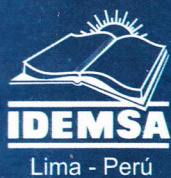


ALONSO RAÚL
PEÑA CABRERA
FREYRE

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

TOMO I



ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE

DERECHO
PENAL
PARTE GENERAL

TOMO I





ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE

Fiscal Adjunto Superior (P).

Profesor de la Maestría de Ciencias Penales de la UNMSM.

Egresado y titulado con mención especial por la Universidad Particular San Martín de Porres.

Título en Postgrado en Derecho Procesal Penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España), al haber alcanzado el tema de investigación (tesis): "La Posición Investigadora del Ministerio Público en las Reformas del Proceso Penal en Latinoamérica y Europa Continental: Un Estudio Comparativo (Ventajas y Desventajas)": la calificación de "Sobresaliente", fuera becado por el INABEC.

Ex Asesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación.

Ex Representante Alterno del Ministerio Público de la Comisión Especial Revisora del Código Penal.

Fue Miembro de la Comisión Especial para la Designación de Fiscales ante la Jurisdicción Militar en representación del Ministerio Público.

Profesor Principal de la Academia de la Magistratura en el Programa de Ascenso de la Magistratura en el módulo de Derecho Penal y Profesor Asociado en el PROFA (Programa de Formación de Aspirantes a la Magistratura), en los módulos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) - Grupo Peruano.

Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Colaborador Permanente de la Revista "Actualidad Jurídica" en temas sobre Derecho Procesal Penal y Derecho Penal de la Editorial Gaceta Jurídica.

Participó como Conferencista en el Primer Congreso Internacional de Seguridad Pública organizado por el Centro de Investigaciones en Ciencias Jurídicas "Justicia Penal y Seguridad Pública", realizado en la ciudad de Toluca los días 26, 27 y 28 de abril del 2007.

Participó como conferencista en el Congreso Internacional de "Derecho y Justicia" organizado por el Tribunal Supremo Popular de Cuba, desarrollado en La Habana. Mayo 2008.

Conferencista en temas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

Secretario de la Comisión para proponer las Directivas y Normas Complementarias para la aplicación de la Ley N° 28494 "Ley de Conciliación Fiscal en Asuntos de Derecho de Familia".

Miembro Honorario del Ilustre Colegio de Abogados de la Libertad.

OBRAS PUBLICADAS:

Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual.

Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario.

Comentario a la Legislación Anti-Corrupción.

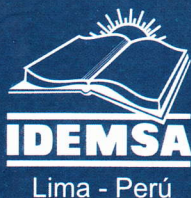
Derecho Penal Peruano. Parte General (2 Tornos) - Teoría de la Imputación del Delito y Teoría de la Pena.

Teoría General del Proceso y la Práctica Forense Penal.

Terminación Anticipada del Proceso: Principio de Oportunidad. Colaboración Eficaz y Arrepentimiento Terrorista.

En Coordinación: Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera (2 Tomos).

Temas de Derecho Penal y Procesal Penal en coautoría con el profesor español Manuel Miranda Estrampes.



ISBN: 978-612-4037-27-6



DERECHO PENAL
Parte General

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

DERECHO PENAL

Parte General

TOMO I



Lima - Perú

1ª Edición: 2004 - Editorial Rodhas SAC

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
TOMO I

Para la tercera edición: Lima - enero de 2011
Derechos reservados conforme a ley

© IDEMSA

Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.

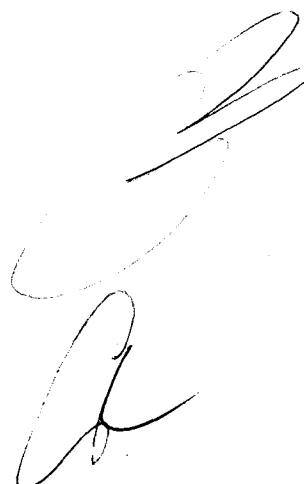
e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com
Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760
Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366
Cusco: Maruri N° 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-16456
ISBN: 978-612-4037-27-6
Registro del Proyecto Editorial N° 31501000900408

Ejemplares: 1000

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita de los editores y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU



