fines preventivos.

Para LUZÓN PEÑA, el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación y la exclusión de todos los elementos del delito, pero también en la de otros requisitos de la pena no referidos al hecho¹⁰⁶⁴).

Dicho lo anterior, consideramos que el fin teleológico de esta institución radica en que el condenado no sea puesto nuevamente

1064 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *La Relación del Merecimiento de Pena y de la Necesidad de Pena con la Estructura del Delito*. En: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. J. M. SILVA SÁNCHEZ / B. SCHCINEMANN / J. DE FIGUEIREDO DIAS. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN. José María Bosch Editor, 1995, p. 119.



a disposición de los Tribunales a través de un Proceso Penal, hacerlo significaría la eliminación de facto de instituciones basadas en la orientación a la reinserción, una duración desmedida sería contraria a la prevención especial positiva promulgada y sancionada.

5.3. Requisitos

El legislador pretende conceder un tratamiento punitivo más benigno a todos aquellos que se encuentren purgando carcelería por un delito más grave en comparación al delito que es posteriormente descubierto, pues la *notitia criminis* llega a conocimiento de los operadores de justicia.

En caso, que el delito descubierto merezca una pena superior a la aplicada, esta institución no tendrá efectos *aplicativos*, pues en esta hipótesis deberá procederse a instaurar un nuevo procedimiento penal, en el cual finalmente se decidirá la situación jurídica del condenado.

La refundición de penas, para ROJAS VARGAS, cumple la virtualidad de expresar con fuerza una idea deseada legislativamente: la unificación de penas impuestas con anterioridad y en calidad de firmes en tomo a una penalidad única¹⁰⁶⁵.

Esta institución material tiene como base dogmática la presencia como antecedente de un Concurso Real de delitos ya decididos jurisdiccionalmente mediante sentencias condenatorias, que por diversas razones dichos procesos no fueron o no pudieron ser materia de acumulación procesal para su juzgamiento

A efectos, de aplicar el llamado «Concurso Real Retrospectivo», por tanto, debe haber recaído sobre el solicitante dos senten-

1065 ROJAS VARGAS, F. *Jurisprudencia Penal Comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica. 1999, p. 127.

cias condenatorias, donde cada una de ellas, haya impuesto una pena concreta; es a partir de dicho dato a saber, que el condenado, puede peticionar ante la judicatura competente, la referida “Refundición”, incidiendo en la aplicación de la pena más grave, es decir, aquélla refunde a la pena de menor escala; si no fuese así, ante el conocimiento de un hecho punible, que se está sustanciando ante otro órgano jurisdiccional, uno de ellos será el competente, para avocarse al caso, a través de la figura de la «Acumulación procesal», a lo cual debe añadirse, que resulta indispensable para la aplicación de la Refundición, que las penas sean *concretas* y no *abstractas*, única forma para proceder a la absorción de la más grave por la menos grave.

Finalmente deberá cumplirse los requisitos de procedibilidad contenidos en la cuarta disposición transitoria de la Ley 10124, donde se establece que será procedente si las condenas impuestas en procesos diferentes correspondan a procesos conexos, ya sea por la existencia de afinidad a la concurrencia de elementos comunes constitutivos del delito¹⁰⁶⁶.

La «Refundición de Penas» expresa, por tanto, una vía coherente de racionalizar la respuesta punitiva del Estado, en armonía con los fines de la pena, en este caso la «prevención especial positiva».

5.4. El Concurso Real Retrospectivo, tras la modificatoria efectuada por la Ley N° 28730

Sostuvimos que la pluralidad delictiva que configura el «Concurso real de delitos» importa un agente que comete varios injustos en tiempos históricos distintos; pluralidad delictiva que es some-

¹⁰⁶⁶ En cuanto a su ámbito regulador puede tratarse de una pena efectiva, o también de una de carácter suspendida (artículos 57° y 62° del CP) o sujeta a plazo de prueba aún no concluida.



tida a una persecución penal unificada, por razones de seguridad jurídica y de economía procesal todos los delitos son objeto de substanciación en un solo Proceso Penal; empero, por defectos en el sistema de persecución penal, el legislador del 91 incorporó el «Concurso real retrospectivo» que en realidad importa un Concurso real de delitos.

Dicho de otro modo: *en el caso del Concurso real retrospectivo, el agente al igual que la regla prevista en el artículo 50° del CP, es responsable de la comisión de una pluralidad delictiva, pero que por diversas circunstancias, uno de los hechos punibles cometidos no fue advertido por las agencias de persecución penal en su debido momento, pues la sentencia condenatoria no se pronunció por dicho hecho, por lo que, el penado es sometido a una nueva persecución penal.*

Así, un sistema de persecución penal eficiente y eficaz, debe procurar que no ocurra este tipo de situaciones, que significan a la larga una recarga en la labor para los Tribunales que administran Justicia Penal en nuestro país.

No se puede hablar de un Concurso real retrospectivo, cuando habiéndose iniciado una investigación penal, por una pluralidad de delitos y, siendo que con respecto a uno de ellos tuvo que archivarse la denuncia por falta de evidencia suficiente, surgen a *posteriori* otros medios de prueba con suficiente relevancia e idoneidad para acreditar la responsabilidad penal del agente. Si el hecho punible fue objeto de un auto de sobreseimiento definitivo por parte del órgano jurisdiccional, este adquiere la calidad de cosa juzgada, por lo que no puede ser nuevamente pasible de una persecución penal, so pena de vulnerar el principio del *non bis in idem*.

El legislador del 91, siguiendo las pautas del principio de absorción de penas, consideró político-criminalmente conveniente, que ante el probable conocimiento de un nuevo delito cometido por el condenado antes de aquél, por el que fue condenado, se so-

bresea la causa de forma definitiva; colocando en rigor, un criterio rehabilitador y desde un plano procesal, fortaleciendo la economía procesal en la administración de justicia, evitando la activación de todo el aparato de persecución penal para ventilar una causa que finalmente, si prevé una pena inferior a la impuesta, sería refundida por ella. Sin embargo, la reforma introducida por el legislador al Concurso real de delitos, privilegiando un sistema acumulativo de penas importa la modificación del concurso real retrospectivo en este sentido, de no ser así se estaría vulnerando el «principio de igualdad», pues, situaciones que revelan características similares recibirían un trato punitivo diversificado.

El artículo 51° del CP, modificado por la Ley N° 28730, reza de la siguiente manera: *“Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito”*.

La descripción normativa anotada, supone determinar lo siguiente: 1. Con la nueva redacción, el procedimiento penal por el nuevo delito deberá realizarse, aún cuando éste se encuentre conminado con una pena inferior a la impuesta, a fin de adecuar su tratamiento al reglado en el artículo 50° del CP; pensamos, que deben aplicarse aquí también, la posibilidad de abreviar el debate judicial, mediando las formas simplificadas de «terminación del proceso», a fin de simplificar y abreviar la tramitación del nuevo procedimiento, por razones de economía procesal. 2. Si bien el artículo no lo estipula taxativamente, se entiende que el nuevo delito descubierto debe estar conminado con pena privativa de libertad, pues, de conformidad con lo previsto en el caso del Concurso real de delitos, solo se pueden sumar las penas privativas de libertad y no otras, como



las medidas limitativas de derecho. 3. La acumulación material sólo puede llegar como máximo al doble de la pena del delito más grave, sumatoria que supone la adición de la pena concreta que se impondrá para el nuevo delito objeto de persecución penal; v. gr., si el penado se encontraba purgando carcelería por una condena de siete años, se le sumará la pena del nuevo delito, que podría ser 10 años de PPL, la pena total será de 17 años, la cual se cumplirá de forma sucesiva y no en simultáneo.

¿Qué sucede si el nuevo delito se toma conocimiento, cuando el penado ha sido excarcelado vía un beneficio penitenciario? Bajo esta hipótesis, se le sometería al nuevo proceso, por el cual podría ser recluido nuevamente, pero no por efectos de un quebrantamiento de las Reglas de Conducta, sino por un mandato de coerción que fije el Juez en el nuevo procedimiento penal, en la medida, que la revocatoria del beneficio penitenciario sólo procede cuando el beneficiado comete un nuevo delito doloso, es decir, por un injusto que debe ser perpetrado en el régimen punitivo que se cumple en libertad. Las penas se sumarían y el condenado cumpliría su condena en prisión por el nuevo delito, en vista que por el anterior ha recuperado su libertad.

4. Cuando el nuevo delito conocido o por el cual ha sido ya condenado, se encuentra reprimido con pena de cadena perpetua, se aplicará únicamente esta, en orden a su naturaleza indeterminada, que no permite acumulación alguna. Dice el párrafo en mención, que no obstante deberá de fijarse la reparación civil para el nuevo delito; en tal entendido, se deberá someter al condenado a un nuevo proceso penal, pues no se puede fijar la reparación civil, sin antes acreditarse la comisión del delito y la responsabilidad penal del agente, la condena civil está condicionada indefectiblemente a la condena penal, no obstante, puede que en algunos casos, los criterios de imputación, al versar sobre un distinto contenido, puedan construirse por separado, lo que corresponde con las reglas contempladas en el nuevo CPP.

6. CONFLICTO APARENTE DE LEYES PENALES

6.1. Introducción al tema

La reacción punitiva se legitima en una sociedad democrática, en cuanto a la comisión de un injusto penal que lesiona o coloca en un estado de peligro a un bien jurídico; importa la conducta humana que se expresa en el «disvalor de la acción» y en el «disvalor del resultado» que provoca la determinación de una sanción punitiva, a fin de prevenir la comisión de delitos. Empero, puede que una conducta –en principio– pueda ser abarcada idealmente, por los alcances normativos de dos tipos penales en simultáneo.

Dicho en otras palabras: *en el caso del Concurso delictivo, la conducta humana, sea a partir de una acción o de una omisión vulnera de forma sistemática y plural, la misma ley penal o varias a la vez, en cambio, en el caso del Conflicto aparente de leyes penales, solo una de ellas resulta la aplicable, pues ambas no pueden concurrir, al revelarse una unidad de acción que contraviene una sola norma penal; de no ser así, se estaría permitiendo una doble reacción punitiva ante una unidad delictiva, resolución abiertamente incompatible a los principios limitadores del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.*

La diferencia del «conflicto aparente de leyes penales» con el concurso ideal, es que solo el segundo está en posibilidad de contravenir de forma plural una norma jurídico-penal; (...) en que en el ideal ese comportamiento único constituye coetáneamente dos o más tipos penales que subsisten limpiamente, sin rechazarse entre sí, mientras que en el concurso aparente, aun cuando hay también un comportamiento único, este debe subsumirse en un solo tipo penal, si bien en apariencia aparecen otros tipos comprendiéndolo: al abarcarlo uno, los restantes quedan marginados¹⁰⁶⁷.

1067 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, p. 457.



En los casos de concurso ideal de delitos los tipos en juego prohíben aspectos diferentes de la conducta, pero existe una mínima superposición de espacios típicos entre ellos, sin que uno de ellos esté contenido en el otro¹⁰⁶⁸.

En palabras de SOLER, para que un concurso ideal sea posible será necesario, como punto de partida, que las dos figuras no sean entre sí incompatibles al aplicarse sobre un mismo hecho, es decir, que medie entre aquéllas, una relación de neutralidad o indiferencia¹⁰⁶⁹.

La definición del conflicto aparente de leyes penales, sería el siguiente: se da esta figura jurídico-penal cuando el comportamiento humano, es susceptible de ser integrado normativamente en más de una norma penal, pero que en realidad sólo puede adecuarse normativamente al alcance típico de una de ellas, a partir de la aplicación de los criterios que de *lege ferenda* ha formulado la dogmática penal (*doctrina penal*); (...) es un evento en el cual el analista o el estudioso tiene la impresión inicial de que está enfrente a un caso de concurso ideal, pero un estudio detenido producto de la emisión de los correspondientes juicios de tipicidad lleva a la conclusión de que no es así¹⁰⁷⁰.

La unidad de la ley, también llamada concurrencia aparente o impropia, contempla los supuestos en que si bien la acción es abarcada por dos o más tipos penales considerados aisladamente, cuando se los considera conjuntamente —en sus relaciones— se verifica que una de las leyes penales concurrentes interfiere la operatividad de las restantes, por lo que se excluye su aplicación al caso, aunque en definitiva lo haga porque incluye las lesiones de estas¹⁰⁷¹.

1068 LASCANO (h), C. J. *Unidad y Pluralidad Delictiva...*, p. 556.

1069 SOLER, S. *Derecho Penal. Parte General*, p. 175.

1070 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 656-657.

1071 ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, p. 830.

Esta categoría se da cuando un hecho tiene un encuadramiento típico múltiple que es tan solo aparente, pues en definitiva se aplica solo un tipo delictivo¹⁰⁷², o parafraseando a BACIGALUPO, cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor solo ha cometido una única lesión de la ley penal¹⁰⁷³.

Común denominador de las acepciones mencionadas, es que en el «conflicto aparente de leyes penales», como resultado de los criterios de interpretación, solo una de las normas resulta la aplicable al caso concreto.

Dicho lo anterior, resulta de todas formas equívoca la noción del «concurso aparente de normas», pues como se ha visto, en esta figura dogmática, la unidad de hecho delictivo puede adecuarse normativamente, únicamente bajo el radio de acción de un solo tipo penal y no de varios, por lo que no puede darse un concurso, toda vez que resulta una terminología en sí contradictoria.

ROMERO SOTO sintetiza la problemática de la siguiente forma “(...) la palabra “concurso” se presta a interpretaciones erróneas, ya que es fácilmente asimilable al “concurso de delitos”, lo que obliga a agregar el adjetivo “aparente”, que si bien no soluciona el problema le da un significado específico. Por eso hemos decidido adoptar la expresión, que aunque tampoco es satisfactoria, al menos preferible a “conflicto aparente de leyes”, pues, en el fondo, ese es realmente el problema a saber: cuál, de varias normas legales que versan sobre un hecho, es la penalmente aplicable”¹⁰⁷⁴.

Es de verse, por tanto, que no puede producirse un concurso de normas penales, pues una de ellas excluirá a las otras, por contener determinados rasgos distintivos (injusto y de la culpabilidad),

1072 LASCANO (h), C.J. *Unidad y pluralidad delictiva*, ps. 553-554.

1073 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 536.

1074 ROMERO SOTO, Luis E. *Concurso Aparente de Leyes. Hechos Copenados*. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, p. 4.



que determina su preponderancia; (...) el contenido delictivo del hecho ya queda abarcado y sancionado de modo tan completo mediante la aplicación de uno o varios de ellos, que los demás quedan desplazados¹⁰⁷⁵, lo cual ha llevado a que unos consideren la unidad de ley como una cuestión propia de la teoría de la ley penal, por ser materia de interpretación de esta¹⁰⁷⁶.

Es de verse, que la forma de resolver los casos de conflicto aparente de normas penales, implica la utilización de criterios interpretativos, que se comprenden en las construcciones dogmáticas que dan cabida a los principios aplicables, tal vez por ello, el derecho positivo vigente, haya optado por no incluir estos casos de *lege lata*; lo cual no supone de ningún modo, que esta figura no sea necesaria en el marco de la teoría general del delito, pues si fuese así, de seguro que los Tratados y Manuales sobre la materia ya no la incluirían en el estudio doctrinario. Aspecto en cuestión, que ha de facilitar los criterios interpretativos de los operadores jurídicos, evitando así, penalizaciones absurdas, carentes de toda objetividad, al sostener la imputación jurídico-penal por más de una figura delictiva, cuando sólo se está frente a un hecho, en sentido *jurídico-penal*.

En resumidas cuentas, y sin perjuicio de sus proyecciones de naturaleza procesal, su tratamiento no puede escindirse del concurso ideal, pues es una excepción a la regla de este; por otra parte cabe advertir que en cierto sentido toda la dogmática es interpretación de la ley penal¹⁰⁷⁷.

Ahora bien, la unidad de delito debe dilucidarse a partir de criterios interpretativos, que con rayana seguridad, permitan obtener resoluciones dogmáticas coherentes y unitarias, revestidas de un temple que predique seguridad jurídica.

1075 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, 540.

1076 ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, p. 831.

1077 ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, p. 831.



Como se sostuvo en un apartado anterior de la monografía, la unidad de hecho debe ser rechazada bajo una perspectiva naturalista (mecanicista), pues no siempre el contenido natural se corresponde con el contenido normativo, divergencia que podría llegar a soluciones político-criminales en realidad insatisfactorios; de tal modo, que es preciso añadir un elemento normativo, que parte de criterios de interpretación que tengan como basamento el ámbito de protección de la norma de acuerdo a una orientación teleológica, pero sin dejar de lado el aspecto ontológico (factor final, la voluntad de realización típica).

La noción de hecho (uno o varios) surge del factor normativo, toda vez que es el producto de la desvaloración o prohibición que la ley penal realiza de la conducta, por medio de los respectivos tipos¹⁰⁷⁸.

En palabras de ROMERO SOTO, el delito es, en primer término, una manifestación de voluntad. Pero también algo más: con ello se viola un precepto jurídico. Todavía más: se lesiona un bien jurídicamente tutelado, a la vez que se perturba un estado de la sociedad digno de protección. Hay más: se hace con un propósito que le da alma (si puede decirse así) la acción¹⁰⁷⁹.

Estaremos ante un Concurso Aparente de Normas, cuando aparentemente el contenido del ilícito de un hecho punible está contenido en varios tipos penales, cuando realmente se ha cometido una sola lesión de la ley penal.

A diferencia de lo que sucede con el «Concurso de Delitos» (Ideal), que una sola acción vulnera varios tipos legales; *contrario sensu*, en el llamado «Concurso de Leyes», en apariencia la conducta desplegada por el autor se subsume en varias leyes penales,

1078 LASCANO (h), C. J. *Unidad y pluralidad delictiva*, p. 555.

1079 ROMERO SOTO, L. E. *Concurso Aparente de Leyes...*, p. 19.



pero, realmente sólo una de ellas se adecua plenamente al comportamiento realizado, produciéndose un desplazamiento de las demás leyes en razón de varios criterios interpretativos elaborados por la dogmática jurídico-penal y por la doctrina jurisprudencial.

El «Concurso Aparente de Normas» no debe ser confundido como un problema de interpretación normativa, que no es lo mismo; éste último implica un razonamiento lógico jurídico, orientado a averiguar la génesis de la norma, es decir, la función teleológica de la ley penal, cuando una acción u omisión son abarcadas por el ámbito de protección de una determinada norma penal.

Por otro lado, se ha sostenido con corrección, que la determinación de la ley penal aplicable resulta deducible de los criterios interpretativos que la dogmática penal ha formulado durante los últimos años; entre ellos, figuran los criterios de «especialidad», «consunción», «subsidiariedad» y «alternatividad»; los cuales no son de consenso en la doctrina penal más representativa.

BACIGALUPO, reconoce las relaciones de especialidad, de subsidiariedad o de consunción¹⁰⁸⁰. STRATENWERTH, de acuerdo a un planteamiento anterior, limita la aplicación a los criterios especialidad y de subsidiariedad¹⁰⁸¹.

ZAFFARONI resuelve los casos de unidad de la ley por medio de tres principales fundamentos: especialidad, consunción y subsidiariedad¹⁰⁸². Mientras que GARRIDO MONTT encuadra la problemática, en la aplicación de los principios de la especialidad, de la subsidiariedad, de la consunción y el de accesoriedad, denominado también alternativa¹⁰⁸³.