*A mi madre, por su permanente sacrificio
y desprendimiento invaluable,
hacia sus seres más queridos.*

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- | | |
|--------------|--|
| - Art./Arts. | - Artículo/artículos |
| - NCPPP | - Nuevo Código Procesal Penal peruano |
| - BCR | - Banco Central de Reserva |
| - CPP | - Código Procesal Penal de 1991 |
| - C de PP | - Código de Procedimientos Penales |
| - C.P. | - Código Penal de 1991 |
| - CPA | - Código Penal de Argentina |
| - CPPN | - Código Procesal Penal de Argentina |
| - CNA | - Constitución Nacional Argentina |
| - CPE | - Constitución Política del Estado de 1993 |
| - CEP | - Código de Ejecución Penal |
| - CPC | - Código Procesal Civil de 1993 |
| - CPC | - Código Procesal Constitucional |
| - C.C | - Código Civil de 1984 |
| - C de C | - Código de Comercio |
| - CNA | - Código de los Niños y los Adolescentes |
| - CNM | - Consejo Nacional de la Magistratura |
| - CE | - Constitución Española |
| - CM | - Consejo de Ministros |
| - CGR | - Contraloría General de la República |
| - CJM | - Código de Justicia Militar |
| - CPCH | - Código Penal Chileno |
| - CPPCH | - Código Procesal Penal de Chile |
| - CPOCH | - Constitución Política de Chile |
| - CPAR | - Código Penal Argentino |
| - CPE | - Código Penal Español |
| - CNA | - Constitución Nacional Argentina |

- CE	- Constitución española
- GC	- Garantías Constitucionales
- DU	- Decreto de Urgencia
- LO	- Ley Orgánica
- LOMP	- Ley Orgánica del Ministerio Público
- LOPJ	- Ley Orgánica del Poder Judicial
- LOCMPCH	- Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público chileno
- L	- Ley
- LGS	- Ley General de Sociedad
- LMV	- Ley de Mercado de Valores
- LRE	- Ley de Reestructuración Empresarial
- LTV	- Ley de Títulos Valores
- Dec. Leg.	- Decreto Legislativo
- DL	- Decreto Ley
- DS	- Decreto Supremo
- SBS	- Superintendencia de Banca y Seguros
- STC	- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano
- CIDH	- Corte Interamericana de Derechos Humanos
- EJEC.	- Ejecutoria suprema o superior
- PG	- Parte General
- PE	- Parte Especial
- PV	- Precedente vinculante
- CPE	- Constitución Política del Estado
- LECrim	- Ley de Ejecución Criminal española
- TEDH	- Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- CPPCH	- Código Procesal Penal Chileno
- MP	- Ministerio Público
- MF	- Ministerio Fiscal
- RL	- Resolución Legislativa
- RM	- Resolución Ministerial
- SP	- Sala Plena
- STCE	- Sentencia del Tribunal Constitucional español
- STSE	- Sentencia del Tribunal Supremo español
- StPO	- Strafprozessordnung

INTROITO

A LA TERCERA EDICIÓN DEL LIBRO DE ALONSO PEÑA CABRERA FREYRE "DERECHO PENAL PARTE GENERAL"

Manuel Lorenzo de Vidaurre, José Viterbo Arias, Ángel Gustavo Cornejo, Julio Altmann Smythe y Domingo García Rada, cinco de los más sobresalientes penalistas peruanos que vivieron y/o murieron en el interregno que ocupan los 221 años que se extienden de 1773 a 1994, fechas del nacimiento y óbito del primero y último de los nombrados, escribieron sus más logradas obras en plena madurez; no ocurrió lo mismo, en cambio, con Javier Prado y Ugarteche¹ que, como caso excepcional y asombroso, dio a publicidad su "Método Positivo en Derecho Penal" antes de cumplir los 19 años de edad.