1080 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 536.

1081 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 541.

1082 ZAFFARONI, E. R. *Derecho penal. Parte General*, Vol. II, p. 831.

1083 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, p. 457.



VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ incluye como criterios interpretativos los principios de especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad¹⁰⁸⁴. Descartando relevancia a esta última parte de la doctrina, al tratarse en realidad de un sub-principio de especialidad, pues finalmente determina la elección por uno u otro, cuando existe una zona oscura de delimitación normativa.

La construcción de los principios tiene como meta: la búsqueda de la norma que con mayor precisión y plenitud recoja las diferentes circunstancias y elementos del hecho, pues esa será la que expresará la exacta valoración que el hecho merece para el legislador —la que mejor se subsuma al hecho—; en otras palabras dicho: la opción de tipificación legal que en mejor medida se ajuste al principio de legalidad.

a. *La diferencia entre el Concurso Ideal de delitos y el Conflicto aparente de normas penales (Peculado con Malversación de Fondos)*

De acuerdo con una visión contemplativa de la criminalidad, una persona puede con una unidad de acción u de omisión, en sentido jurídico-penal, vulnerar a la vez, un mismo precepto penal o dos preceptos jurídico-penales. A tal efecto, se requiere acreditar, la unidad de conducta y la identidad del agente, en cuanto a la generación de estado de desvalor, que produzca una lesión y/o puesta en peligro, del mismo bien jurídico o de distintos intereses jurídicos. Se dice, así, que el concurso ideal es una *unidad de acción con una pluralidad de lesiones típicas de bienes jurídicos*, sean de la misma o de distinta clase: *una necesaria perspectiva combinadora del mismo acontecer bajo diversos aspectos valorativos*¹⁰⁸⁵; se estima, por tanto, que el concurso ideal de delitos distingue dos elementos: unidad

1084 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 658-660.

1085 Maurach, R.; Zipf, H. *Derecho Penal. Parte General*, 2, p. 550.



de acción y pluralidad de delitos¹⁰⁸⁶. Esto puede darse claramente, cuando el conductor de un bus interprovincial, arrolla a dos transeúntes, causando imprudentemente su muerte, dando lugar a una infracción normativa plural del artículo 111° del CP; sin embargo, esta opción no puede darse en todos los casos, en la medida, que en ciertas circunstancias, lo que se tiene que hacer es valorar, cuál de los tipos penales recoge de forma más específica el relato fáctico que construye la tesis de incriminación, como es de verse, en el entrecruzamiento entre los delitos de Homicidio Simple y Asesinato o ante una tentativa de Asesinato y unas lesiones graves; lo que tiene que hacer acá, es proceder a un correcto esquema de subsunción típica. En la doctrina, se expone que la esencia del concurso de leyes es vista normalmente en el hecho de que ya uno de varios tipos resultaría suficiente para aprehender completamente el contenido del ilícito, con la consecuencia de que sólo dicho tipo será considerado para los efectos de la fijación de la pena¹⁰⁸⁷; (...) el ordenamiento jurídico es un sistema “consistente”, exento de contradicciones (...) ¹⁰⁸⁸, de modo que no puede subsumirse una sola conducta en dos tipos legales, cuando aquélla encaja perfectamente en una de ellas. Dicho en otros términos: al existir una superposición de tipos penales, una de ellas desplaza a la otra, merced a la aplicación de una serie de principios: (*especialidad, consunción y subsidiariedad*).

Entonces, si partimos en el presente caso, que se trata de una identidad de relato fáctico, hemos de distinguir con propiedad dogmática, en que radica la distinción entre el delito de Peculado y de Malversación de Fondos, considerando que ambas figuras del injusto funcional, se encuentran comprendidas en aquellos delitos que atacan a la Administración Pública y, de hecho, ambas figuras, pueden resultar lesivas al patrimonio estatal, pero de forma distin-

1086 Peña Cabrera, R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 543.

1087 Maurach, R. y otro. *Derecho Penal. Parte General*, 2, p. 550.

1088 Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T.S. *Derecho Penal. Parte General*, p. 172.



a, no en vano el legislador procedió a su tipificación penal de forma independiente. Por consiguiente, no puede postularse un Concurso ideal de delitos, entre los delitos de Peculado y de Malversación de Fondos, a menos que se trate de hechos distintos, dando lugar, por tanto, a un Concurso real de delitos.

Comparando ambas estructuras penales, se advierte que en las dos hipótesis del injusto funcional, estamos ante un funcionario y/o servidor público, que tiene una especial vinculación legal con el objeto material del delito (caudales, fondos, efectos, etc.), en cuanto a la calidad de perceptor, custodio y/o administrador, sin embargo, la gran diferencia estriba en que en el delito de Peculado, de acuerdo a los contornos normativos del artículo 387° del CP, los fondos públicos son objeto de una sustracción definitiva de la esfera de custodia de la Administración Pública, no en vano, se predica acá, la existencia de una privatización de los caudales estatales; empero, en el tipo penal de Malversación de Fondos, los dineros públicos no salen de la esfera de custodia de las entidades estatales, sino que se produce una desviación de su aplicación, al darles un destino distinto al previsto en la Ley. Es por ello, que el contenido material del desvalor del delito de Peculado es mucho mayor, lo que se corresponde con un marco penal más severo en comparación con el marco penal del tipo penal regulado en el artículo 389° del CP. Es sin duda, el principio de especialidad, el cual nos otorga los elementos de valoración de especificidad de la conducción típica, para concluir que el delito de Peculado desplaza al de Malversación de Fondos.

5.2. Principios

a. *Principio de Especialidad - (lex specialis derogat lex generalis)*

Resulta opinión unánime en la doctrina, destacar que la aplicación de este principio es el que menos dificultades teóricas conlleva,

en virtud de sus alcances dogmáticos, cuya clarificación conceptual impide cualquier duda al respecto.

El precepto especial se aplica con preferencia al precepto general, en la medida que el primero cuenta con un mayor número de especificaciones típicas, tanto en lo referente al contenido injusto como en lo concerniente a la imputación individual (reproche de culpabilidad); importa una relación que existe entre género y especie, todo lo que tiene el género lo tiene la especie (relación de calificado o privilegiado con respecto al tipo básico).

La determinación de esta relación se logra por un proceso de naturaleza lógico-jurídica; la norma especial prefiere en su aplicación en el caso concreto a la de carácter general¹⁰⁸⁹.

El tipo específico cuando aprehende al hecho desplaza al genérico¹⁰⁹⁰; (...) siendo necesario que uno de los tipos esté íntegramente contenido en otro; pero ello puede suceder en forma más o menos expresa¹⁰⁹¹; así en el caso de la Calumnia (art. 131°) y la Injurias (art. 130°); la semejanza o identidad típica no es en sí expresa, pues la relación de especialidad no se determina únicamente por la homogeneidad del bien jurídico tutelado; en este caso, ambas figuras delictivas ofenden el honor, pero la calumnia supone una mayor incidencia en la expresión verbal o escrita: la atribución de un delito a sabiendas de su falsedad; lo cual no supone que puedan concurrir de forma real o ideal, cuando de forma independiente se ultraja de palabra y se calumnia a una persona.

Así también debemos referirnos al caso de conflicto aparente de calumnia con el tipo penal de Denuncia Calumniosa o mendaz (art. 402°); en el segundo de los nombrados, se exige para la realización

1089 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 457-458.

1090 LASCANO (h), C.J. *Unidad y pluralidad delictiva*, p. 560.

1091 SOLER, S. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 190.



típica que la atribución comisiva de un injusto penal sea interpuesto ante las autoridades competentes de la persecución penal; de ahí que en la Denuncia Mendaz se proteja la Administración de Justicia, como unidad de la administración estatal que solo puede incoarse, ante la presencia de sospecha de criminalidad real y no ante una denuncia eminentemente falsa (principio de «intervención indiciaria»).

Lo mismo rige cuando un tipo penal aprehende la combinación de dos o más tipos diferentes¹⁰⁹². Se presenta esta hipótesis cuando un tipo penal cobija una serie de elementos, que valorados de forma aislada dan lugar a tipificaciones penales independientes; v. gr., en el caso del robo agravado, su configuración típica supone el ejercicio de violencia física o psicológica (lesiones) y la sustracción de un bien mueble (hurto); así, también en el caso del delito de secuestro, el hecho de obligar a realizar una conducta no prohibida por la ley, implica ya el tipo penal de coacciones; el hurto agravado por ingreso a una morada ajena, determina ya en su constitución típica el tipo penal de violación de domicilio.

Finalmente, en la relación subsistente entre el delito de Estafa (art. 196°) y el injusto de Otras Defraudaciones (Art. 197°, en el marco de sus modalidades típicas), siempre y cuando se admita a toda consecuencia, que todos los elementos que se comprenden en el artículo 196° son también identificables en el caso del artículo 197°¹⁰⁹³, en cuanto a: el error, el engaño, el desplazamiento patrimonial, el enriquecimiento del sujeto activo a costa del empobrecimiento del sujeto pasivo, aspecto en alguno de sus supuestos es en realidad difícil de aceptar a toda consecuencia.

La «relación de especialidad» no supone necesariamente que el tipo penal preponderante (desplazante), conlleve una penalidad

1092 STRATENWERTH, G. *Derecho Penal...*, p. 542.

1093 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, ps. 362-363.

más severa, pues esta relación puede darse tanto en un binomio genérico-agravado como genérico-atenuado. Si los elementos agregados hacen más grave la sanción, se dice que existe un tipo calificado; si la hacen menos grave, se habla de un tipo privilegiado¹⁰⁹⁴; de tal forma, que en los tipos penales de Infanticidio –cuando la madre homicida da muerte a su hijo bajo la influencia del estado puerperal o durante el parto–, o el de Homicidio bajo emoción violenta –cuando el sujeto activo realiza la conducta típica determinado bajo un influjo motivacional intenso–, ingresan en el ámbito de la especialidad cuando ingresan a una zona de conflicto con el delito de Homicidio Simple (Art. 106°); asimismo, cuando se ingresa a un conflicto con el tipo penal de Asesinato, sea porque el homicidio se cometa de forma alevosa, el autor impulsado bajo un designio criminal deleznable (placer, ferocidad, lucro) o por los medios empleados (para facilitar u ocultar otro delito; por fuego, explosión, poniendo en peligro la vida de otras personas).

Entre estos tipos penales siempre ha habido una seria discusión dogmática, sobre su relación tipificadora, en la medida, que el Asesinato revela sus propios elementos de composición típica¹⁰⁹⁵, lo que llevaría a postular su identidad penal autónoma, lo que no implica la imposibilidad de aplicar el principio de especialidad cuando se ingresan a ámbitos de interpretación, cuando ambos tipos pueden concurrir ante un mismo supuesto de hecho; entre el parricidio y el asesinato, sucede algo muy singular, ambas figuras del injusto, importan la muerte de una persona, mas en el primer caso, se elimina a un pariente; a lo cual debe añadirse, que muy difícilmente, podrá apreciarse un parricidio que se cometa, sin alguna de las circunstancias de agravación contempladas en el artículo 108°, siempre será pues, un asesinato, no resultando admisible un Concurso

1094 SOLER, S. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 191.

1095 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, ps. 105-108.



delictivo, al tratarse de un solo hecho; aspecto que incide también en el marco de la Autoría y Participación, pues mientras el agente (pariente), será penado conforme el artículo 107°, el amante, por el tipo penal del artículo 108° del CP, en evidente quiebre del principio de «Unidad en el Título de la Participación».

b. Principio de Subsidiariedad - (lex primaria derogat legi subsidiare)

Puede darse la situación en que una determinada norma penal tenga mayor importancia para el legislador que otra, por ejemplo, proteja un interés más valioso y el legislador disponga entonces que se aplique solamente la norma que proteja el interés más valioso¹⁰⁹⁶.

Es de verse, que en la «relación de subsidiariedad» existen disposiciones típicas que se confunden entre sí, pero una de ellas prevalece pues supone un ataque más intenso al bien —objeto de tutela—: quiere decir esto, que una figura delictiva resulta aplicable mientras no resulta aplicable otra, o dicho así: el basamento radica en la diferente intensidad del tratamiento tuitivo del bien jurídico, teniéndose dos normas regulativas, pero desde distintas perspectivas teleológicas.

En otras palabras dicho: este postulado opera cuando el analista debe resolver concursos aparentes de tipos motivados por la existencia de figuras que describen diversos grados de lesión o afectación de los bienes jurídicos, yendo de los más leves hasta los más graves, de tal manera que el supuesto de hecho subsidiario es interferido por el principal; por ello, la estructura lógica de la subsidiariedad no es la de subordinación sino de la interferencia¹⁰⁹⁷.

1096 ROMERO SOTO, L. E. *Concurso Aparente de Leyes...*, p. 36.

1097 JESCHECK, H.; citado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 659-660.



A diferencia de la relación de especialidad el tipo penal desplazado no es absorbido por el preponderante, sino se excluye por consideraciones mismas de política criminal. Lo que pasa en la relación subsidiaria es que una figura desaparece mientras la otra rige; pero la desaparición de punibilidad de la una no importa necesariamente la de la otra, a diferencia (...) de los casos de especialidad¹⁰⁹⁸.

Una figura delictiva es subsidiaria de otra cuando la ley dispone que su aplicación está condicionada a que no sea de aplicación otra figura (subsidiariedad expresa), o cuando una figura entre en la composición de otra, pero solo como un elemento constitutivo o circunstancia agravante y no como delito-tipo (subsidiariedad tácita)¹⁰⁹⁹; de forma que la relación de subsidiariedad se da tanto de forma expresa como de forma tácita.

Los casos de subsidiariedad —anota BACIGALUPO— se dan cuando el texto legal indica que el precepto es aplicable, siempre que no lo fuera otro más grave. Los supuestos de subsidiariedad tácita deben deducirse por vía interpretativa¹¹⁰⁰.

Entonces, en el caso de la relación de subsidiariedad expresa, la delimitación típica se desprende del texto literal de la ley, pero no en forma directa, sino mediante criterios sistemáticos de interpretación normativa.

Con todo, la ley no siempre se pronuncia sobre este particular de la misma manera¹¹⁰¹.

Es el caso del conflicto aparente entre el supuesto delictivo de Falsedad Material y el de Falsedad Impropia, si es que se acredita que el agente quien ingresa el documento falsario al tráfico jurídico,

1098 SOLER, S. *Derecho Penal. Parte General...*, p. 193.

1099 SEBASTIÁN, S. *Derecho Penal. Parte General...*, ps. 192-193.

1100 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, ps. 538-539.

1101 ROMERO SOTO, L. E. *Concurso Aparente de Leyes...*, p. 38.



fue quien lo elaboró, se aplica el supuesto del primer párrafo, más por lo general será de aplicación el último párrafo, pues probar la autoría material del primer supuesto no es empresa fácil.

No es el caso del delito de Enriquecimiento ilícito y de las otras figuras delictivas comprendidas en el Título XVIII que puedan afectar el patrimonio del Estado, en tanto, se ha partido de una premisa dogmáticamente falsa: el tipo penal del Injusto del artículo 401° no es en realidad un tipo subsidiario como algunos creen equívocamente en la doctrina, tal vez confundiendo el tema probatorio, en el sentido de que al no acreditarse la concurrencia de algún otro delito funcional, sea de aplicación el primero, al no necesitarse acreditar el acto concreto que da lugar al enriquecimiento ilícito. Esta figura delictiva fue incorporada al CP peruano a fin de ejercer una mayor protección al bien jurídico tutelado, propiciando mayores efectos de prevención general, de quien se enriquece aumentando su acervo patrimonial en aprovechamiento del cargo *funcionario*; máxime si la pena en el artículo 401° es de mayor intensidad punitiva, por lo que no se entendería por qué el legislador quiso penar con mayor severidad un tipo penal «residual»; a nuestro entender, este delito puede concurrir sin ningún problema con los tipos penales de peculado, malversación de fondos o colusión ilegal, a partir de la figura del Concurso real de delitos.

La racionalidad de la respuesta punitiva importa un postulado esencial de todo Derecho penal democrático, no obstante, debe anotarse que dicha respuesta debe también conciliarse con la realidad social y con la legalidad penal imperante; siendo, que según nuestro derecho positivo, son dos circunstancias distintas, por ejemplo, de apropiarse de caudales públicos y, otra que, como consecuencias de dicho actos y otros, el funcionario público logre incrementar ostensiblemente su patrimonio personal.

Empero, si queremos sujetar el derecho punitivo, a una menor descarga coactiva, podría seguirse la fórmula normativa, utilizada por el legislador colombiano, cuando condiciona la punición por Enriquecimiento Ilícito, a: *que el hecho no constituya otro delito*.



CARO CORIA, quien postula una postura contraria, señala que frente a esta disyuntiva, *de lege ferenda* debería consignarse en el tipo su carácter subsidiario y establecerse una pena menor con la de otros delitos, como el cohecho o el peculado, que ya implican la lesión del bien jurídico protegido¹¹⁰².

Posición distinta, ha de verse en el supuesto del delito de Abuso de Autoridad, cuya aplicación en los casos concretos, toma lugar de forma *residual y/o subsidiaria*, cuando en el marco de los *injustos funcionariales* que atacan la Administración Pública, ninguno de ellos puede encajarse formalmente a la conducta atribuida al agente; por lo que la penalización de este injusto, responde estrictamente a motivos de política criminal¹¹⁰³.

En cambio la subsidiariedad tácita debe deducirse vía interpretativa, la cual puede asumir una doble modalidad: de un lado, se presenta en los casos de actos copenados previos o anteriores, cuando se está ante el llamado delito de paso —a veces denominado impropriamente de tránsito, con lo cual termina confundiéndose con aquellas figuras cometidas en el territorio de varios Estados— o sea, aquellas fases previas constitutivas de actos preparatorios punibles, o que por su naturaleza requieren el recurrido de varios tipos que son comprendidos por el hecho consumado¹¹⁰⁴. A nuestro parecer, el tema de los actos posteriores copenados adquiere una mayor concreción, como se verá más adelante.

No en pocos casos, sucede que una tipificación penal autónoma contiene a su vez descripciones de otros tipos penales, que por su mayor absorción de especificación típica prevalece ante las otras, cuestión que no es fácil de comprender, sobre todo porque se en-

1102 CARO CORIA, C. *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 155.

1103 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, ps. 208-210.

1104 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 660.



trece cruza con el principio de consunción; empero, puede que a veces resulte en realidad un concurso ideal de delitos, cuando la incidencia antijurídica provoca una afectación tal, que impide su punición.

Para la solución de estos casos —apunta SOLER—, lo principal es el análisis concreto de la figura de cada delito en particular, a fin de comprobar si de él resulta que uno de los delitos contiene al otro en forma tal, que el legislador en cualquiera de las figuras los ha tenido en cuenta¹¹⁰⁵.

Puede en algunos casos, que una determinada tipificación penal suponga en simultáneo la configuración de una tipificación penal distinta, que por contener elementos particulares de composición típica, se vuelve preponderante. Nuestro legislador, por motivos de orden político criminal, ha ido introduciendo de forma progresiva construcciones dogmáticas en la Parte Especial del CP, que no se corresponden con el fundamento material de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, concretamente el principio de culpabilidad.

Los delitos cualificados por el resultado, bajo la fachada del denominado «delito preterintencional», se han convertido en el instrumento de preferencia del legislador, cuando ciertos hechos fenoménicos en la sociedad, lo conducen a una reorientación político-criminal, en puridad «retributiva»; no por menos decirlo, bajo la iniciación de una conducta dirigida a la producción de un evento doloso, pero se produce finalmente un resultado más grave al querido o deseado por el autor (*mejor dicho cubierto por su esfera cognitiva*), que le es imputable a título de culpa en base al factor «previsibilidad»; son los casos de lesiones graves seguidas de muerte (arts. 121° y 121°-A) y lesiones leves seguidas de muerte (arts. 122° y 122°-A); en tales supuestos el agente acomete a su víctima con el fin de provocarle una afectación a la integridad corporal o fisiológica, pero en virtud de ciertas circunstancias se produce la muerte

1105 SOLER, S. *Derecho Penal. Parte General...*, ps. 195-196.



del ofendido, donde el autor, no fue consciente de que los medios empleados, eran lo suficientemente idóneos, como para provocar la muerte de su víctima. Siendo así, la tipificación preponderante sería la del delito preterintencional, qué duda cabe.

En el caso del robo agravado seguido de muerte (art. 189°, último párrafo), estamos en realidad en una pura responsabilidad objetiva por el resultado, pues ni siquiera se introduce el elemento «previsibilidad» que determina la imputación por el resultado más grave acaecido, no obstante, la imputación de la muerte del ofendido, solo podría cobijarse en el marco de un injusto imprudente; en tal virtud, la mayor protección incide en realidad en el delito de Homicidio, pues el tipo penal de robo se comprende en el bien jurídico “patrimonio”, aunque trata de una figura pluriofensiva; mas desde una sujeción estricta de *lege lata*, si la muerte es consecuencia de un robo, no habrá más alternativa que el título en la imputación sea de este último; resultando, que el Homicidio culposos sea penado con una sanción más drástica (*pena de cadena perpetua*), en comparación con el tipo penal de Asesinato (*35 años de ppl*), en franca vulneración de los principios de proporcionalidad, culpabilidad y jerarquización del bien jurídico tutelado; así también, en los supuestos de Extorsión, Secuestro y violación de menor de catorce años, seguido de muerte.

No menos controvertible resulta el conflicto que se sucede entre el homicidio por lucro (art. 108°, inc. 1) con el robo agravado seguido de muerte; ambas figuras delictivas protegen la vida humana, pero de diversas perspectivas, siendo la confusión deducible de forma explícita. Podría decirse en este caso, que más bien se advierte un caso de alternatividad, pues en defecto de una tipificación se aplica la otra.

Debiendo quedar claro que ambas tipificaciones no pueden concurrir, a fin de cautelar la intangibilidad del principio del non *bis in idem*.

¿Dónde estriba entonces la diferencia entre ambas tipificaciones? En el móvil, en la determinación de la deliberación delictiva; en el caso del Robo agravado, el sujeto pasivo se constituye en un obs-

táculo para la realización del plan delictivo del autor, en lo concerniente a la desapropiación del objeto material del delito, la reducción o neutralización de los mecanismos de defensa de la víctima, constituyen el medio necesario para la realización del plan criminal. Contrariamente, el asesinato por lucro es la finalidad perseguida por el autor, toda vez que producida la muerte de la víctima, este espera conseguir una ventaja patrimonial o de índole semejante; es el típico caso del sicario, quien motivado por el precio ofrecido por el Inductor, propina la muerte del sujeto pasivo; si éste directamente lo lesiona de gravedad —luego se produce su muerte—, para arrebatarse sus joyas y dinero, será un supuesto de Robo agravado; pero si la víctima no ofreció resistencia y le entregó directamente el dinero, y luego de aquello le provoca la muerte, será de aplicación la modalidad típica del artículo 108° inc. 2 («para ocultar otro delito»).

Debiéndose añadir, la posibilidad de una confusión normativa, del Robo agravado seguido de muerte con el asesinato: «para facilitar o ocultar otro delito»; en estos supuestos, el agente dirige su quehacer conductivo, sea para poder perpetrar con mayor facilidad un determinado delito (hurto, violación, etc.), o para ocultar las evidencias de su ilícito accionar; en ambas modalidades del injusto, se aprecia, la dirección volitiva y cognitiva, de ultimar a una persona, es decir, la muerte del sujeto pasivo es imputable a título de dolo (*directo o eventual*); v. gr., los malhechores que ingresan a un establecimiento comercial en la madrugada, bajo la falsa creencia de que la tienda estaba vacía de gente, encontrando a un vigilante, a quien ultimán, para poder cometer el delito de hurto, debiéndose admitir un Concurso real de delitos¹¹⁰⁶; en cambio, en el Robo agravado seguido de muerte, la eliminación de la vida humana (del *sujeto pasivo*), es imputable a título de culpa; v. gr., cuando el agente, no previó que los medios de violencia que propinó a su víctima, eran tan contun-

1106 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, ps. 62-66.



dentes como para matarla¹¹⁰⁷. Bajo tal situación, el homicidio culposo, sería penalizado con una mayor pena, que el delito de asesinato, lo cual es incompatible con los principios rectores antes anotados.

Cuestión aparte debe apreciarse en el ámbito de los delitos sexuales, en la configuración del tipo penal del artículo 170° y sus derivaciones típicas, en el tipo penal de acceso carnal sexual, el agente a fin de quebrar la voluntad de la víctima, ejerce una violencia física y psicológica de suficiente intensidad, de tal forma que puede propinar golpes certeros en la integridad corporal de la víctima; si estos actos de por sí producen una afectación de magnitud relevante en la esfera del bien jurídico «integridad corporal», no habría problema, para conducir la problemática a un concurso ideal de delitos, pero el legislador siguiendo el trayecto político-criminal antes anotado, sancionó las formas agravadas de las tipificaciones básicas contenidas en los artículos 170°, 171°, 174°, 175°, 176° y 176°-A, en el marco del artículo 177°, aunque en algunos supuestos no sabemos a ciencia cierta cómo podrá producirse lesiones graves o en su defecto la muerte de la víctima en cuestión.

Ahora bien, asumimos esta posición si es que admitimos la figura preterintencional, de que el agente no haya deliberado su conducta a la producción del resultado más grave, siempre que le fuese previsible.

Por lo expuesto, si el agente no solamente dirigió su conducta a quebrantar la libertad sexual del sujeto pasivo, sino también la dirigió deliberadamente a matar a su víctima o a causarle lesiones graves (aún con dolo eventual), deberá apreciarse un Concurso ideal de delitos y no un conflicto aparente de normas penales, pues el artículo 177° no regula definitivamente la modalidad dolosa por el resultado, por lo que su admisión supondría una grave contravención a los prin-

1107 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, ps. 253-256.

cipios de legalidad y de culpabilidad. Lo contradictorio en todo caso, es que en el caso del Concurso ideal de delitos, el agente recibiría una pena menos grave, en la medida que si se produce el resultado “muerte” recibiría una pena no menor de quince años de ppl y, en el caso del artículo 177°, la pena puede llegar hasta cadena perpetua.

Por eso es necesario acudir, no pocas veces, a un criterio de política criminal, a nociones prácticamente ajenas a la positividad para determinar si dos delitos, que se hallan entre sí en determinadas relaciones, deben ser sancionados separada o conjuntamente y, en este último caso, si como concurso de delitos o como concurso aparente de leyes¹¹⁰⁸. Claro está, que la opción político-criminal no puede determinarse sin arreglo a los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

Otros casos emblemáticos y sucedáneos a esta hipótesis, se desprenden de la siguiente concurrencia: a.- El tipo penal de conducción en estado de ebriedad previsto en el artículo 274° supone la realización de una conducta de mera actividad, en la cual el agente pone en peligro la Seguridad Pública cuando conduce el vehículo bajo los efectos del alcohol u otras sustancias psicotrópicas, si bajo dicha influencia exógena, atropella a un transeúnte, causándole la muerte o produciéndole lesiones graves, la conducta únicamente será conducible a los tipos penales de Homicidio culposo (art. 111°) o de Lesiones culposas (art. 124°) respectivamente. Se podría, decir, entonces, que al contenerse de forma expresa, la situación de la influencia del alcohol o de sustancias psicotrópicas, el tipo penal del 274°, estaría ya subsumido en los primeros, muy a pesar, de que tutelen bienes jurídicos distintos¹¹⁰⁹.

Cuestión parecida, es de verse, en el caso del tipo penal de Tenencia ilegal de armas y sus derivados (art. 279° y ss.), cuando dicha

1108 ROMERO SOTO. L. E. *Concurso Aparente de Leyes...*, ps. 44-45.

1109 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, p. 550.

condición típica se configura en la realización misma de otra figura delictiva, concretamente en el tipo penal de Robo agravado (art. 189° inc. 3), pues al margen del disvalor que provoca el uso ilegal de un arma de fuego, está el hecho de que dicho instrumento crea un peligro concreto para los bienes jurídicos elementales del ser humano; constituyendo la «Seguridad Pública», el bien jurídico tutelado en el primero de ellos, por lo que existe un Concurso delictivo entre ambos¹¹¹⁰.

c. Principio de Consunción - (lex consumen derogat lex consumpta)

El principio de «consunción», supone dos tipificaciones penales que se confunden entre sí, pues uno de ellos reviste una estructuración típica que comprende la tipificación de otro, en el ámbito del injusto y/o de la culpabilidad, por lo que al revelar una tipificación más compleja y a la vez más grave, se hace preponderante. La relación no es de naturaleza lógica¹¹¹¹.

Aparece el principio de consunción, (...) cuando la realización de un supuesto de hecho más grave incluye la de otro menos grave, es el primero que se aplica y no el último, pues se parte del presupuesto de que el legislador ya ha considerado esos eventos al redactar la descripción típica más severa¹¹¹².

Dicho así: una de las tipificaciones penales supone un adelantamiento de la barrera de protección del Derecho Penal, sea por implicar la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado (formas de imperfecta ejecución) o por consistir la lesión a un interés jurídico preponderante. De la consideración de estas relaciones se deduce que el delito perfecto consume las formas imperfectas o tentadas

1110 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, ps. 580-581.

1111 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 539.

1112 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*, p. 658.

del mismo, pero ello sucede aun cuando las formas imperfectas sean a su vez típicas: el homicidio consume a las lesiones; la traición consume a la conspiración¹¹¹³; el delito de resultado consume al delito de peligro y el delito doloso al preterintencional.

La «relación de consunción» toma lugar, cuando la realización de un determinado tipo penal supone ya la configuración de otro, al constituir un estadio previo a aquél o un medio para llegar a su concreción. La muerte de una persona, puede lograrse de forma directa con un disparo de proyectil de bala o propinando golpes certeros en la esfera corporal de la víctima, actos constitutivos de lesiones que sumados logran el resultado final: un homicidio.

De igual forma, para la realización típica en su forma acabada, se debe transitar por las formas imperfectas, más aún por su concreción formal; v. gr.; el hurto es un tipo penal que comprende una serie de actos: primero, la sustracción del bien mueble mediante técnicas de apoderamiento, luego poner a buen recaudo el objeto material y, finalmente, la posibilidad de obtener el aprovechamiento (*animus rem sibi habendi*).

Otro caso de consunción, sería el conflicto aparente entre el abandono o exposición de personas en peligro (omisivo de peligro), con la configuración del tipo penal de lesiones o de homicidio.

ROMERO SOTO caracteriza la relación de subsidiariedad en base a dos requisitos fundamentales: a) que exista una disposición que abarque otra porque protege el mismo bien jurídico que ésta; b) que la primera represente el final de una actuación en que la norma absorbida sea un medio o una etapa o un componente de la primera; c) que haya unidad de hecho, entendiendo que se trata de la unidad normativa, no de la unidad natural¹¹¹⁴.

1113 SOLER, S. *Derecho Penal. Parte General*.... p. 180.

1114 ROMERO SOTO, L.E. *Concurso Aparente de Leyes*..., p. 79.

La consunción alcanza también a los actos posteriores copeados, que son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente¹¹¹⁵.

En nuestro derecho positivo vigente, esta posibilidad puede apreciarse en el caso de algunos delitos patrimoniales, como la utilización o disposición de la cosa hurtada, robada, apropiación ilícita, etc., pues en este caso, el autor de dichos delitos no puede a su vez incurrir en el delito de Receptación, en este último el autor debe ser uno distinto al del delito primigenio; de igual modo, el tráfico ilícito de drogas en sus distintas modalidades, no puede incurrir el autor de dichos tipos penales, en el lavado de activos, pues quien interviene en el lavado de los dineros mal habidos, no puede ser aquel que intervino en el circuito delictivo de comercialización de la droga, empero, cuestión distinta a saber aparece a partir de la modalidad de auto-lavado con la modificación producida a la Ley N° 27665 (ahora Decreto Legislativo N° 1106 artículo 10).

Sin embargo, cuando los hechos independientemente valorados, afecten a varios bienes jurídicos, habrá que apreciarse «Concurso de Delitos» y no de «leyes», a su vez, apreciándose dos hechos que toman lugar en tiempos distintos. La utilización de documentos falsificados para obtener un beneficio patrimonial indebido (Falsedad Material y Estafa).

Los actos posteriores al delito no son «copenados»: arrojar el cadáver al mar, de la víctima de asesinato, pero, la receptación puede hacer que los actos posteriores tengan relevancia jurídico-penal para terceros.

1115 BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*, p. 540.

LA NATURALEZA JURÍDICA «CIVIL» DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LA VÍA CRIMINAL Y SU INSOSTENIBLE CARÁCTER ACCESORIO EN EL PROCESO PENAL

– EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO PENAL - REPLICA AL ARTÍCULO DE HESBERT BENAVENTE CHORRES¹¹¹⁶

Antes de pasar el desarrollo argumentativo del presente artículo, queremos agradecer al Sr. HERBERT BENAVENTE CHORRES, por habernos citado en las primeras líneas de su artículo, así también le exhortamos en estas líneas, que antes de proceder a dar afirmaciones, –del calibre mostrado en el mismo–, dar una lectura integral de nuestra postura doctrinal sobre el objeto del Proceso Penal a la luz de un Estado Constitucional de Derecho¹¹¹⁷, para de esta forma no arribar a estrechas y marginales inferencias intelectivas, que lo único que conlleva es a intelecciones carentes de toda racionalidad y provistos de una fuerte dosis de equivocidad y falacias irrecusables, en el sentido de que lo apuntado por nosotros parte de un entendimiento no de orden particular, sino asentado por sector importante de la doctrina y que asienta en lo que *entendemos debe ser la lógica y el método empleado para la búsqueda del objeto*

1116 La Prueba Oficiosa. Ensayo sobre su justificación en un modelo que busca el esclarecimiento de los hechos y no la mera persuasión. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 58, abril 2014, ps. 13-29.

1117 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Sistema Acusatorio. Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral. Derecho Procesal Penal*, 2 Tomos, 2da. edición, RODHAS, Lima, 2014.



principal de un procedimiento penal basado en el modelo acusatorio (rasgo adversarial). Empero, debería pues alimentar su análisis jurídico y gramatical, de un espectro más amplio de conocimiento, para así evitar en lo posible, caer en adjetivos que nada abonan en la construcción de una prolija discusión dogmática (procesal). En todo caso, si insiste en tal orientación, no tendremos problema alguno en dedicarle varias páginas, a contestar sus idílicas ideas, empero con contundentes mensajes argumentativos y no con el uso de términos ajenos a un marco de estricta científicidad constructiva. Acá, pues estaremos atentos, a lo que este autor quiera decir, para así tomar la palabra con toda firmeza y estrictez académica; por lo que lo lamentable, es que este autor, que cae en aseveraciones carentes de toda rigurosidad científica, en vez de solventar correctamente su postura doctrinal, trate de desnaturalizar mi rol como representante del Ministerio Público, institución a la cual le debo mi desarrollo profesional y ético, —al cual precisamente abono mi postura—, en cuanto a endilgar un desarrollo teórico-conceptual ajustado a las nuevas funciones del persecutor público en el nuevo CPP y, no de seguir insistiendo en raíces inquisitivas de la investigación penal y de la búsqueda de la verdad *histórica o material*, que por lo visto el autor mencionado, no quiere despojarse de la mente, al momento de proponer su anacrónica ideología procesalista.

Siendo así, perfilamos nuestras baterías cognoscitivas sobre el tema en cuestión. En el sistema inquisitivo, se dice que era un objetivo central del propio juez, el hallar la verdad histórica o material teniendo facultades investigativas, aún por sobre derechos fundamentales del inculpado, posición que se erradica en el actual sistema procesal penal mencionado, que es más garantista y que aparta al juzgador de toda facultad investigativa, colocando en un plano de controlador y vigilante de las garantías del imputado y de la víctima, incluso¹¹¹⁸.

1118 MARTÍNEZ PÉREZ, M.A. *Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal*, cit., p. 3.

Un sector importante de la doctrina mexicana, MARTÍNEZ PÉREZ, llega algo importantísimo, —para dilucidar la lógica cognitiva metodológica que sigue todo modelo «acusatorio»— (*de rasgos adversariales en la actuación probatoria*): los jueces para dictar una sentencia condenatoria o absolutoria, toman una decisión con base a uno de los relatos fácticos —teoría del caso— que cada uno de los intervinientes propone, al cual se atribuye potestativamente el carácter de verdadero. Y el medio para llegar a tal decisión es la prueba que las partes han puesto a su disposición¹¹¹⁹; (...) la verdad como fundamento de una condena, es la verdad formal o procesal alcanzada mediante el respeto a las reglas precisas y relativas a los solos hechos y circunstancias perfiladas como penalmente relevantes, mediante la prueba lícita¹¹²⁰.

A decir de FERRAJOLI, que la verdad no pretende ser la verdad pura o absoluta; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de defensa. De que es una verdad solamente probable y opinable y de que la duda razonable, o la falta de acusación o de pruebas ritualmente formadas, prevalece la presunción de no-culpabilidad (*presunción de inocencia*), o sea, de falsedad formal o procesal de las tesis acusatorias¹¹²¹. En la doctrina procesal alemana, HASSEMER señala que en dicho proceso no se busca la verdad material en base a la consideración de que el sistema procesal cuente con innumerables prohibiciones de prueba que hacen a menudo imposible la consecución de tal objetivo con la finalidad de preservar determinados derechos del acusado, aunado a lo limitado de los medios humanos, económicos y temporales con los que se suele contar en el ámbito del proceso¹¹²².

1119 MARTÍNEZ PÉREZ, M.A. *Diferencia sustancial entre...*, cit., p. 6.

1120 MARTÍNEZ PÉREZ, M.A. *Diferencia sustancial entre...*, cit., p. 7.

1121 MUÑOZ CONDE, F. *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*. HAMURABI, cit., p. 107.

1122 HASSEMER, Winfried; *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2da. edic. München, 1990. Citado por Ragués I Vallés, *El dolo y su prueba en el Proceso Penal*, J.M. Bosh Editor - Barcelona, 1999, p. 292.

En el proceso penal resulta absolutamente evidente que no cabe ninguna posibilidad de determinar una verdad absoluta como resultado de la prueba en todos y cada uno de los casos, y ello se debe, entre otros factores, a que la prueba, como el proceso, es un conjunto de reglas jurídicas que limitan la posibilidad de alcanzar la verdad absoluta¹¹²³.