El detalle descrito puede parecer insignificante, pero da ocasión, para establecer un parangón entre los poliédricos Vidaurre y Alonso Peña Cabrera Freyre, y entre éste y Ángel Gustavo Cornejo. En efecto, sabido es que nuestro Vidaurre, amén de escritor prolífico, colmó su vida con actividades de variado talante; así las cosas, no resulta extraño verlo reconcentrado en su labor de magistrado en la Real Audiencia del Cusco, cuando no, empeñado en ejercer funciones nomotéticas o de proyección de leyes; cuán vívida nos parece la imagen del magnífico pensador y antiguo funcionario español en su faceta de sabio penalista, polígloto soberbio y desmedido aficionado a la lectura al que le sobró tiempo para encaramarse, aunque con prudente disimulo, contra la monarquía peninsular en la gesta cuzqueña de 1814, e, incluso, para aventurarse en la ex-

1 Entre éste y aquéllos o, si se quiere, entre la precocidad del último y la algo retardada actitud de los primeros, encuentran cabida los preclaros Mariano Ignacio Prado, Ricardo Elías y Aparicio, Mariano Felipe Paz Soldán, Santos Eugenio Urtecho Benites, Alonso Peña Cabrera Freyre, José Silva Santisteban y Emiliano A. Carvallo, todos publicistas de viso que con 30, 31, 32, 34, 35, 38 y 39 años de edad, hicieron lo propio en su momento.

traña práctica de enfeudar su alma a seres ultraterrenales, a los cuales, a cambio, tendría derecho a reclamar le sea concedida una vida repleta de placeres.

Ahora bien, las condiciones de magistrado, comisionado en la elaboración de leyes, cultor de diversos idiomas, clarísimo y profundo penalista, voraz lector y hombre de vida inquieta, que distinguen a Vidaurre, habrían de repetirse en la hasta hoy breve pero no menos rica existencia del autor de la obra cuyo introito suscribimos. En efecto, Alonso Peña Cabrera Freyre, no únicamente se desempeña como uno de los más acreditados magistrados del Ministerio Público sino que, precisamente en tal condición, fue designado como miembro alterno para integrar la comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Código Penal que se publicitó el año 2002 y que contiene, según lectura de la llamada Parte general, importantes sugerencias y propuestas de reforma que interesa tener presentes al país; además de lo dicho, cultiva con singular prestancia una diversidad de idiomas (italiano, inglés y alemán), ocupando, entre los que se dedican al estudio del Derecho Penal, un lugar prominente; no obstante ello, ha impartido la docencia en la Academia de la Magistratura, siendo, por añadidura, aviador, técnico en microcomputación y, sin duda, verdadero hombre de su época y circunstancias.

Con Ángel Gustavo Cornejo, por otro lado, comparte Peña Cabrera algunos rasgos que conviene dejarse anotados: ambos descienden y tienen como progenitores a dos provincianos y notables hombres de ciencia (los señores A. Benigno Cornejo y Raúl Peña Cabrera) a los que seguramente deben la excelente formación profesional y humanista que los caracteriza; lleva el primero el signo del trabajo fecundo y sostenido que también se ve reflejado en el segundo; uno y otro, además, suscribieron obras de Derecho penal sustantivo y de Derecho procesal penal, y son, por coincidencia, hombres de talle elegante y refinados modales.

Nada hacía presagiar, en lo que respecta al nacimiento de Alonso R. Peña Cabrera Freyre, que el año de 1969 estuviese lleno de vicisitudes que, quiérase o no, interesa recordar: por una parte, se producen dos lamentabilísimas desapariciones físicas: una vinculada al nombre de D. Alfredo F. Solf y Muro (autor de *Penalidad de la Reincidencia*, en *Anales de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima*, tomo XXV, Imprenta Liberal, Lima, 1898, pp. 51 a 74) y, la otra, a D. Honorio Delgado (a quien debemos, entre otras, las tres obras siguientes: *Estudio Psico-Antropológico de un delincuente*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año I, núm. 1, Lima, 1927, pp. 69 a 83; *Personalidad y Delincuencia*, *Revista Policial del Perú*, año XXIII, núm. 231, Lima, 1954, pp. 33 a 41, y el famoso *Curso de Psiquiatría*, segunda edición, Imprenta Santa María, Lima, 1955, un volumen de 526 pp. + el Colofón). Preciso es tener presente, de otro lado, que el año en que abrió sus ojos el profesor Alonso Peña Cabrera, vieron también la luz las obras de nuestros connacionales Luis del Valle Ran-