La aplicación del Derecho material, como consecución final del proceso, no parte de una elaboración matemática. Menos es la reconstrucción de piezas argumentativas susceptibles de construir una novela, donde siempre se alcanza el resultado a toda exactitud, los medios probatorios, por más que traten de revelar lo sucedido —en cuanto al evento delictivo—, son en realidad aproximativos; ni siquiera los exámenes periciales pueden determinar un grado de exactitud total. Siempre nos basamos en estimaciones valorativas, e inclinamos la balanza, a aquello que mas cercanía detenta con la verdad de los hechos. Por eso se dice, que a lo a mas a lo que se puede aspirar es a una “verdad formal”. Que si bien la verdad es o no verdad, que importa una cuestión más filosófica que jurídica no ponemos en discusión, sino que a lo que se llega en la culminación del proceso es a una verdad relativa. En tales condiciones, señala CARNELUTTI, el proceso no es un sistema de búsqueda y conocimiento de la verdad de los hechos, sino un sistema para fijación o determinación de los propios hechos, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y que permanece por completo independiente de ellos¹¹²⁴. En efecto, se puede llegar a la verdad de lo sucedido, sea por coincidencia o por convicción, pero no por ello se puede postular que el objeto del proceso sea aquello.

Hay quienes afirman que el servidor público judicial busca obtener la verdad absoluta y que las normas de procedimiento le han

1123 GUZMÁN FLUJA, V. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el Proceso Penal*, cit., p. 73.

1124 CARNELUTTI, F. *La prueba civil*, cit., p. 21.



entregado facultades omnipotentes para perseguir la verdad material, mediante los poderes inquisitivos que consagran y oficiosidad para adelantar el proceso. Mas ese logro en la práctica es muy difícil de obtener. Porque el conocimiento procesal no es exactamente igual al conocimiento real¹¹²⁵.

La verdad procesal o formal, es aquellas que las partes justifican ante un tribunal mediante el sistema de prueba legal y formalmente obtenida e introducida al juicio¹¹²⁶; esto quiere decir, que el órgano jurisdiccional es el receptor de todo un bagaje de información (*cognitiva*), *que las partes le introducen mentalmente a través de los medios de prueba que han sido válidamente admitidos en el Juzgamiento, de modo que éste no puede construir una verdad enderezada a los fines que se proponían en modelos inquisitivos de antaño, que desgarraban una tortuosa y metafísica verdad, —en puridad inalcanzable—, por ende, esta verdad es en realidad formal o dígase judicializada, a través de las proposiciones fácticas que son debidamente corroboradas por la teoría del caso vencedora en el Proceso Penal; con ello triunfa un nuevo método cognitivo, basado en la actuación probatoria de los sujetos procesales, donde el juzgador está vedado a construir su propia historia y esto es algo, que no puede ser objetado de forma contundente.*

En el Exp. N° 2007-00469-59-1308-JR-PE-1 (Resolución N° 04), - Corte Superior de Justicia de HUAURA (SALA PENAL PERMANENTE), se dice lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio; el principio de oralidad relativo a la forma de los actos procesales significa que se fase probatoria se realiza verbalmente. En el juicio oral el Colegiado incorporó, de oficio, el examen médico legal, lo que desnaturaliza el nuevo modelo procesal penal, por cuanto con dicha actuación se reemplaza a las*

1125 FIERRO-MÉNDEZ, H. *Manual de Derecho Procesal Penal*. T. II, cit., p. 438.

1126 MARTÍNEZ PÉREZ, M.A. *Diferencia sustancial...*, cit., p. 7.

*partes ofreciendo, admitiendo y actuando pruebas no ofrecidas en la etapa correspondiente por ninguna de aquellas*¹¹²⁷.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El hecho delictivo importa una conducta, –que exteriorizada en la realidad social–, muestra un estado de lesividad y/o puesta en peligro, para un bien jurídico –penalmente tutelado–; es precisamente este estado de dañosidad, que legitima que el Estado, a través de la normatividad jurídico-penal, reacciona mediante sanciones punitivas, sobre todos aquellos que se les puede atribuir (*imputar*) dicha situación de desvalor.

Nuestro CP es más que claro, al subordinar la imposición de una pena, a la lesión y/o la puesta en peligro de un interés jurídico, conforme la declaración consagrada en el numeral IV de su Título Preliminar; este es un predicado fundamental de la responsabilidad penal, aparte de la valoración que debe darse de sus presupuestos que la sostienen.

Vemos así, que es el Estado el titular del *ius puniendi* estatal, el único legitimado para incidir en la privación de libertad del sujeto infractor de la norma jurídico-penal; misión que la realiza a través de los representantes de la judicatura, tal como se desprende del artículo 138° de la Ley Fundamental de 1993. Empero, esto no fue siempre de tal modo, pues en tiempos pretéritos, era el propio ofendido que de propia mano buscaba venganza, es decir, el titular del bien jurídico afectado, era quien reaccionaba directamente contra el autor del delito; es con la creación de los Estados Nacionales, que el poder penal pasa por entero a las manos de los entes estatales competentes, se produce una especie de despojo de dicho poder subjetivo, en desmedro de las víctimas. Con ello se puede decir, que nace un Derecho penal y Proceso penal, en esencia «público»,

1127 En: Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 04, octubre 2009, cit., p. 277.



en el sentido de aún en contra de la voluntad del ofendido, de debe instar una persecución penal, y, de ser el caso imponer una pena sobre el sujeto culpable¹¹²⁸, basado en el principio de «oficialidad». Como sabemos, históricamente este principio está vinculado al origen del Estado moderno, es decir, del Estado surgido en el proceso de centralización burocrática del poder que caracteriza el tránsito de la organización política feudal a la estatal¹¹²⁹.

No podía pasar mucho tiempo, para que los creadores de la norma (legisladores), entendieran, que el hecho punible, no sólo trae consigo un derecho distributivo del Estado y de la sociedad (*de justicia*), no de vindicta pública, sino también, un derecho reparador, resarcitorio a favor de quien en sus bienes jurídicos fundamentales, ha sufrido las consecuencias perjudiciales de la conducta criminal¹¹³⁰. Siendo así, aparece en el procedimiento penal una dualidad de pretensiones, a la acción «penal» se apareja la rotulada acción «civil»; es decir, ya no se persigue únicamente que el imputado pueda ser sometido a una privativa de libertad, debiendo responder también por las consecuencias perjudiciales del hecho punible –atribuible–, compensando dinerariamente a su víctima. Se tiene de este modo, dos pretensiones, a su vez dos sujetos procesales le-

1128 Siempre y cuando éste haya lesionado y/o puesto en peligro un bien jurídico penalmente tutelado - numeral IV del Título Preliminar del CP.

1129 HORVITZ LENNON, M. I. / LÓPEZ MASLE, J. *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. I, cit., p. 284.

1130 La construcción categorial de los bienes jurídicos responde a un orden sistemático de las conducta prohibidas, de agrupar las figuras delictivas según la constatación de intereses (*jurídicos*), que responden a un ideal ontológico y normativo; parten así, de una realidad identificable en la naturaleza de las cosas, donde los individuos son portadores de *derechos subjetivos*, que a la postre son reconocidos como derechos humanos, luego trasladados a la codificación penal, al ser fundamentales para la autorrealización de la persona humana; a su vez, aquellos que se erigen desde la sociabilidad del ser humano, que ya no son palpables, perceptibles por los sentidos, sino que se manifiestan a través de realidades normativizadas, pero que igual identifican un bien digno a tutelar punitivamente.



gitimados, por un lado el Fiscal y, por el otro, el agraviado; (...) la ley acumula en el proceso penal un doble objeto, pues a la depuración de la responsabilidad penal se une la exigencia de responsabilidad civil, salvo que la víctima, que es la titular del bien jurídico dañado, renuncie a exigir la reparación (porque no quiere reclamar o porque haya sido reparada extra procesalmente) o la reserve para discutirla después de terminado el proceso penal¹¹³¹.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN CIVIL

Según la idea anotada, la Reparación Civil, —que se sigue en el procedimiento penal—, cuenta con una naturaleza jurídica distinta a la Responsabilidad penal, por lo que no resulta concebible asimilar —su carácter y efectos—; no puede decirse —por tanto—, que nace en la vía penal un derecho reparador, de naturaleza distinta al que puede promoverse en un proceso civil. Pongamos las cosas en agua tibia, a toda responsabilidad penal no se le sigue necesariamente una responsabilidad civil y viceversa; puede no concurrir imputación jurídico-penal, y, si responsabilidad civil por los daños causados por una conducta humana, según los criterios que al respecto se sigue en el Derecho privado.

Una cuestión es que la lesión de un bien jurídico, —que siempre tendrá un titular— (persona, Estado o sociedad), pueda generar la posibilidad de que se deba indemnizar a aquélla, y otra muy distinta, que la responsabilidad civil pueda transmitirse a otra personas (herederos) y, que inclusive, pueda recaer sobre una persona distinta a la generador del estado de lesión y/o la puesta en peligro; un aspecto no deja sin sostén lo otro¹¹³².

De ahí, que hayamos indicado con corrección, que la indemnización corresponde únicamente a la víctima, y no a la sociedad,

1131 MORENO CATENA, V. y otro. *Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, cit., p. 123.

1132 Tercero civil responsable - artículo 95° del CP.

pero esto no comporta —conforme se ha mal entendido¹¹³³—, que esta responsabilidad no puede extenderse a otras personas (tercer civil responsable) y que puede ser también, a favor de personas distintas a la víctima; piénsese en los delitos de Homicidio, donde siempre serán sus herederos legales quienes asumen legalmente la calidad de «agraviado». Lo dicho en el marco, de enfatizar el carácter público de la potestad punitiva del Estado y el carácter privado de la facultad resarcitoria.

Como lo hemos indicado con contundencia, el Proceso Penal versa sobre un hecho delictivo, cuya persecución y sanción se justifica en mérito a un interés público, en cambio la Responsabilidad Civil tiene que ver con una pretensión de privados, de un particular que busca ser resarcido de los daños¹¹³⁴ causados por el delito en sus bienes jurídicos fundamentales¹¹³⁵. Así, cuando se estima en la doctrina procesalista, que del modelo francés de justicia criminal se adopta la institución de la acción civil dentro del proceso penal, esto es, la posibilidad que la víctima persiga en dicha sede la satisfacción de los intereses particulares afectados con la comisión de un hecho punible que le haya causado daño, presupuesto necesario de la responsabilidad civil extracontractual¹¹³⁶.

Como bien se apunta doctrinariamente, el delito no es el fundamento de la responsabilidad, sino que lo es el daño ocasionado. El hecho

1133 Así, BELTRÁN PACHECO, J. A.; al habernos citado, de forma fragmentaria, sin haber sistematizado nuestras ideas, conforme lo que se expone a todo lo ancho de la monografía; *Un problema frecuente en el Perú: La reparación civil en el proceso penal y la indemnización en el proceso civil*. En: Jurisprudencia Procesal Civil - Informe Especial. RAE, cit., p. 40.

1134 Debe quedar claro, que para que pueda existir un derecho resarcible a la víctima, debe exteriorizarse un daño, que no puede ser asimilado a la lesividad de un bien jurídico, considerando la naturaleza abstracta que éste puede asumir, en el caso de intereses jurídicos de orden supraindividual; Así, Terragni, cuando señala debe existir siempre un daño privado indemnizable (...) pues si se trata de un daño público la sanción que se impone es la pena; *Tratado de Derecho Penal*, T. I, cit., p. 912.

1135 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte General*. T. II, cit., p. 627.

1136 HORVITZ LENNON, M. I. y otro. *Derecho Procesal Penal Chileno*. T. I, cit., p. 288.

de que el Juez de lo penal pueda resolver sobre esta clase de responsabilidades obedece sólo a razones de índole procesal¹¹³⁷; así también en el caso, de las «Consecuencias Accesorias al delito», compiladas en el artículo 105° del CP, que a nuestra consideración son de naturaleza administrativa, que también son impuestas por la jurisdicción penal.

La Acción Civil es privada, porque corresponde su ejercicio a la persona lesionada y por tanto es de interés particular; las relaciones jurídicas que norman su contenido son privadas¹¹³⁸; el nuevo CPP, ha estatuido al sujeto procesal llamado «actor civil», como aquella víctima (agraviado), que se apersona en el procedimiento penal, para promover la pretensión resarcitoria ante la jurisdicción penal. El actor civil, apunta COBO DEL ROSAL, es el sujeto que reclama una cantidad económica como una responsabilidad civil del presunto delincuente, pero que no ejercita la acción penal, es decir, que solicita tan sólo que se le indemnice por la comisión de un delito¹¹³⁹. Estas personas defienden un interés privado legítimo, con prescindencia que la ejecución de la pena que eventualmente se imponga en la sentencia sea pública¹¹⁴⁰.

La responsabilidad civil es de naturaleza privada, como la demuestra el hecho de que numerosos expedientes tales como la transmisibilidad a los herederos, el tratamiento de las mejoras y los frutos, la posibilidad de renuncia a ejercer la acción reivindicatoria, la satisfacción extraprocesal o su extinción, independiente de la extinción de la pena, se resuelven de acuerdo a las normas civiles y no conforme a las normas penales¹¹⁴¹. Y, esto en nuestro ordenamiento

1137 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 564.

1138 GARCÍA RADA, D. *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 92.

1139 COBO DEL ROSAL, M. *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*, cit., p. 322.

1140 HORVITZ LENNON, M. I. y otro. *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. I, cit., p. 288.

1141 CUELLO CONTRERAS, J. / Mapelli Caffarena, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit. p. 393.

jurídico, se pone a la vista, cuando el mismo artículo 101° del CP, establece que la *reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil*. ¿Cómo entonces, si es que la Reparación Civil es de naturaleza penal, se regula —supletoriamente—, por la normatividad del Derecho privado? No hay posibilidad alguna, se construir, por tanto, normativa y doctrinariamente una Responsabilidad Civil de naturaleza penal; quienes así lo sostienen, lo hacen por desconocimiento de lo que significa la Responsabilidad penal, los criterios de imputación jurídico-penal o por pretender avalar posturas abiertamente neo-criminalizadoras, en pos de condicionar el egreso de la prisión, a la satisfacción del pago de la indemnización ex delicto.

A decir de GÁLVEZ VILLEGAS,... la reparación civil no puede configurar bajo ningún supuesto una sanción jurídico penal, ya que se sustenta en un interés particular, tiene naturaleza distinta de la pena y por ningún motivo puede cumplir la función de ésta¹¹⁴². Asumiendo la naturaleza civil de la reparación civil¹¹⁴³, se infiere en seguida que ésta es de naturaleza privada, pues no está condicionada por el interés público sino por el interés de la víctima o perjudicado por un delito¹¹⁴⁴. Así, cuando se estima que la responsabilidad penal y la responsabilidad civil atienden a fines diferentes, pues mientras que con la pena el responsable penal responde frente al Estado y la colectividad, con la responsabilidad civil se pretende, a grandes rasgos, reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjudicados por el mismo¹¹⁴⁵. En efecto, la pena no se impone para reparar el daño que se ha ocasionado a la víctima, sino para confirmar la presencia del Derecho Penal como un instrumento utilizado por el Estado para la protección de los bienes

1142 GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. *La Reparación Civil en el Proceso Penal*, cit., p. 69.

1143 Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros. *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 565.

1144 SACK RAMOS, S. J. *La responsabilidad civil en el proceso penal*, cit., p. 69.

1145 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros; cita de MARÓN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. y otros; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 938.



jurídicos¹¹⁴⁶. Como apuntan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, la reparación no tiene un sentido penal sino que integra el derecho de daños pues su naturaleza es esencialmente indemnizatoria¹¹⁴⁷.

Este debate doctrinario ha originado discusiones en muchos sectores de la juridicidad –contemporánea y moderna–, resultando importante destacar lo sucedido en Argentina, donde TERRAGNI, enfatiza que los autores modernos de nuestra materia tienen pocas dudas acerca de que el título que estoy considerando delimita una cuestión judicial “que no altera la naturaleza civil del mismo, la que es aceptada en general por la mayoría de nuestra doctrina¹¹⁴⁸”. Lo que no se discute es que el Código Penal puede y debe contener reglas que procuren hacer efectiva esa responsabilidad civil, pues si civil es la naturaleza, deriva del delito y existe interés en que la víctima no quede desamparada¹¹⁴⁹.

Lo anotado no resulta incompatible con las propuestas legitimadoras de la llamada institución jurídica de la «Restauración¹¹⁵⁰», donde en delitos de mínimo contenido del injusto penal, se debilita la pretensión punitiva, a favor de la pretensión resarcitoria, en la

1146 STS (español) de 29 de septiembre de 2001, citada por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. y otros; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 938.

1147 MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, cit.

1148 En este sentido, CUELLO CONTRERAS y MAPELLI CAFFARENA en la doctrina española, al indicar que en la actualidad apenas encontramos en la ciencia penal defensores de la naturaleza penal de la responsabilidad civil, a pesar de que hoy –más que nunca– la modulación de la responsabilidad penal, el *quantum* material de la pena, depende en gran medida de que se haya o no satisfecho la responsabilidad civil; *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 392.

1149 TERRAGNI, M. A. *Tratado de Derecho Penal*, T. I, cit., p. 912.

1150 Como apunta MAPELLI CAFFARENA, en estos nuevos modelos la responsabilidad civil no sólo juega un papel preponderante, sino que se disuelve en una especie de reparación social más allá del anclaje economicista en el que ahora se mueve. Eventualmente, está prevista una participación del Estado en la reparación sin llegar a la sustitución absoluta del infractor, con el fin de asegurar el éxito del procedimiento; *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, cit., p. 455.

medida que el mínimo interés en la persecución penal estatal, es desbordado por la prioridad que se otorga al interés de la víctima, que en definitiva no es la reclusión del imputado en una prisión, sino que se le repare los daños causados por la comisión del delito. Y, esto sucede en los criterios de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, como lo hemos anotado en otras investigaciones¹¹⁵¹, por motivos de política criminal^{1152 y 1153}.

La responsabilidad penal *por mor* es personalísima, individual e intransferible¹¹⁵⁴, por ende, no podemos llevar ambas imputaciones a un mismo fin; en el sentido, de estimar a la Reparación Civil, de naturaleza «penal» es un total despropósito, al significar que persiga –aparte–, de una reparación del daño causado, la rehabilitación del penado, en cuanto a los fines preventivo-especiales de la pena¹¹⁵⁵. Y, ello claro, está en la equívoca reconducción de esta institución jurídica, en los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, como una Regla de Conducta^{1156 y 1157}.

1151 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Procesal Penal*. T. I, RODHAS, Lima, 2014.

1152 Así, cuando Ferré Olive y otros, escriben que (...) la moderna disposición que domina en las ciencias criminales y especialmente Política criminal, Victimología y Criminología, obliga a tener en cuenta las necesidades del delincuente y de la víctima que deberán ser valoradas al momento de determinar la propia orientación del sistema penal y esto debe hacer modificar la simple perspectiva tradicional; *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, cit., ps. 694-695.

1153 Vide, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 564.

1154 Por tanto, no es susceptible de ser transmitida por el causante a sus herederos, como si sucede con la Responsabilidad Civil, tal como se desprende del artículo 96° del CP.