dich (*Comentarios al Código de procedimiento penal soviético*, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1969, un volumen de 109 pp.), Francisco J. Blanco (*Para combatir la delincuencia juvenil*), Nicolás Dulanto Pinillos (*Delitos que afectan la disciplina de los institutos armados*), Eugenio A. Gutiérrez Flores (*Investigación y prevención de accidentes de tránsito*), Simeón Lázaro Vásquez (*Evasión de presos. Problemas que afronta el que custodia*), Rubén Valdivia Chalco (*Tests psicométricos en criminología*), Alberto Villanueva Alvarado (*La competencia judicial en los accidentes de tránsito*), y Juan Gualberto Altamirano G. (*Profilaxis de la delincuencia de menores*), ésta última aparecida en la Revista Jurídica del Perú, año XX, núms. III-IV, Lima, 1969, pp. 73 a 79.

En lo que atañe al Derecho Penal Peruano que generosamente ha querido el profesor Alonso Peña Cabrera le antepongamos estas breves líneas, es de advertir que sin dificultad puede en él encontrarse no sólo basta información, crítica, serena, sesuda reflexión, ejemplos plásticos, sobrio uso del aparato bibliográfico y de las citas, coherencia discursiva y dominio de cada uno de los temas que integran *los 37 capítulos*, sino, además, modernidad en la orientación que da a la teoría jurídica del delito y destreza expositiva; a ésta última, particularmente, son debidas la fácil lectura y la no menos asequible comprensión del voluminoso Tratado que, indudablemente, tesauriza tanta sabiduría, desprendimiento y la mejor de las intenciones de ser, estamos seguros, útil a nuestros contemporáneos y a las futuras generaciones. Dado el empeño puesto por el autor para componer su obra, no extraña que figure entre las más eurítmicas de las de su clase y que, a un tiempo, lleve pertinentes citas de autores antiguos (Cesare Beccaria, Karl Binding, G. Carmignani, Ángel Gustavo Cornejo, Anselm von Feuerbach) y modernos (Luis Bramont Arias, Joaquín Cuello Contreras, Luis Gracia Martín, José Hurtado Pozo, Günter Jakobs, Manuel de Rivacoba, Javier Villa Stein, Felipe Villavicencio, Víctor Prado Saldarriaga, Luiz Regis Prado, Luis Roy Freyre y, entre otros, Zaffaroni) que la enriquecen considerablemente.

Arequipa, 2007, julio, 14.

Julio Armaza Galdos

*Profesor de Derecho Penal en las Universidades
Nacional de San Agustín y Católica de Santa María.*

PRESENTACIÓN A LA TERCERA EDICIÓN

No es *baladí* sostener, que la era de la post-modernidad, coloca a la ciencia del Derecho penal (*dogmática jurídico-penal*), en toda una encrucijada, conforme al avance imparable de una política criminal, que de forma «aguda» y «omnicomprensiva», se orienta a un discurso esencialmente *punitivista*; que de cuño, tiende a desconocer y contradecir –en algunas veces–, los principios legitimantes de la *violencia penal institucionalizada*, anclada desde los valores de un «Estado Constitucional de Derecho», que fueron gestándose desde el siglo XIX, mediando la aparición del «Estado Liberal».

En estas líneas primeras, queremos destacar, que el rumbo definido por el legislador, en el umbral del Tercer Milenio, parte de una lógica-conceptual, que hace añicos la concepción del «Derecho Penal Mínimo»; entiendo este último, como un sistema compaginador de una serie de garantías –tanto de orden material como procesal–, encauzado a final de la Segunda Guerra Mundial, sostenido en una proyección *ius-humanista*, en cuanto al reconocimiento del contenido esencial de los derechos fundamentales, que la política criminal ha de respetar en estricto, cuando plantea las reformas penales en el derecho positivo vigente.

Es de verse también, que la redefinición de la política criminal, con ello, los planos dogmático de la teoría del delito, se van visto reelaborados, no por motivos en puridad políticos, sino por el propio dinamismo y evolución de la *sociedad, el Estado y el individuo, en cuanto a sus diversas relaciones configurantes; estado de la cuestión, que ha supuesto, abandonar las teorías retributivas del castigo, para asumir una dirección reforzadamente preventiva; lo que incide de forma concreta, en nuevos ámbitos de protección punitiva, que se alejan de la visión clásica y convencional del Derecho penal, encauzando los brazos tuitivos hacia la imagen de los bienes jurídicos supraindividuales, adscribiéndose a la corriente de la modernización del Derecho penal.*

El «Derecho penal clásico», tenía como núcleo de la acriminación de las conductas, los bienes jurídicos individuales, inclinados sobre todo, en la tutela de la propiedad, es decir, en protección de las clases altas, donde los sujetos

criminalizables, eran lo sujetos pertenecientes a las clases socio-económicas bajas, con ello, no se garantizaba la vigencia real y material, del principio de igualdad; a partir de esta descripción, emergen en escena, las corrientes criminológicas marxistas, de izquierda, algunos movimientos progresistas, que alzarón su voz de protesta, en pos de construir un sistema jurídico-estatal igualitario.

Como expresa DONINI, un Derecho penal históricamente liberal y no mítico, aquél verdaderamente realizado en las sociedades del s.XIX, estaba tan atento a la tutela de las condiciones esenciales del *status quo*, de sus desigualdades, eran tan poco propulsor y tan «conservador», que impedía el cambio social. Éste era por definición, un Derecho desigual¹.

Conforme los postulados mencionados, se identifican dos modelos de política criminal, con sus propios matices y particularidades («Garantismo» y el «Völkisch»), cuya influencia marca una pauta importante, en la construcción del Derecho penal vigente; en la correspondencia de sistematización que debe existir entre la formulación de la política criminal, con los dictados basilares de una dogmática jurídico-penal, cuya legitimidad se construye según las valoraciones intelectivas, científicas e interpretativas, que apunten a un norte reductivo de la violencia penal institucionalizada, sin que ello signifique entender, que la intervención del Derecho penal, no pueda extenderse a otros ámbitos del sistema social, no imaginables desde la estructura científica-filosófica del Derecho penal liberal, que algunos científicos, apelan a ultranza, para poner reparos a la modernización del derecho punitivo.

A decir, de ZAFFARONI, la Política Criminal «*Jus-Humanista*» se instrumenta a través de la presencia y centralidad del ser humano dentro del discurso penal, es decir, mediante la presencia de «*Humanitas*» en el Derecho Penal, ya que si falta humanitas, los humanos son intercambiables y, por ende, su eliminación o conservación es una cuestión de costo/ beneficio para el poder².

Debemos hacer mención, también, a que algunos de estos modelos de política criminal, no necesariamente, encuentran basamento en los elementos intra-sistemáticos, de alguna doctrina penal, al manifestar un utilitarismo político, desprovisto de toda *base científica racional, de toda legitimación dogmática, sino que se elabora desde un confín de planeaciones sectoriales, político-partidarias, cuyo único fin es de extender un mensaje de dureza punitiva hacia el colectivo, sobre todo en coyunturas histórico-sociales, donde la sociedad se ve conmocionada con la violencia extrema, que algunos individuos exteriorizan en su proceder delictivo, sobre todo en el núcleo de los bienes jurídicos fundamentales; un discurso maximalista y eficientista del Derecho penal, que es bien*

1 MASSIMO DONINI; *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*. ARA EDITORES, Lima, 2010, cit., ps. 70-71.

2 ZAFFARONI, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*. EDiAR, Buenos Aires, 2006, cit., p. 259.

canalizado por las fuerzas políticas-partidarias, en tiempo electoral, como se devela en el escenario nacional.

Esta Política Criminal *Völkisch*, encontró sus génesis y antecedentes en un modelo político —escribe CHRISTIAN SUERO—, en un modelo político criminal de carácter científico jurídico que permitía otorgar un discurso coherente a nivel interdisciplinario para exhibir un esquema en un Derecho penal expansivo o modelo político-criminal inflacionario³.