1155 Vide, al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., ps. 109-116.

1156 Así, es de verse en los artículos 58° y 64° del CP.

1157 Como lo hemos afirmado en nuestros estudios de la PG, en lo que respecta a las Reglas de Conducta,... la condena civil se impone conjuntamente con la condena penal, y, viene contenida por una suma de dinero que se orienta a indemnizar a la víctima por los efectos nocivos de la acción delictiva, no encuentra fundamento en un régimen basado en la prevención especial positiva, no constituye un nuevo fin

3. LA INSOSTENIBLE TESIS DE LA REPARACIÓN CIVIL COMO PRETENSIÓN ACCESORIA EN EL PROCESO PENAL¹¹⁵⁸

De hecho que el pago de la indemnización a la víctima del delito es un paso importante, para el reencuentro del agente con el ordenamiento jurídico y así retorna a las bases fundamentales de toda sociedad de mínima convivencia social (prevención general positiva)¹¹⁵⁹, empero ello importa un dato para definir su situación punitiva, dentro de un marco general de abanico de alternativas, que el legislador ha glosado en el ámbito de la determinación e individualización de la pena y, no como punto para fundamentar su naturaleza «accesoria» en el Proceso Penal. Si es que el ofendido, piensa que el hecho no es delito y va directamente a la vía civil, y acciona por daños y perjuicios (extra-contractual), se erige como una pretensión principal y si según lo estipula el nuevo CPP, desiste de su condición de actor civil¹¹⁶⁰ puede ejercitar la demanda

de la sanción punitiva como podría pensarse; si bien es cierto que la satisfacción de esta obligación pecuniaria es el primer paso a una verdadera reintegración social, las notorias imposibilidades que puedan surgir a este efecto pueden colisionar con el objetivo teleológico de esta institución, que tal vez en otras instituciones como el principio de oportunidad encuentran visos incuestionables de justificación y de legitimidad; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., ps. 508-509.

1158 Téngase bien en cuenta que el Título VI de la PG del CP, viene rotulada, como: «La Reparación Civil y Consecuencias Accesorias».

1159 Es en base a tal concepción de las cosas, que los mecanismos anticipados de terminación temprana de la investigación, conllevan ello, un acercamiento a las vías ordinarias de resolución de los conflictos civiles, como la transacción extrajudicial y la Conciliación; abona en ello, lo que acontece en el procedimiento especial de faltas y en las querellas, donde puede darse por concluido el mismo, aplicando las instituciones del Desistimiento, la Transacción y la Conciliación; Así, SACK RAMOS, cuando indica que la determinación de su naturaleza obedece a consideraciones como la renuncia, el desistimiento, el carácter transmisible y solidario de la reparación, y la forma y determinación de la pena; *La responsabilidad civil en el...*, cit., p. 69.

1160 Señala el artículo 11.1 del nuevo CPP, que si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso; y esto es, así, al ser una pretensión de naturaleza privada y no pública; Así, GÁLVEZ VILLEGAS, T. A.; citado por SACK RAMOS, S. J. *La responsabilidad civil en el...*, cit., p. 70.



respectiva ante la vía civil, inclusive puede peticionarla ante una condena civil ínfima en la jurisdicción penal, que no ha considerado uno de factores integrantes, conforme lo reglado en el artículo 93° del CP.

Lo que hemos venido subrayando, –toma vigencia normativa–, con lo dispuesto en el nuevo CPP, de que el Juez de la IP, puede dictar un auto de sobreseimiento y, en uno de sus extremos, fijar el quantum de Reparación Civil así como el Juez de Juzgamiento; así, el artículo 12.3 del nuevo CPP, al estipular a la letra que: “*La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda*”^{1161 y 1162}. Mediando esta declaración normativa, se relativiza lo dispuesto en el artículo 92° del CP, al prever que: “*La reparación civil se determina conjuntamente con la pena*” y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento (Ley N° 30838).

En palabras de Peña Cabrera, el hecho de que la reparación civil se determine conjuntamente con la pena no significa en modo alguno que a toda pena haya que anexársele una reparación civil, pues, no toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente¹¹⁶³.

Bajo las consideraciones expuestas, cae en saco roto, la postura doctrinal, de que la Reparación Civil, es de naturaleza accesoria¹¹⁶⁴, pues su amparo judicial en el Proceso Penal no está condicionada a la acreditación del injusto penal y la responsabilidad penal del imputado.

1161 Vide, SACK RAMOS, S. J. *La responsabilidad civil en el...*, cit., p. 69.

1162 Cfr., SÁNCHEZ VELARDE, P. *Código Procesal Penal Comentado*. IDEMSA, cit., p. 59.

1163 PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 692.

1164 De esta postura, BELTRÁN PACHECO, J. A. *Un problema frecuente en el Perú...*, cit., ps. 41-42.



tado, y esto lo refrendamos, inclusive ante verdaderos hechos punibles, como la Estafa entre cónyuges, que de acorde al artículo 208° del CP ¹¹⁶⁵, si bien al agente se le exonera de responsabilidad penal, no sucede lo mismo con la Reparación Civil, que queda incólume.

Así también, cuando un agente, a fin de salvaguardar la vida de un transeúnte que cruza intempestivamente la pista, lo que hace es colisionar su vehículo con la pared de una vivienda, generando daños de consideración; si es que el injusto penal es una acción u omisión típica y penalmente antijurídica, al concurrir una Causa de Justificación el hecho no será punible, al advertirse un Estado de Necesidad Justificante ^{1166, 1167 y 1168}, mas ello no enerva la responsabilidad civil del daño causado a la propiedad ajena, cuyo titular tiene expedito su potestad resarcitoria.

La posición asumida por nosotros, encuentra refrendo se fundamenta en postura endilgada por los vocales que no alcanzaron mayoría en el Pleno Jurisdiccional 1997, en Arequipa, indicándose lo siguiente: a) La obligación resarcitoria ... constituye una obligación de carácter patrimonial civil y solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados según el artículo 101° en concordancia con el artículo 95° del Código Penal, además ...; b) La efectivización de la pena por incumplimiento de la reparación importa una prisión por deudas, que infringe la norma constitucional antedicha; c) Su aplicación atenta contra el principio

1165 Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 521-530.

1166 Sobre sus presupuestos de configuración, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte General*. T. I, cit., ps. 751-765.

1167 Artículo 20° inc. 4 del CP.

1168 A decir de MAPELLI CAFFARENA, los hechos pueden estar amparados por una causa de exculpación, e, incluso, de justificación penal y, pesar de todo, seguir originando esta forma especial de responsabilidad civil, que no es otra cosa que responsabilidad civil extracontractual; *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, cit., p. 456.

de igualdad, ya que el tratamiento de los solventes sería distinto al de los insolventes, pues los primeros jamás sufrirían prisión, y todo lo contrario les sucedería a los insolventes. d) Finalmente, se infringe el principio de última ratio del Derecho penal y de la pena.

La Corte Suprema, –por su parte–, en el RN N° 4885-2005-AREQUIPA, afirmó que: *“Debe tenerse en cuenta que las consecuencias del delito no se agotan con la imposición de una pena o medida de seguridad, sino que surge la necesidad de imponer una sanción reparatoria, cuyo fundamento está en función a que el hecho delictivo, no solo constituye un ilícito penal sino también un ilícito de carácter civil, para lo cual debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° inciso 24 apartado “c” de la norma –No hay prisión por deudas–; por lo que no resulta pertinente su imposición como regla de conducta, en atención a su propia naturaleza jurídica, no pudiéndose supeditar la condicionalidad de la pena a la exigencia de su pago, como erróneamente se ha dispuesto... –respecto a reparar el daño causado–; razón por la cual, es necesario dejar sin efecto dicho extremo”.*

– A modo de conclusión

La juridicidad se encuentra comprendidas por varias disciplinas, por diversas ramas, de cuyo complejo destaca el Derecho penal, al ser instrumento reglado por el orden jurídico para reaccionar frente a los ataques más insoportables, contra el individuo y la sociedad; aquellas conductas que lesionan las bases de coexistencia pacífica de cualquier colectivo social. Y, esta lesión se identifica con un daño, el cual se manifiesta en la afectación a un bien jurídico que tiene como titular a la persona, el Estado y la sociedad; sin embargo, es el principio de oficialidad y la misma soberanía estatal, que determinan que el «ius puniendi» sea un poder que recae exclusivamente sobre el orden legal estatal, de esta forma la pena como consecuencia jurídica es de naturaleza pública, que puede realizarse aún en contra de la voluntad de la víctima.



Dicho lo anterior, estos comportamientos –de alto grado de desvalor–, importan la causación de daños sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos, que el legislador ha glosado en la codificación punitiva; situación que en muchos casos, aparea a la pena una sanción de orden civil, la denominada Responsabilidad civil, que supone el derecho resarcitorio que tiene como beneficiado a la víctima o a los agraviados, que ha de soportar el sujeto infractor de la norma jurídico-penal o aquellos legalmente vinculados a aquél (*tercero civil responsable*). Es así, que en el procedimiento penal se aglutinan dos acciones, una penal y la otra civil, de hecho por razones de economía procesal y para hacer más accesible la justicia a las víctimas, por ende, esta Responsabilidad civil es y sigue siendo de naturaleza civil, que puede inclusive renunciar el agraviado, o reservarla a incoarla en un procedimiento judicial civil. Esto quiere decir, que no resulta jurídicamente factible, construir una Responsabilidad civil de naturaleza penal, so pretexto de instituir un nuevo fin de la pena, o de afianzar políticas criminales neo-criminalizadoras.

En palabras de TERRAGNI, la pena (...) debe consistir en la disminución de un bien jurídico, mientras que la reparación debe curar una herida, si es posible, sin causar una segunda¹¹⁶⁹.

De hecho, que la satisfacción de indemnización ex delicto, constituye una piedra motor, en el plano de los procedimientos penales especiales, que se siguen ante injustos penales de mínimo contenido de desvalor, como los criterios de oportunidad o las vías de reparación, inclusive para modular el quantum de la pena en su determinación e individualización, empero este factor no puede significar un elemento a tomar en cuenta en el proceso de rehabilitación social que enfrenta el penado en el estadio ejecutivo de la pena, en la medida que esto comporta, en casos de insolvencia pecuniaria, una evidente prisión por deudas, lo cual se encuentra proscrito en nuestra Ley Fundamental.

1169 TERRAGNI, M. A. *Tratado de Derecho Penal*. T. I, cit., p. 913.

Por último, hemos visto, que la tesis de la unidad del ordenamiento jurídico, de que a toda Responsabilidad penal debe seguir una Responsabilidad civil y viceversa, cae por su propio peso, pues –como nos hemos encargado de enfatizar–, existen una serie de supuestos que definen la posibilidad de que se deba indemnizar a una determinada persona, cuando el generador del daño se encuentra incurso en un Estado de Necesidad Justificante, una Excusa Absolutoria o amparado en un Estado de Inexigibilidad de otra conducta. Son estas premisas a saber, que el legislador tomo como referente, para instituir en el artículo 12.3 del nuevo CPP, que: *“La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda”*. En consecuencia, la acción civil no puede ser percibida como una pretensión accesorio, al adquirir carácter autónoma en los casos mencionados, que inclusive puede llevar a la víctima o al agraviado, a decidirse por recurrir directamente a la vía civil o en el estadio procesal penal pertinente, desistirse de su pretensión y acudir a una demanda indemnizatoria.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

**RECURSO CASACIÓN N° 997-2019/LAMBAYEQUE
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO**

Título: Determinación de la Reparación Civil

Sumilla: 1. Existen diferencias entre delito y acto ilícito, entre responsabilidad penal y responsabilidad civil —la primera pertenece al Derecho penal y la segunda integra el Derecho civil, y también se diferencian en sus finalidades y el principio de garantía—. Además, los criterios de imputación son distintos, más allá de que el delito es, asimismo, un acto ilícito, pero sujeto a sus propias categorías y elementos. Cabe eso sí señalar, desde ya, que la responsabilidad penal es la responsabilidad por el hecho, mientras que la responsabilidad civil se rige por el daño causado, por tal motivo la sanción penal tiene un carácter público (el Estado es el único comprometido con sus finalidades), mientras en la sanción civil el interés radica directamente en el particular y en su libertad de disponer y ejercer sus derechos —en el presente caso el Estado actúa como particular afectado y en resguardo de sus intereses patrimoniales—. 2. Si el daño no es solo patrimonial sino también moral, y tiene sus propias pautas de definición, no cabe erigir como regla que si el delito cometido es de peligro abstracto no puede existir daño patrimonial —aunque el daño moral puede afirmarse en tanto en cuanto también comprende el perjuicio social o institucional derivado de la mediatización del rol de una Municipalidad y de la consiguiente pérdida de confianza ciudadana en su funcionamiento y servicios—. Lo que se ha realizado, a propósito de las actividades delictivas de la asociación ilícita u organización criminal, importó afectaciones concretas a diversos ámbitos de la administración es del caso precisarlas, diferenciarlas de los otros delitos cometidos, y atender el rol y conducta de la encausada. Todo ello podría configurar daños patrimoniales que no obstante no se han motivado en lo pertinente, por lo que ambas sentencias contienen una motivación incongruente o impertinente, que se presenta cuando se usa argumentos no concernientes respecto a las aserciones que deben ser justificadas.

—SENTENCIA DE CASACIÓN—

Lima, siete de abril de dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por **vulneración de la garantía de motivación** interpuesto por el señor PROCURADOR PÚBLICO ANTICORRUPCIÓN contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos treinta y tres, de trece de mayo de dos mil diecinueve, en cuanto confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos cuarenta y siete, de cuatro de enero de dos mil diecinueve, que condenó a Norma Esperanza del Muro de Del Castillo como autora del delito de **asociación ilícita para delinquir** en agravio de la Municipalidad Provincial de Chiclayo le impuso cien mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que las sentencias de mérito declararon probado que la organización criminal liderada por Roberto Torres Gonzales, alcalde de la Municipalidad Provincial de



Chiclayo, e integrada por diversas personas, cuyo funcionamiento se distribuía en tres sectores: (i) sector empresarial, (ii) sector técnico profesional y (iii) sector familiar, todos ellos constituidos por personal de confianza designado por el citado imputado Torres Gonzales entre los años dos mil siete y dos mil catorce, periodo en el que estuvo vigente su designación en el puesto de Alcalde Provincial de Chiclayo. Era una organización destinada a la comisión de delitos de colusión agravada, cohecho pasivo propio, impropio, entre otros.

∞ En lo que respecta al sector familiar, la encausada Norma Esperanza Muro de Del Castillo integró la organización criminal por su condición de madre de la conviviente del alcalde, encausado Torres Gonzales. Fue designada en el cargo de Subgerente de Turismo de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, sin reunir los requisitos exigidos, por lo que el aludido imputado adecuó el perfil de ese puesto a su experiencia profesional. Su función, compatible con los fines de la organización criminal que integró, era buscar profesionales que conformaran el equipo técnico, como fue el caso de Segundo Alcántara Chávez. Asimismo, le correspondió impulsar el direccionamiento de procesos de contratación, para lo cual captaba empresarios para el cobro de coimas o recompensas.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite de la causa, se tiene lo siguiente:

1. La acusación de fojas una, de veintiséis de julio de dos mil dieciséis, atribuyó a la encausada Norma Esperanza Muro de Del Castillo ser autora directa del delito de **asociación ilícita para delinquir** en su modalidad de agravada (hoy organización criminal), ilícito previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 317 del Código Penal.

∞ Afirmó que la organización criminal liderada por Roberto Torres Gonzales estaba destinada a cometer delitos, y que la citada imputada cumplió los siguientes roles:

- A. Buscar profesionales para que formen parte del equipo técnico de la organización criminal.
- B. Impulsar el direccionamiento de proceso de contratación de personal y captar a los empresarios, con el pago de coimas.
- C. Desplegar conductas de influencia en los funcionarios públicos.
- D. Convertir o lavar dinero de origen ilícito pretendiendo darle un tamiz de legalidad.

∞ Como consecuencia de estos roles, tuvo injerencia sobre los funcionarios públicos y se benefició en los trámites administrativos respectivos, como es el caso de la gestión de permisos y autorización de líneas de transporte, así como, mediante favores, en la contratación de familiares directos.

∞ La encausada Muro de Del Castillo se integró a la organización criminal a partir de enero de dos mil siete, la que estuvo vigente hasta el treinta de septiembre de dos mil catorce. Se le designó mediante la Resolución de Alcaldía N° 061/2007 de veintidós de enero de dos mil siete en el puesto de Subgerente de Turismo de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, sin cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Manual de Organización y Funciones, aprobado por Decreto de Alcaldía N° 04-2006-GPCH/A, de doce de junio de dos mil seis, que exige título profesional en Turismo y Negocios Internacionales, experiencia profesional en conducción de personal, requisitos que no cumplía.

∞ En tal virtud, el fiscal consideró que como la citada encausada era delincuente primaria y, además abusó de su cargo, le correspondía una pena dentro del tercio



intermedio, por lo que se solicitó cinco años de pena privativa de la libertad efectiva e inhabilitación por el mismo tiempo.

∞ Respecto a la reparación civil, como la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios se constituyó en actor civil, solo en caso esta no presente propuesta de reparación civil se deberá tener presente la propuesta económica de diez millones de soles a favor del Estado.

2. La sentencia de primera instancia de fojas doscientos cuarenta y siete, de cuatro de enero de dos mil diecinueve, dictada por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Supra Provincial de Chiclayo de Ferreñafe, concluyó que la acusada Norma Esperanza Muro de Del Castillo es culpable de los hechos imputados y, conforme a los artículos 45-A y 46 del Código Penal, determinó la pena de acuerdo al sistema de tercios. Atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas (no posee antecedentes e hizo abuso de su cargo) ubicó la pena en el tercio intermedio, de cuatro a cinco años, por la que la condenó como autora del delito de **asociación ilícita para delinquir**, previsto en el artículo 317 del Código Penal, a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva.

∞ En cuanto a la reparación civil, conforme al artículo 93 del Código Penal, que comprende la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios, y teniendo en cuenta que se trata de una organización criminal enquistada dentro de un aparato estatal por el lapso de ocho años y, por tanto, se afectó la tranquilidad pública y se melló también la imagen del Estado, señaló en la parte considerativa de la sentencia por concepto de reparación civil la suma de doscientos mil soles. Sin embargo, en la parte resolutive impuso la cantidad de cien mil soles.

3. La Procuraduría anticorrupción interpuso recurso de apelación de fojas cuatrocientos cinco, de dieciocho de enero de dos mil diecinueve, en el extremo que fijó la reparación civil en cien mil soles con el propósito que la Sala Superior imponga la suma de un millón de soles. Anotó que existe incongruencia entre la parte considerativa y resolutive, dado que en el considerando 8.3 de la sentencia de primera instancia se considera el monto de doscientos mil soles para luego en la parte resolutive disminuir el monto sin justificarlo. Asimismo, estimó que el monto otorgado es diminuto y no proporcional para el daño causado.

4. Mediante la sentencia de vista de fojas cuatrocientos treinta y tres, de trece de mayo de dos mil diecinueve, se confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a NORMA ESPERANZA MURO DE DEL CASTILLO como autora del delito antes citado y ratificó la reparación civil impuesta. Solo la revocó en el extremo de la pena y, reduciéndola, la fijó en tres años y diez meses de pena privativa de libertad y tres años y diez meses de inhabilitación.

∞ En lo atinente a la reparación civil expuso que si bien no existe congruencia entre la parte considerativa y resolutive en el monto de la reparación civil, pues en el fundamento 8.3 de la sentencia de primera instancia se indicó la suma de doscientos mil soles, mientras que en la parte resolutive se consignó el monto de cien mil soles, es de advertir que en la diligencia de adelanto de fallo se consignó como reparación civil la suma de cien mil soles por dicho concepto. Entonces, frente a esta circunstancia y al hecho mismo de que la Procuraduría en ningún momento solicitó la aclaración correspondiente y los agravios por escrito tampoco estuvieron dirigidos a cuestionar la citada incongruencia, correspondía asumir que el monto establecido por reparación civil, esto es, la indemnización por daños y perjuicios ha de ser de



cien mil soles, por lo que, insistió, los argumentos de la Procuraduría Pública carecen de trascendencia para invalidarla.

5. Contra la sentencia de vista, el Procurador Público Anticorrupción interpuso recurso de casación. Éste corre en el escrito de fojas cuatrocientos cincuenta y tres, de veintiocho de mayo de dos mil diecinueve.

TERCERO. Que el citado Procurador Público del Estado en su escrito de recurso de casación introdujo como *causa petendi inobservancia de precepto constitucional y vulneración de la garantía de motivación* (artículo 429, incisos 1 y 4, del Código Procesal Penal).

∞ Alegó que el monto fijado por concepto de reparación civil no es proporcional con la magnitud del daño causado por la organización criminal; que solicitó treinta y dos millones de soles por tal concepto, pero la sentencia de primera instancia, ratificada por la de vista, consideró que ese monto debió ser de doscientos mil soles, pero en la parte resolutive consignó la suma de cien mil soles. La sentencia de vista reconoció la incongruencia entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia, sin embargo ratificó la decisión.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas cincuenta y seis, de diecisiete de abril de dos mil veinte, es materia de dilucidación en sede casacional únicamente la causal de vulneración de la garantía de motivación, prevista en el artículo 429, numeral 4, del Código Procesal Penal.

∞ El ámbito concreto del examen casacional estriba en determinar la existencia de motivación en lo concerniente a la determinación de la reparación civil, así como la correcta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación del *quantum* de la misma impuesta a la encausada, cien mil soles. Es del caso determinar si se han cumplido los estándares constitucionales de una debida motivación, como lo es, entre otros, la congruencia entre lo pedido y lo resuelto, así como la logicidad entre las partes considerativa y resolutive de la sentencia o si por el contrario existe vicio de motivación contradictoria.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior—sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas—, se expidió el decreto de fojas sesenta y dos, de cuatro de marzo del año en curso, que señaló fecha para la audiencia de casación para el día miércoles treinta y uno de marzo de este año.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención del doctor Julio Augusto Yauri Medina, abogado delegado de la Procuraduría Pública Anticorrupción.

SÉPTIMO. Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que solo ha recurrido la Procuraduría Pública del Estado que, como corresponde a su legitimación activa, cuestionó la sentencia de vista respecto al monto de la reparación civil fijada—había solicitado la suma de treinta y dos millones de soles—, es decir, por lesión al principio de proporcionalidad, y dio cuenta de los concretos ámbitos

lesivos que justificaban ese monto, los que no se examinaron y solo se afirmó la naturaleza de delito de peligro abstracto del tipo penal de asociación ilícita para delinquir. Asimismo, contravirtió la motivación de la sentencia de vista por considerarla ilógica al rebatir la incongruencia en que incurrió, entre la parte considerativa y la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO. Que la sentencia de primera instancia reconoció el petitorio de la Procuraduría Pública del Estado (treinta y dos millones de soles), como consta del folio siete de su texto (sección 2.2). En el octavo fundamento jurídico, titulado “determinación de la reparación civil”, primero, hizo mención a que el tipo delictivo de asociación ilícita para delinquir es un delito de peligro abstracto; y, segundo, que la sola existencia de una asociación ilícita pone en riesgo la tranquilidad pública y mella la imagen del Estado, por lo que el resarcimiento para el Estado debe ser, en el presente caso, de doscientos mil soles [folio ciento treinta y cuatro y ciento treinta y cinco del texto de la sentencia]. En la parte resolutive, sin embargo, fijó como reparación civil la suma de cien mil soles (no consta ninguna argumentación respecto de esta diferencia).

∞ Con motivo del recurso de apelación de la Procuraduría Pública del Estado de fojas seiscientos uno, de diecisiete de enero de dos mil diecinueve, afinado en el monto estipulado y en la denuncia de una incoherencia entre la cantidad indicada en la parte considerativa y la sancionada en la parte resolutive, en la audiencia de apelación esta institución precisó su petitorio en un millón de soles [véase punto III de la Parte expositiva de la sentencia de vista, folio cuatro].

∞ La sentencia de vista, en sus fundamentos jurídicos, específicamente en el cuarto, titulado “Acerca de la apelación en el extremo de la reparación civil”, señaló: **1)** Que la Procuraduría Pública del Estado indicó que el monto de la reparación civil debe ser proporcional a las ganancias ilícitas obtenidas por la organización criminal que integró la condenada, por lo que pidió se le imponga un millón de soles por concepto de reparación civil. **2)** Que es cierto que existe una incongruencia entre las partes considerativa y resolutive de la sentencia de primera instancia. **3)** Que, sin embargo, como la Procuraduría no solicitó la aclaración correspondiente y los agravios por escrito no se dirigieron a cuestionar la citada incongruencia, debe asumirse que el monto de cien mil soles por reparación civil no puede ser invalidado. **4)** Que incrementar el monto de la reparación civil en función a las ganancias por los actos realizados por la asociación ilícita y el rol de los funcionarios en su comisión desconocería el carácter de delito de peligro abstracto de la asociación ilícita para delinquir.

TERCERO. Que, como se sabe, existen diferencias entre delito y acto ilícito, entre responsabilidad penal y responsabilidad civil —la primera pertenece al Derecho penal y la segunda integra el Derecho civil, y además se diferencian en sus finalidades y en el denominado “principio de garantía”—. Además, los criterios de imputación son distintos, más allá de que el delito es, asimismo, un acto ilícito, pero sujeto a sus propias categorías y elementos. Cabe eso sí señalar, desde ya, que la responsabilidad penal es la responsabilidad por el hecho, mientras que la responsabilidad civil se rige por el daño causado, por tal motivo la sanción penal tiene un carácter público (el Estado es el único comprometido con sus finalidades), mientras en la sanción civil el interés radica directamente en el particular y en su libertad de disponer y ejercer sus derechos —en el presente caso el Estado actúa como particular afectado y en resguardo de sus intereses patrimoniales— [BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Derecho Penal - Parte General*, 4ta. Edición, Editorial PPU, Barcelona, 1994, ps. 603-604].

∞ El daño, desde la perspectiva civil, es un *quid* diferente de la ofensa al bien tutelado. Ante todo se trata del daño patrimonial que resulta de la lesión de los intereses civiles que dan lugar al derecho al resarcimiento en sede civil. Ese daño consiste, con más precisión, en la sustracción o en la disminución del patrimonio bajo las formas del daño emergente y de las ganancias perdidas (es decir, el denominado *lucro cesante*). En segundo lugar, se trata del daño no patrimonial o moral que consiste en el sufrimiento físico o síquico provocado como consecuencia del delito. Ello comprende toda forma de perturbación psíquica, desde la angustia a la aflicción, desde el ansia al resentimiento, hasta comprender incluso el perjuicio social [MUSCO, ENZO - FIANDACA, GIOVANNI: *Derecho Penal - Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, 864].

CUARTO. Que si el daño no es solo patrimonial sino también moral, y tiene sus propias pautas de definición, no cabe erigir como regla que si el delito cometido es de peligro abstracto no puede existir daño patrimonial –aunque el daño moral puede afirmarse en tanto en cuanto también comprende el perjuicio social o institucional derivado de la mediatización del rol de una Municipalidad y de la consiguiente pérdida de confianza ciudadana en su funcionamiento y servicios–. Lo que se ha realizado, a propósito de las actividades delictivas de la asociación ilícita u organización criminal, importaron afectaciones concretas a diversos ámbitos de la Administración que es del caso precisar, diferenciar de los otros delitos cometidos, y atender al rol y conducta específica de la encausada Norma Esperanza Muro de Del Castillo.

∞ Lo expuesto podría configurar daños patrimoniales que no obstante no se han motivado en lo específico, por lo que ambas sentencias contienen una motivación incongruente o impertinente, censurable casacionalmente, que se presenta cuando se usa argumentos no concernientes respecto a las aserciones que deben ser justificadas, y en el *sub-lite* no se hizo referencia, ante un punto teórico incorrecto a la prueba que podía referirse a los daños y contrastarla con lo que planteaba el Procurador Público, así como se atendió a un extremo no relevante como la naturaleza de peligro abstracto del delito juzgado.

QUINTO. Que, asimismo, se denunció una motivación contradictoria, que se presenta cuando existe un contraste entre la parte considerativa y la parte resolutive de la sentencia (hay, desde luego, otro supuesto de motivación contradictoria cuando ésta se refiere a la racionalidad de la argumentación al no cumplir con el principio de coherencia lógica). En esta patología incurrió la sentencia de primera instancia, que luego confirmó la sentencia de vista. Arribó a la conclusión que la reparación civil sería de doscientos mil soles y, luego, sin dato agregado y alternativo alguno, fijó cien mil soles por este concepto. Nada lo justifica. Lo contradictorio es patente.

∞ La motivación introducida en la sentencia de vista confirmatoria tiene una alteración respecto al contenido, en lo concerniente a la causa de pedir del recurso de apelación del Procurador –que es otra patología de la motivación–. Dicho recurso cuestionó expresamente la falta de congruencia de la sentencia de primera instancia. Además, es un error conceptual ostensible sostener que el Procurador no reclamó cuando al leerse la parte del fallo no se objetó esta diferencia del monto de la reparación entre las dos partes de la decisión formulándose la aclaración respectiva. Tal aclaración era inviable porque ya había culminado la audiencia principal y solo cabía leer la sentencia, de suerte que ante su lectura y notificación fue que, como correspondía, se impugnó bajo esa pretensión –además una aclaración, que solo se plantea contra la resolución en forma, no puede dirigirse a modificar una decisión formalmente adoptada (ex artículo 124 del Código Procesal Penal)–.



SEXTO. Que, siendo así, se vulneró la garantía de motivación y se incurrió en la causal de casación prevista en el artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal. Como las patologías establecidas son las de motivación incongruente, motivación contradictoria y motivación que alteró el contenido de la causa de pedir del recurso de apelación del Procurador Público del Estado, además de incurrirse en una motivación patentemente errónea respecto de la ausencia de una aclaración y protesta previa, no cabe otra opción que emitir únicamente una sentencia casatoria rescindente.

∞ En atención a que el *vitium in procedendo* se extiende a la sentencia de primera instancia, también corresponde anular esta última y disponer que el objeto civil materia de este proceso se vuelva a decidir, cumpliéndose con los lineamientos fijados en esta sentencia casatoria. Los límites que desde ya deben respetarse es que la pretensión de la Procuraduría es de un millón de soles —no se puede plantear otro mayor y, menos, fijar una reparación civil superior a ese monto—, y que la postulación probatoria ya precluyó. El objeto penal de la sentencia es firme. No puede discutirse y, mucho menos, modificarse con motivo del juicio rescisorio que realizará el Juez Penal conforme a las reglas del juicio oral aunque con las características propias de la lógica civil del objeto en discusión y centrada en un debate y argumentación respecto a lo existente en cuanto al material probatorio.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por **vulneración de la garantía de motivación** interpuesto por el señor PROCURADOR PÚBLICO ANTICORRUPCIÓN contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos treinta y tres, de trece de mayo de dos mil diecinueve, en cuanto confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos cuarenta y siete, de cuatro de enero de dos mil diecinueve, que condenó a Norma Esperanza Muro de Del Castillo como autora del delito de asociación ilícita para delinquir en agravio de la Municipalidad Provincial de Chiclayo le impuso cien mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. **II.** En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en cuanto a la reparación civil y **ANULARON** la sentencia de primera instancia en este mismo extremo. **III.** **DISPUSIERON** que otro Juzgado Penal —y, en su caso, otro Tribunal Superior— realice nuevo juicio solo para pronunciarse sobre la reparación civil, según las reglas procesales pertinentes indicadas en al último párrafo del fundamento jurídico final de esta sentencia casatoria. **IV.** **MANDARON** se lea la sentencia en audiencia pública y se publique en la página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema; registrándose.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

**RECURSO CASACIÓN N° 695-2018/LAMBAYEQUE
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO**

Sumilla. *Reparación civil. Rol de la Corte Suprema*

1. La reparación civil que provenga del delito puede ser objeto de transacción, conforme a lo taxativamente estipulado en el artículo 1306 del Código Civil; y, su concreción importa poner fin a un asunto dudoso o litigioso, evitando un proceso o finalizando el ya promovido (artículo 1302 del citado Código). La responsabilidad civil—de los responsables directos e indirectos— es solidaria. Así lo preceptúan los artículos 95 del Código Penal, 1981 y 1983 del Código Civil.
2. Según el primer párrafo del artículo 1188 del Código Civil la transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores; y, conforme al artículo 1189 del citado Código, si la transacción se hubiere limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.
3. Tratándose del montante de la reparación civil, el rol de la Corte Suprema es controlar si los órganos de instancia fijaron las bases que fundamentan la cuantía y si estas son razonables—según lo anotado en el fundamento jurídico anterior—. La indemnización no puede fijarse vacío de datos o, en todo caso, omitir aspectos esenciales de su determinación, lo que ocasionaría la nulidad de la resolución inmotivada y que el Tribunal Superior dicte otra nueva resolución en que corrija aquella deficiencia.

—SENTENCIA DE CASACIÓN—

Lima, catorce de marzo de dos mil diecinueve

VISTOS; con las copias solicitadas para mejor resolver; en audiencia pública: el recurso de casación por infracción de precepto material interpuesto por el encausado RONALD ANDERSON GAMARRA SALGUERO contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y seis, de veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho, en cuanto revocando por mayoría la sentencia de primera instancia de fojas ciento ocho, de catorce de diciembre de dos mil diecisiete, fijó en sesenta y seis mil setecientos veintiuno soles el monto de la reparación civil que solidariamente abonarán Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses y los terceros civilmente responsables Dionicio Espinoza Galán y Cecilia Peña de Espinoza a favor de Felicita Uceda Custodio; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el Fiscal Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de La Victoria de Chiclayo, culminada la investigación preparatoria, a fojas una formuló



acusación contra Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses como autores de los delitos de homicidio culposo en agravio de Bertha Farro Uceda y de lesiones graves culposas en agravio de Elsa Agripina del Socorro Gonzales de Uribe y Manuel Traverso Zamora.

El Juzgado de Investigación Preparatoria de José Leonardo Ortiz, mediante auto de fojas treinta y tres, de diecisiete de septiembre de dos mil trece, declaró la procedencia del juicio oral.

El Séptimo Juzgado Penal Unipersonal Supraprovincial de Chiclayo y Ferreñafe, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis condenó a Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses como autores de los delitos de homicidio culposo en agravio de Bertha Farro Dioses y de lesiones culposas en agravio de Elsa Agripina Gonzales de Uribe y Manuel Traverso Zamora a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, e inhabilitación para conducir cualquier tipo de vehículo por el periodo de cuatro años. Asimismo, fijó que por concepto de reparación civil los sentenciados paguen en forma solidaria conjuntamente con los terceros civilmente responsables Dionicio Espinoza Galán y Cecilia Isabel Peña de Espinoza, la suma de ciento siete mil cuatrocientos soles a favor de la actora civil Felicita Uceda Custodio, la suma de seis mil soles a favor de la actora civil Elsa Agripina del Socorro Gonzales Uribe y la suma de dos mil soles el agraviado Manuel Traverso Zamora. La indicada sentencia de primera instancia fue apelada por los imputados Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses. La Segunda Sala Penal de Apelaciones, con fecha veintidós de setiembre de dos mil dieciséis, confirmó la sentencia condenatoria y declaró nula el extremo de la reparación civil.

SEGUNDO. Que tras un nuevo juicio oral, circunscripto al objeto civil, el Octavo Juzgado Penal Unipersonal Supraprovincial de Chiclayo y Ferreñafe, con fecha catorce de diciembre de dos mil diecisiete, fijó en ciento noventa y nueve mil setenta y dos soles el monto de la reparación civil que solidariamente abonarán Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses y los terceros civilmente responsables Dionicio Espinoza Galán y Cecilia Peña de Espinoza a favor de Felicita Uceda Custodio, menos los descuentos por la transacción extrajudicial de cinco de enero de dos mil trece y el pago del seguro La Positiva.

Luego de interpuestos los recursos de apelación por Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses [fojas ciento veintitrés y ciento treinta, respectivamente], la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque emitió la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y seis, de veinticuatro de abril de dos mil dieciocho. Ésta, revocando por mayoría la sentencia de primera instancia de fojas ciento ocho, de catorce de diciembre de dos mil diecisiete, fijó en sesenta y seis mil setecientos veintiuno soles el monto de la reparación civil que solidariamente abonarán Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses y los terceros civilmente responsables Dionicio Espinoza Galán y Cecilia Peña de Espinoza a favor de Felicita Uceda Custodio.

TERCERO. Que los hechos materia de condena son los siguientes:

- A. El veinte de marzo de dos mil doce, como a las catorce horas con treinta minutos, en circunstancias en que Ronald Anderson Gamarra Salguero conducía el automóvil color amarillo de placa de rodaje C seis K guió seiscientos cincuenta y nueve, de propiedad de Jayo Juica Nicanor y Reque Mechan Rosa Bertha, por la carretera nueva Monsefu-Chiclayo, trasladando pasajeros de sur a norte, al tratar de cruzar la vía de



evitamiento fue impactado en su lado lateral posterior derecho por la parte frontal izquierda del camión volvo color blanco con placa de rodaje M dos K guión ochocientos cincuenta y cuatro, de propiedad de Dionisio Espinoza Galán y Cecilia Isabel Peña de Espinoza, conducido por Wilfredo Humberto Rosales Dioses, cuando éste se dirigía por la vía de evitamiento de la ciudad de Piura transportando pescado en sentido de Este a Oeste, en circunstancias en que trataba de cruzar la avenida Grau. Producto de la colisión, el automóvil conducido por el imputado Gamarra Salguero fue empujando hasta quedar en la intersección lado norte, lo que ocasionó que uno de los ocupantes del coche falleciera y dos de ellos sufrieran lesiones traumáticas: Elsa Agripina del Socorro Gonzales De Uribe y Manuel Traverso Zamora, requirieron atención facultativa de cinco días por cincuenta días de incapacidad médico legal, y cinco días de atención facultativa por cuarenta y cinco días de incapacidad médico legal, respectivamente; asimismo, falleció la agraviada Bertha Farro Uceda.

- B. El Informe Técnico de Tránsito número cero cincuenta y seis guión dos mil doce guión DIVTRAN guión DEPIAT guión PNP guión CH, solicitado por este Tribunal Supremo para mejor resolver, concluyó que los condenados Rosales Dioses y Gamarra Salguero –conductores del camión y del automóvil, respectivamente– actuaron con negligencia al no desplazar su unidad a una velocidad excesiva para la vía, zona y momento, incluso el segundo no adoptó las medidas de seguridad y precaución al ingresar, sin dar preferencia de paso, a la intersección de la vía de evitamiento y avenida Grau, así como no tenía licencia de conducir, lo que acredita su falta de experiencia y de pericia. Por tanto, se superaron los límites establecidos para esa vía y zona urbana, pues la velocidad máxima permitida era de treinta y cinco kilómetros por hora.
- C. Con posterioridad al accidente, el cinco de enero de dos mil trece –nueve meses después–, la madre de la occisa Bertha Farro Uceda, doña Felicita Uceda Custodio, celebró una transacción extrajudicial con Nicanor Jayo Juica y Rosa Bertha Reque Mechan –propietarios del vehículo conducido por el condenado Ronald Anderson Gamarra Salguero– por la suma de veinticinco mil –esta prueba documental, igualmente, se solicitó por esta Sala de Casación para mejor resolver–. Por su parte, la Compañía de Seguros La Positiva depositó a favor de Felicita Uceda Custodio el monto de catorce mil seiscientos soles por concepto de indemnización y tres mil seiscientos cincuenta soles por concepto de gastos de sepelio.

CUARTO. Que el encausado Gamarra Salguero en su recurso de fojas ciento sesenta y cuatro, de nueve de mayo de dos mil dieciocho, introdujo como motivo de casación: infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal). Anotó que se interpretaron erróneamente los artículos 92 y 95 del Código Penal y los artículos 1188, 1189, 1302 y 1306 del Código Civil; que la transacción tiene efectos legales y vincula a los jueces.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas setenta y cuatro, de diecisiete de agosto de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedidos los citados recursos formulados por el motivo de infracción de precepto material –se recondujo los demás motivos denunciados al mencionado precepto material, por cuestionar una institución material o sustantiva y sus alcances–, debido que la sentencia de vista recurrida se pronunció acerca de la procedencia de la reparación civil, sin perjuicio de la transacción invocada por las partes y de sus alcances, así como interpretó y aplicó



determinados conceptos vinculados a dicha institución jurídica, que han sido objetadas impugnativamente.

SEXO. Que instruido el expediente en Secretaría, con la contestación del traslado y su ampliatorio por la actora civil Felicita Uceda Custodio [fojas sesenta y uno y ochenta del cuaderno de casación], y señalada fecha para la audiencia de casación el siete de marzo del presente año, ésta se realizó únicamente con la concurrencia de la defensora pública, doctora Judith Rebaza, conforme al acta precedente.

No asistieron, pese a su debida notificación, el tercero civil Dionicio Fausto Espinoza Galán y la actora civil Felicita Uceda Custodio, ni sus defensores. En consecuencia, de conformidad con el artículo 431, apartado 2, del Código Procesal Penal, se declaró inadmisibile el recurso de casación que promovieron.

SÉPTIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan y darle lectura en la audiencia programada el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el Tribunal Superior, en la sentencia materia de recurso de casación, revocó la sentencia de primera instancia en cuanto a la reparación civil ordenada pagar solidariamente a los condenados Gamarra Salguero y Rosales Dioses, así como a los terceros civilmente responsables Espinoza Galán Peña de Espinoza, a favor de Felicita Uceda Custodio, madre de la fallecida Bertha Farro Uceda.

1. El juicio de culpabilidad penal se decidió en una sentencia anterior, debidamente confirmada. La responsabilidad penal recayó en los imputados Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses. Tres fueron los sujetos pasivos de los delitos materia de condena (homicidio y lesiones culposas): Bertha Farro Dioses, Elsa Agripina Gonzales de Uribe y Manuel Traverso Zamora.
2. Las dos últimas sentencias –de primera y segunda instancia– declararon la responsabilidad civil tanto respecto a los dos imputados –responsables directos– cuanto en lo atinente a Dionicio Espinoza Galán y Cecilia Peña de Espinoza, propietarios del camión conducido por el condenado Rosales Dioses –responsables indirectos–. Asimismo, declararon extinguida la obligación de pago por parte de Nicanor Jayo Juica y Rosa Bertha Reque Mechán, propietarios del vehículo conducido por el condenado Gamarra Salguero, a favor de Felicita Uceda Custodio.
3. Finalmente, la sentencia de vista, revocando la sentencia de primera instancia, fijó el monto de la reparación civil de ciento noventa y nueve mil setenta y dos soles a sesenta y seis mil setecientos veintiún soles –menos los descuentos que correspondan a la aludida transacción y al pago de Seguros La Positiva–, que serán cancelados solidariamente por los referidos condenados y los terceros civiles Nicanor Jayo Juica y Rosa Bertha Reque Mechán a favor de Felicita Uceda Custodio.

SEGUNDO. Que la reparación civil es una institución de Derecho civil e integra el objeto civil del proceso penal. Está sujeta a sus propias reglas de imputación, y a los principios y directivas típicas del Derecho civil –se requiere que una determinada conducta, más allá de que se le considere delito o no, cause un daño civil– Es de destacar, sobre el particular,

(i) que la indicada relación jurídica civil es de derecho privado y, por tanto, en ella ha de partirse de la autonomía de la voluntad y de la existencia derechos subjetivos de los que sus titulares tienen la plena disposición, con todas las consecuencias que ello implica, empezando por la de que el interés privado puede ser satisfecho de modo extrajudicial; y, (ii) que la naturaleza de la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en los Códigos Civil y Procesal Civil (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 936/2006, de diez de octubre), luego, no puede conceder más de lo solicitado por la parte que reclama, ni tampoco cosa distinta de lo reclamado (STSE 208/2017, de veintiocho de marzo).

La reparación civil que provenga del delito, por lo demás, puede ser objeto de transacción, conforme a lo taxativamente estipulado en el artículo 1306 del Código Civil; y, su concreción importa poner fin a un asunto dudoso o litigioso, evitando un proceso o finalizando el ya promovido (artículo 1302 del citado Código).

Asimismo, la responsabilidad civil –de los responsables directos e indirectos– es solidaria. Así lo preceptúan los artículos 95 del Código Penal, 1981 y 1983 del Código Civil. Este último precepto agrega que “... aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la reparación se hará por partes iguales” [el subrayado es nuestro].

TERCERO. Que en materia de responsabilidad extracontractual, y específicamente de daños generados a las víctimas como consecuencia de la comisión de un delito, la ley impone la solidaridad: la responsabilidad civil por el daño generado es asumida por todos los intervinientes en el delito y los que tienen responsabilidad civil vicaria o indirecta (terceros civilmente responsables). La regla es que todos los responsables del daño responden solidariamente –la obligación solidaria, primero, es una sola, aunque existe pluralidad de vínculos coligados; y, segundo, en ella concurre unidad de causa–.

Ello no impide, desde luego, que entre perjudicados y responsables civiles puedan celebrar transacciones específicas, en cuanto medios de extinción de las obligaciones. Según el primer párrafo del artículo 1188 del Código Civil la transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores; y, conforme al artículo 1189 del citado Código, si la transacción se hubiere limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.

CUARTO. Que, en el presente caso, se cuestiona el alcance de la transacción celebrada el cinco de enero de dos mil trece entre Nicanor Jayo Juica y Rosa Bertha Reque Mechán –propietarios del vehículo conducido por el condenado Ronald Anderson Gamarra Salguero– y la madre de la occisa Bertha Farro Uceda, doña Felicita Uceda Custodio, por la suma de veinticinco mil. Es decir, si la transacción abarcó la totalidad de la obligación o se limitó a la parte de uno solo de los deudores, pues en uno u otro caso los efectos jurídicos son distintos, atento a lo dispuesto en los artículos 1188, primer párrafo, y 1189 del Código Civil. Cabe aclarar que la hija de doña Felicita Uceda Custodio intervino en su representación, no por derecho propio; luego, la objeción formulada en este punto no es de recibo. Además, conforme al artículo 94, numeral 2, del Código Procesal Penal, la condición de agraviado se establece en función al orden sucesorio previsto en el artículo 816 del Código Civil; y, la madre –sin prueba que la víctima tenía descendencia–, es la que legalmente tiene la titularidad respectiva (orden sucesorio en segundo grado).

La transacción, como regla, solo alcanza a las personas que han suscripto el acuerdo. No perjudica ni aprovecha a los otros que no participaron en él, para quienes constituye *res inter alios acto*, es decir, configura un convenio entre terceros que no los afecta, salvo la regla excepcional de obligaciones solidarias en la medida en que la transacción comprenda la totalidad de la obligación.

Según el acta de transacción examinada, las partes se identificaron como tales en el presente proceso penal, los titulares del automóvil que conducía Gamarra Salguero reconocieron la responsabilidad que les asistía en los hechos, y, a partir del tal reconocimiento, aceptaron pagar a la deudora (madre de la occisa) la suma de veinticinco mil soles. No comprendieron a las demás partes procesales –intervinientes en el delito y a los otros terceros civilmente responsables–, para lo cual se requería una incorporación expresa y un ulterior juicio de razonabilidad del mismo por la autoridad judicial para determinar la corrección del monto fijado desde los intereses legítimos del conjunto de las partes procesales.

Siendo así, es de entender, entonces, que se trató del supuesto reglado por el artículo 1189 del Código Civil –la transacción se limitó exclusivamente a los dos deudores solidarios: Nicanor Jayo Juica y Rosa Bertha Reque Mechán–, por lo que “... *los otros* [deudores solidarios] *no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte*”. En la fijación de la reparación civil debe determinarse, entonces, el monto correspondiente, con exclusión de la suma materia de transacción –así como de la cantidad abonada por la Compañía Seguros La Positiva Seguros–.

QUINTO. Que, a los efectos de la determinación del daño patrimonial y del daño moral, fijados en la sentencia recurrida, es menester fijar algunos puntos precisos relevantes para la causa.

1. La sentencia de vista resaltó, de un lado, el lucro cesante; y, de otro, el daño moral. En cuanto al lucro cesante, para su determinación, partió del hecho de que la difunta era profesora nombrada con veintiún años de servicios y con un sueldo mensual de mil doscientos soles, pero que lo fijó en un treinta por ciento de esa cantidad. El daño moral, sin más, lo estableció en diez mil soles.
2. Una de las vertientes del daño patrimonial es el lucro cesante –conjuntamente con el daño emergente–. El primero, se corresponde con las utilidades frustradas como consecuencia del hecho dañoso –ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo–. Su acreditación no es, por lo general, en forma directa. En el presente caso se tomó como referencia el sueldo percibido por la occisa como maestra, pero asimismo se acotó que esa suma no puede identificarse con ganancia o legítimo enriquecimiento frustrado, pues es del caso descontar lo que la víctima ahorraría luego de satisfacer sus necesidades básicas. Ahora bien, el porcentaje fijado si bien está identificado, no ha sido explicitado –en este caso la motivación es insuficiente–, aun cuando fija un criterio práctico que permite conocer cómo se decantó el Tribunal para determinarlo. El lucro cesante también comprende, cuando se trata de reclamaciones dinerarias, el abono de los intereses moratorios, además de los legales o procesales que procedan tras el dictado de la sentencia –sobre este punto no se dice nada: motivación, en este punto, sería incompleta o parcialmente omitida–.
3. La sentencia no hizo mención al daño emergente, es decir, los gastos razonables o pérdidas sufridas por la familia de la víctima como consecuencia del hecho lesivo –el empobrecimiento del patrimonio de la familia–.



4. El daño moral solo ha sido enunciado y determinado sin un razonamiento específico. Es sabido que este tipo de daño inmaterial no se puede fijar mediante pruebas concretas, por lo que ha de recurrirse a un juicio global en que se tenga en cuenta un criterio de reparación basado en el sentimiento social de los daños producidos por la ofensa, en su entidad real o potencial, la relevancia o repulsa social de los mismos, las circunstancias personales de los ofendidos, la edad de la víctima, y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por la actora civil –principio de rogación– (véase: SSTSE 1054/2003, de veintiuno de julio; y, 833/2009, de veintiocho de julio).

SEXTO. Que, tratándose del montante de la reparación civil, el rol de la Corte Suprema es controlar si los órganos de instancia fijaron las bases que fundamentan la cuantía y si estas son razonables –según lo anotado en el fundamento jurídico anterior–. Ésta, por lo general, corresponde fijarla a los jueces de primera y segunda instancia, de manera que por lo general no es revisable en casación, pues al no establecer el Código Civil o el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley material. La rectificación de la cuantía, empero, corresponderá cuando (i) se rebase o exceda o tergiversarse lo solicitado por las partes, (ii) se fijen defectuosamente las bases que la fundamentan, (iii) quede patente una evidente discordancia entre las bases estipuladas y la cantidad señalada como reparación civil, o (iv) se incurra en error notorio, arbitrariedad e irrazonable desproporción de la cuantía fijada (STSE 107/2017, de veintiuno de febrero).

La indemnización no puede fijarse vacío de datos o, en todo caso, omitir aspectos esenciales de su determinación, lo que ocasionaría la nulidad de la resolución inmotivada y que el Tribunal Superior dicte otra nueva resolución en que corrija aquella deficiencia (STSE 500/2005, de diecinueve de abril). Es posible, desde luego, que cuando el *quantum* indemnizatorio se verifique razonable, la ausencia de las bases respectivas no será motivo de rescisión de la sentencia porque la subsanación no tendrá incidencia alguna en el fallo que se mantendría incólume (STSE 294/2012, de veintiséis de abril).

Esto último no se ha producido; luego, es menester casar la sentencia de vista a fin de que un nuevo Colegiado Superior se pronuncie motivadamente respecto de las bases que fundamentan la cuantía y subsane las omisiones materiales detectadas –referidas a las exigencias jurídicas para afirmar la existencia de daños patrimoniales y morales, y a la determinación de la suma dinerada respectiva–, en función a las pretensiones de las partes y solo desde sus planteamientos, así como a las premisas dogmáticas estipuladas en esta Ejecutoria Suprema (artículo 433, apartado 2, del Código Procesal Penal).

DECISIÓN

Por estos motivos: I. Declararon **FUNDADO** parcialmente el recurso de casación por infracción de precepto material interpuesto por el encausado RONALD ANDERSON GAMARRA SALGUERO contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y seis, de veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho, en cuanto revocando por mayoría la sentencia de primera instancia de fojas ciento ocho, de catorce de diciembre de dos mil diecisiete, fijó en sesenta y seis mil setecientos veintiuno soles el monto de la reparación civil que solidariamente abonarán Ronald Anderson Gamarra Salguero y Wilfredo Humberto Rosales Dioses y los terceros civilmente responsables Dionicio Espinoza Galán y Cecilia Peña de Espinoza a



favor de Felicita Uceda Custodio; con lo demás que al respecto contiene. **II. CASARON** la referida sentencia de vista; y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: **DISPUSIERON** que otro Colegiado Superior dicte nueva sentencia de vista, según lo indicado en el fundamento jurídico sexto. **III. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHAVEZ MELLA



BIBLIOGRAFÍA

ALIMENA, Bernandino. *Principios de Derecho Penal*. V. 1., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1916.

AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Un Estudio Empírico Dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina. 1era. Edición colombiana. Comisión Andina de Juristas, 1997.

ANTOLISEI, Francisco. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, trad. de Jorge Guerrero y Merino Ayerrea Redín de la 8ª ed. italiana (corregida y actualizada al cuidado de Luigui Conti (1980) Temis, Bogotá 1988.

ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*, 2ª ed. anotada y puesta al día por José Julian H Altavill, Enrico, Sociología Judicial, Temis y Depalma. Bogotá y Buenos Aires, 1979, Vol 2.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal (Parte General)*, Temis - ILANUD, Bogotá 1984.

ÍDEM, *Principios de Derecho Penal Español*, T. II (El Hecho Punible), Akal / Iure, Madrid 1985; 3ª ed. Akal, Madrid 1994.

ÍDEM, *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal* (Introducción a la sociología jurídica-penal). Siglo veintiuno editores Argentina, 1era. Edición, 2002.

BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación Social y Derecho Represivo*. Barcelona, editorial BOSCH, 1980.

BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y las Penas*, Orbis, Buenos Aires 1984.

ÍDEM, *De los Delitos y las Penas*, Voltaire. Comentario al libro "De los delitos y las penas". Traducción de Juan Antonio de las Casas. El libro de bolsillo Derecho Alianza Editorial, Salamanca-España, 1998.

BECH, Ubico. *La Sociedad del Riego. Hacia una Nueva Modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M. Rosa Borrás. 1era. Edición. PAIDÓS. Barcelona, 1998.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de Derecho Penal. Parte General. I*, Praxis. Barcelona 1994.

BERGALLI, Roberto (Coordinador y Colaborador). *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BERISTAIN, Antonio. *Derecho Penal y Criminología*. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. 1986.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*, 5ta. Edición, con la colaboración de Alberto Otárola Peñaranda. RAO - Editora, Lima-Perú. setiembre de 1999.

BETTIOL, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte General*, trad. de J. León Pagano, Temis, Bogotá 1965.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I 14ª. ed. sin modificaciones de la 2ª. ed. (1890), Felix Meiner, Leipzig 1922.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Licões de Direito Penal*. Parte geral, 3ª. ed. revista e ampliada, Livraria do Advogado, Porto Alegre 1995.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal: Conceptos Fundamentales y Sistema*. Introducción a la sistemática sobre la base de casos, trad. de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires 1981.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos / LANDA ARROYO, César / RUBIO CORREA, Marcial. *Derecho Constitucional General* - Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial. 1992.

BRAMONT-ARIAS, Luis A. / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A. *Código Penal Anotado*, 2da. Edición - revisado y concordado por la Dra. María del Carmen Cantizano. San Marcos, Lima-Perú, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Ariel, Barcelona 1984; 3ª ed., 1989; 4ª ed. (aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazabal Malareé): PPU, Barcelona 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3era. Edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel SA, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1986.

CALLIES, Rolf Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt A.M. 1974.

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO. *Código Penal - Doctrina y Jurisprudencia*, Primera edición Editorial Trivium S.A., Madrid 1997.

CANCIO MELIA, Manuel; FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI. *Estudios sobre la Teoría de la imputación Objetiva*, AD HOC S.R.L., Buenos Aires, 1998.

CANCIO MELIÁ. Manuel. *Dogmática y Política Criminal en una Teoría Funcional del Delito*. En: "El Sistema Funcionalista del Derecho Penal". Instituto Peruano de Ciencias Penales - Universidad de

Piura. Biblioteca de autores extranjeros 6. Editorial Grijley, Lima, 2000.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Ediciones Jurídicas CUYO. Mendoza.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. Tirant lo balnch, Valencia, 1999.

CARMIGNANI, Giovani. *Elementos de Derecho Criminal*, trad. de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá 1979.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Vol. I. trad. de José J. Ortega y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1956.

CARRUITERO LECCA, Francisco. *La Sociología del Derecho de Max Weber - Bases para una Epistemología del Derecho*, Jurista Editores 2003.

CASABÓ RUIZ, José Ramón. *La Legalidad del Delito*. Universidad de Valencia, 1983.

CASTELLANOS. Fernando. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana 1965.

CEREZO MIR, José. *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*. Tecnos, Madrid 1982.

ÍDEM, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. V. I/1 (Introducción. Teoría jurídica del delito), 3ª. Reimpr. de la 3ª. ed. (1985), Tecnos, Madrid 1990.

ÍDEM, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. 3 Tomos. Sexta edición, Tecnos, Madrid, 2000.

CESARE BECCARIA. *De los Delitos y de las Penas con el comentario de Voltaire*, Derecho Alianza Editorial Madrid, 1998.

CHIRINOS SOTO, Enrique. *La Nueva Constitución al Alcance de Todos*, 3era. Edición, AFA Editores Importadores, Lima, 1984.

CLEMMER. *The Prison Community*, 3era. Edición, Risse, New York, 1961.

COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios a la legislación penal*, T. V, Vol 1° (La reforma del Código penal de 1983), Edersa, Madrid 1985.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal, Parte General*. 5ta. Edición, corregida, aumentada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código Penal*. Osezno Editores, Madrid, febrero del 2000.

ÍDEM, *La Nueva Delincuencia I*. Osezno Editores. Madrid, 2003.

ÍDEM, *Proceso Penal y Actuación de Oficio de Jueces y Tribunales*. Osezno Editores. España, 2003.

CORNEJO, Ángel Gustavo. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Librería Científica Francesa, Lima 1926.

COSTA JÚNIOR, Paulo José Da. *Curso de Direito Penal*, V. I (Parte Geral), 2ª. ed. aumentada e actualizada, Saravia, São Paulo 1992.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias del Delito*, 3era. Edición. Dykinson, Madrid, 2002.

CUELLO CAZÓN, E. *La Moderna Penología*. Editorial Bosch, Barcelona, 1958.

CUNHA LUNA. Everardo Da. *Capítulos de Direito Penal. Parte geral*, Saravia. São Paulo 1985.

CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, T. I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1982-1985.

D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y Teoría del Delito*. Editorial B de F, Montevideo, 1995.

DEL ROSAL, Juan. *Tratado de Derecho Penal Español, Parte general*, T. I (2ª. ed., 1976) y II, Madrid 1972-1976.

DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel. *Hacia una Nueva Concepción de Pena*. Editorial Grijley. Lima-Perú, 1995.

DE LAMO RUBIO, Jaime. *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1997.

ÍDEM, *Elementos de Criminología*. Edeval. Valparaíso, 1982.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Fines de la Pena e Individualización Judicial de la Pena*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português. Parte geral*. V. II (As consequências jurídicas do crime), Aequitas- Editorial Notícias, Coimbra 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS. José Luis / ROMEO CASABONA. Carlos María / GRACIA MARTÍN, Luis / HIGUERA GUIMERÁ. Juan Felipe (Editores). *La Ciencia de Derecho Penal en el Nuevo Siglo - Libro Homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Primera reimpresión. Tecnos, Madrid, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política Criminal y Derecho Penal*. Estudios. Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial TROTТА, Madrid, 2003.

DONNA, Edgardo. *Teoría del Delito y de la Pena*, V. I /1 (Teoría de la pena y la culpabilidad) Astrea. Buenos Aires 1992.

DONNA, Alberto Edgardo. *Teoría del Delito y de la Pena*, 2da. Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.

DU PUIT, José. *La Obediencia Debida en el Derecho Penal Militar Peruano*, En: "La Reforma del Derecho Penal Militar", Anuario

de Derecho Penal 2001-2002, Coordinador: Hurtado Pozo, J. Coordinadora: Doig y Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo Suiza, 2002.

ESER, Albin. *Strafrecht*. I, 3ª. ed., C.H. Beck, München 1980.

ÍDEM, *Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima-Perú, 1998.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*, T. I. Editorial Gibbs, Santiago de Chile 1965.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Sobre el Fundamento de las Sanciones Penales para Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Penal Español y el Derecho Peruano*, En: "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas- Órganos y Representantes". Coordinador: García Caven), P., ARA editores, Lima 2002.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*, T. I. (Introducción al Derecho Penal. Evolución de la Teoría, 2ª. reimp. de la 2ª. ed., 1993); T. II (Teoría general del delito y punibilidad, reimp. de la 2ª. ed., 1986), Temis, Bogotá 1989-1993.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas- Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, séptima edición actualizada, Edit. Grijley, Lima 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*. Traducción por: Andrés Ibañez Perfecto, Ruiz Miguel. Alfonso, Boyon Mohino Juan Carlos, Terradillos Bosoco Juan y Cantero Bondrés Rocío. Editorial Trotta. Valladolid, 1995.

FERRI, Enrique. *Principios de Derecho Criminal*. Reus S.A., 1era. Edición, Madrid.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal Común vigente en Alemania*, trad. de la 14ª. ed. Alemana (Giessen 1987) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi. Buenos Aires 1989.

FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*, 2ª. ed. Zanichelli, Bologna 1989.

FIERRO, Guillermo J. *Legalidad y Retroactividad de las Normas Penales*. Hammurabi, Argentina, 2003.

FONTÁN BALLESTRA. Carlos. *Tratado de Derecho Penal*, T. I. Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1966.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Licó es de Direito Penal. Parte geral* 15ª. ed., revista e actualizada por Fernando Fragoso. Forense Río de Janeiro 1994.

FRIAS CABALLERO, Jorge. *Temas de Derecho Penal*, Depalma, Buenos Aires 1970.

FRIAS CABALLERO, Jorge / CODINO, Diego / CODINO, Rodrigo. *Teoría del Delito*. Hammurabi, Buenos Aires 1993.

GALLAS, Wilhelm. *La Teoría del Delito en su Momento Actual*, trad. de Juan Córdoba Roda, Bosch, Barcelona 1959.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Problemas Actuales de la Criminología*, Edersa, Madrid 1984.

ÍDEM, *Derecho Penal* - Introducción. Servicio publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.

ÍDEM. *Tratado de Criminología* (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen). 2da. Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARCÍA VALDÉZ, C. *Comentario a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. 2 Tomos. Editorial jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Universidad Complutense, Madrid 1979.

ÍDEM, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª. ed. Tecnos, Madrid 1990.

GÓMEZ BENÍTEZ, José María. *Teoría Jurídica del Delito*, reimpresión. de la 1ª. ed. (1984), Civitas, Madrid 1988.

GÓMEZ, Eusebio. *Delincuencia Político-Social*. Librería y Editorial "La Facultad", Juan Roldan y Cía. Buenos-Aires.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la Lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la Crítica del Discurso de Resistencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel / ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GRISPINGN, Filippo. *Derecho Penal Italiano*, V. I., Depalma, Buenos Aires 1984. HAFT, Fritjof, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5ª. ed., C.H. Beck, München 1992.

HART, H.L.A. *Derecho y Moral*, trad. de Genaro Cantón, Depalma, Buenos Aires 1962.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona 1984.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1989.

ÍDEM, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia. 1998.

ÍDEM, *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y M^a del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

HEGEL, G. W. F. *Filosofía del Derecho*, 5^a. ed., Eddili, Lima 1987.

HENRIQUEZ FRANCO. *Derecho Constitucional*, Editora Fecat, 2001.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2^a. ed. Eddili, Lima 1987.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Derecho Penal Aplicado*. Biblioteca de autores extranjeros. Juristas Editores. Lima 2002.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Justicia Penal Contemporánea*, Anotaciones de Derecho Peruano a cargo de Luis Miguel Reyna Alfaro, Editorial Librería Portocarrero, Lima 2002.

JAKOBS, Günter. *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechmungslehre*, 2, neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlín - New York 1991.

ÍDEM, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid 1995.

JAKOBS, Günter / CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Primera edición. Civitas, Madrid, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4^a. edición Completamente corregida y ampliada, traducción de José Luis Manzanares de Samaniego, Editorial Comares Granada 1993.

JESÚS, Damásio E. de. *Dimito Penal. Parte Geral*, 19^a. ed., revista e actualizada, Saravia, Sao Paulo 1995.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I (2ª. ed., 1956), T. II, (2ª. ed., 1950), T. III, (1956), T. IV, (2ª. ed., 1961), T. V, (1958); Editorial Losada. Buenos Aires 1950-1965.

ÍDEM, *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1976.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*. trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdez, Depalma, Buenos Aires 1977.

KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría. Pura del Derecho*, 3era. Edición revisada y corregida. Presentación de Domingo García Belaúnde, Nota Liminar de Emilio O. Rabasa, Hans Kelsen Institut, Lima 2001.

HÜHL, Kristian. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Verlag Vahlen. München 1994.

LABANUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Novena edición, 1990.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Editorial Tecnos. Tercera edición, Madrid, 1991.

LASCANO, Julio (Director). *Derecho Penal. Parte General*. Libro de estudio. Córdoba, 2002.

LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, 3.t., trad. de Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid 1926-1929.

LOGOZ, Paul. *Commentaire du Code Penal Suisse. Parte General*, 2ª. ed., mise jour avec la collaboration d'Yves Sandoz, Delachaux & Niestle Editeur, Neuchâtel-París 1975.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Teoría de la Pena*. Ediciones Akal S.A., Madrid, 1991.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, T. I. Editorial Universitas, Madrid 1995.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas S.A. 1era. Reimpresión. Madrid. 1999.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. *La Relación de Merecimiento de Pena y de la Necesidad de Pena*, En: “*Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*”, Libro Homenaje a Claus Roxin, Silvia Sánchez J.M. / B. Schünemann / J. de Figueiredo Dias, Jose María Bosch Editor, Barcelona. 1995.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal Argentino*, T. 1-b., Hammurabi, Buenos Aires 1989.

MAIER, Julio B. *¿Es posible la Realización del Proceso Penal en el marco de un Estado de Derecho?* En: “*Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales- Un homenaje a Claus Roxin*”. Marco Lerner Editora Córdoba, 2001.

ÍDEM, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I - “Fundamentos”. 2da. Edición. Editores del Puerto s.r.l. Buenos-Aires, 1999.

MONTOVANI, Fernando. *Diritto Penale*, Cedam, Padova 1979.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*, V. I, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires 1948.

MAPELLI CAFFARENA, Borja / TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Juan Córdoba Roda, T. II, Ariel. Barcelona 1962.

MERKEL, Adolfo. *Derecho Penal*, La España Moderna, Madrid s/f.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 6ta. Edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires.

ÍDEM, *Tratado de Derecho Penal*. T. I, trad. y notas de la 3ª. ed. alemana (1949) por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

ÍDEM, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, trad de José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1957.

ÍDEM, *Derecho Penal Parte General: Libro de Estudio*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1958.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, V. I. 8ª. ed. revista e ampliada. Atla, Sao Paulo 1994.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1976.

ÍDEM, *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., PPU, Barcelona 1990.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal: Concepto y Método*, 2da. Edición.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, 4ta. edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995.

MIR PUIG, Santiago. *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal*, En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencias Penales.

MIR PUIG, Carlos. *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*, Librería Bosch, Barcelona. 1986.

MOLINA BLÁZQUEZ, M.ª. *Concepción: La Aplicación de la Pena Estudio Práctico de las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Edit. Tecnos, Madrid, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

NILS, Christie, *Los Límites del Dolor*. Traducción de Mariluz Caso. Fondo de Cultura Económica - México. Primera edición en español, 1984.

NOVOA MONTREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1960.

NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino. Parte General*, T. I. Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires 1959.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTO TOCILDO, Susana. *Derecho Penal. Parte General: Teoría Jurídica del Delito*. 2da. Edición corregida y aumentada, Rafael Castellanos editor, Madrid, 1986.

ONECA, Antón. *Derecho Penal. Parte General*. 2da. Edición anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Akal / Iure, Madrid, 1986.

PAGANO, Francisco Mario. *Principios del Código Penal*. Traducción del italiano por Eugenio R. Zaffaroni. Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

PEREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El Riesgo Permitido en Derecho Penal. Régimen Jurídico-Penal de las Actividades Peligrosas*. Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1995.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*, editorial siglo XXI, México, 1983.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, 2ª.ed., ampliada y actualizada, Ediciones Jurídicas, Lima 1994.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Volumen I. AFA Editores Importadores S.A. Tercera reimpresión, Lima, 1988.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Código Penal Comentado y Leyes Complementarias*, Prólogo a la primera edición, 1992.

ÍDEM, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. I - Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud. Contra el Honor, la Familia y la Libertad. Ediciones Jurídicas, 1994.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl / FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*. 2da. Edición, Editora Fecat, Lima-Perú, 2003.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl / FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Terminación Anticipada del Proceso. Principio de Oportunidad*. Colaboración Eficaz y Arrepentimiento Terrorista. Jurista Editores, Lima, 2003.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Peruano. Teoría General de la Imputación del Delito*. Editorial Rhodas. Lima-Perú. 2004.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Rodhas, Lima, 2007.

ÍDEM, Alonso Raúl. *Teoría General del Proceso y la Práctica Forense Penal*. Editorial Rhodas, Lima, 2004.

ÍDEM, Alonso Raúl. *Delito Contra la Libertad e Intangibilidad Sexual*, 1ª. Edición, Ediciones Guerrero, Lima. 2002.

PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ Y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones Sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*, Grijley, Biblioteca de autores extranjeros 4, Lima-Perú, 1998.

PÉREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal Partes General y Especial*, T. I, Temis Bogotá, 1981.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y Prevención: las Teorías de la Prevención General Positiva en la Fundamentación de la Imputación Subjetiva y de la Pena*.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª. edición, Forum Pacis, Bogotá 1992.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte General*, T. I. Bosch, Barcelona 1990.

POLITOFF L., Sergio. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile. 2da. Edición, 2003.

PRADO, Luiz Regís y BITENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de Direito Penal, Parte Geral*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo 1995.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las Penas en la Reforma Penal*, Anuario de Derecho Penal 89-90, Lima, 1991.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho Penal. Jueces y Jurisprudencia*. Palestra Editores.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal Parte General*, reedición de la 2ª. edición, con Addenda al Anteproyecto de Código Penal de 1992, con la colaboración de Fermín Morales Prats y J. Miguel Prats Canut, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid 1992.

RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, T. I. (Parte general). trad. de Jorge Guerrero de la 4ª. ed., italiana (1968), Temis, Bogotá 1975.

RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español. Parte General*, 16ª. ed., Dykinson, Madrid 1993; 17ª. ed., 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO. *Derecho Penal Parte General*. T. I, Madrid, 1977.

ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*. Universidad de Córdoba. Córdoba (España), 1991.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999-2000)*. Idémsa, 2002.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito Penal Parte Geral, Doutrina e Jurisprudencia Atualizada de acordo com a Constituicao de 1998 e toda Legislacao Penal Complementar*. Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo 1995.

ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen Cantizano.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona 1972.

ÍDEM, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traducción e introducción por Francisco Muñoz Conde. Segunda edición, Buenos Aires, octubre del 2002.

ÍDEM, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976.

ÍDEM, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1981.

ÍDEM, *Problemas Actuales de la Dogmática Penal*. 1ra. Edición. Traducción de Manuel A. Vásquez. ARA Editores. Derecho Penal Contemporáneo. Lima, 2004.

ÍDEM, *Derecho Procesal Penal*. Traducido por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto s.r.l., Buenos-Aires. 2000.

ROXIN, Claus; ARZT, Günter y Tiedemann, Klaus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ariel, Barcelona 1989.

ROY FREYRE, Luis. *Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena*, Editorial Grijley, Lima, 1998.

RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. DESCO - Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 1994.

RUDOLPHI, Hans-Joachim / HORN, Eckhard / SAMSON, Erich / SCHREIBER, Hans Ludwig. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; Band Allgemeiner Teil*, ed., Alfred Metzner Verlag, Frankfurt 1993.

RUSCHE. Georg y KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y Estructura Social*, trad. de Emilio García Mendéz, Tenle Bogotá 1984.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *El Denominado "Delito de Propia Mano"*. Respuesta a una situación jurisprudencial. DYKINSON, Madrid, 2004.

SAN MARTÍN CASTRO. César Eugenio / CARO CORIA, Dino Carlos / REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir (Aspectos sustantivos y procesales)*. Jurista editores. Edición abril del 2002, Lima.

SAINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3 vols, Bosch. Barcelona 1981-1985.

SAUER, *Derecho Penal. Parte General*. Traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo. Bosch. Casa Editorial-Barcelona, 1956.

SCHMIDHÄUSER Edberhard. *Strafrecht, Aligemeiner Teil*, 2ª. ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1984.

SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales. Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario*, Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Tecnos. Madrid 1991.

ÍDEM, *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

SCHONKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch*. Kommentar 24ª. ed., reelaborado por Theodor Lenckner, Peter Cramen, Albin Eser y Walter Stree, C. H. Beck, München 1991.

SERRANO PIEDECASAS-FERNÁNDEZ, J. R. *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*. Palestra Editores. Lima-Perú.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. José Ma. Bosch Editor, Barcelona 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. en español) SCHÜNEMANN, B. / DIAZ, J. de Figueiredo, (coord.). *Fundamentos de un Sistema Eu-*

ropeo del Derecho Penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin, José Ma. Bosch, Editor Barcelona 1995.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias*.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Problemas de la Determinación Judicial de la Pena*, En: "La Dogmática Penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública y otros Problemas Actuales del Derecho Penal". Editorial Grijley, 2001.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. *Los Delitos Consistentes en la Infracción de un Deber*, En: "La Dogmática frente a la Criminalidad en la Administración Pública y otros Problemas Actuales del Derecho Penal". Editorial Grijley, 2001.

ÍDEM, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Civitas. Primera Edición, Madrid, 1999.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. T. I Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1976.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General I (El hecho punible)*, trad. de la 2ª. ed., alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid 1982.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General I*. 4ta. Edición totalmente reelaborada. Hammurabi. Traducción de Manuel Cancio Meliá. y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005.

TAMARIT SUMALLA, Joseph M. *La Víctima en el Derecho Penal (De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima)*. Arazadi Editorial. Pamplona, 1998.

TAVARES, Juárez E. X. *Teoría del Delito*, Buenos Aires 1983.

TERÁN LOMAS, Roberto A. M. *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Astrea, Buenos Aires 1980.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. Akal, Madrid, 1981.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios Básicos del Derecho Penal*, 3ª. ed., ampliada y corregida, Temis Bogotá 1995.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 3era. edición, Temis, Bogotá 1997.

VILLA STEIN, Javier. *Culpabilidad*. Ediciones Jurídicas. Lima - Perú, 1997.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Cultural Cuzco, Lima 1990.

VON BELING, Ernst. *Esquema del Derecho Penal. La Doctrina del Delito-tipo*. Editorial DEPALMA, Traducido del alemán por el Dr. Sebastián Soler. Buenos Aires, 1944.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. 11ª. edición. 2da. Edición castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ÍDEM, *El nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista. trad. de José Cerezo Mir, de la ed., Alemana (1961) Ariel. Barcelona 1964.

WESSELS, Johannes. *Derecho Penal. Parte General*, trad. de Conrado A. Finzin de la 6a. ed. alemana (1976), Depalma, Buenos Aires 1980.



MANUAL DE DERECHO PENAL - PARTE GENERAL,
de ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE, se terminó de imprimir en la
ciudad de Lima, en los talleres de Servicios Gráficos Legales E.I.R.L.,
Jr. Azángaro 1075, Of. 201 - Lima..