En última instancia este modelo político-criminal, desemboca en un modelo político-criminal autoritario que recurriría a discursos político-criminales en particular como lo son: la administrativización del Derecho penal; el *panpenalismo*, la expansión del Derecho penal o del Derecho penal de segunda velocidad; o el Derecho Penal del Enemigo o Derecho penal de tercera velocidad y el *neopunitivismo* o Derecho penal de cuarta velocidad⁴.

Bajo esta descripción del estado de la cuestión, se pretende también, sobredimensionar el papel de la víctima en el Sistema Penal, como la palanque perfecta, para justificar el endurecimiento del derecho punitivo y así contar con una plataforma de mayor legitimidad social. Así, Díez RIPOLLÉS, al sostener la preeminencia obtenida por los intereses de las víctimas y el populismo han dado respetabilidad social a ciertos sentimientos cuya demanda de satisfacción, en otros tiempos, se comprendía pero no se entendía; me refiero a los sentimientos de venganza, tanto de las víctimas y sus allegados como de la población en general⁵.

En este contexto, hay quienes aluden a la existencia de un *derecho penal moderno* o un *derecho penal posmoderno* o un *nuevo derecho penal* y que la nota esencial de este *moderno* derecho penal para afrontar aquellos problemas es la idea del *antigarantismo*, el abandono de los principios político-criminales de garantía siguiendo una tendencia universal de búsqueda de eficacia al menor costo que convierte al derecho penal de *ultima ratio* en un sistema de *prima ratio* y, en muchos casos, de *sola ratio*⁶.

Nuestra posición acerca, de una política criminal, propia de la era de la modernidad, debe ser entendido, con arreglo a las nuevas estructuras sociales, en el sentido de que la aparición de nuevos ámbitos de intervención del Derecho penal, no necesariamente supone una dirección incompatible, con las garan-

3 CHRISTIAN SUERO, C.; *La Política Criminal de la Posmodernidad*. Ediciones Jurídicas del Centro, cit., p. 49.

4 CHRISTIAN SUERO, C.; *La Política Criminal de la Posmodernidad*, cit., p. 50.

5 Díez RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 83; citado por CHRISTIAN SUERO; *La Política Criminal de la Posmodernidad*, cit., p. 52.

6 RIQUERT, MARCELO A.; *Crisis Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2007, cit., p. 21-22.

tías privativas de un Estado Constitucional de Derecho, de acuerdo a los *finés preventivos de la pena*; una cosa, es pretender justificar una mayor dureza del Derecho penal, a través de estados psíquico-emotivos de la sociedad, dando lugar a expresiones normativas que no tienen a un hecho, como plataforma material de disvalor del injusto; y, otra muy distinta, perfilar el discurso político criminal, sobre las nuevas necesidades y demandas de la sociedad, en cuanto a la elaboración normativa, de nuevos elementos dogmáticos, como los bienes jurídicos supraindividuales, como los delitos contra el orden económico, el medio ambiente⁷ o la salud pública.

Existe, en realidad, en todas las críticas al Derecho penal «moderno» (o a un Derecho penal «máximo»), un núcleo de *filosofía retributiva implícita, disimulada bajo un garantismo penal*. Existe un núcleo duro de Derecho penal «eterno» que se justifica por sí sólo sin necesidad de recurrir a consideraciones teleológicas, de fines. Es el Derecho penal «clásico» o bien el Derecho penal «mínimo»⁸.

En resumidas cuentas, hemos de distinguir, la política criminal del Völkisch, del maximalismo punitivo del «Derecho Penal del Enemigo», de la denominada *modernización del Derecho penal*, que se sustenta en los cometidos preventivos de la sanción punitiva, entendidos desde una plataforma «funcional», de ajustar los fines del nuevo modelo sociológico a las valoraciones de político criminal; se reformulan así los contenidos de las categorías de la teoría del delito, mediando las técnicas del tipo penal de peligro abstracto así como la elaboración normativa de los bienes jurídicos supra-individuales; donde la diferenciación, parte de que las primeras posiciones conceptuales mencionadas, importan el desmantelamiento de las garantías materiales y procesales, en cambio el segundo fenómeno, debe respetarlas, mediando un criterios de ponderación y de justificación a la vez, tal como lo hemos apuntado en el desarrollo de la presente investigación.

En palabras de MASSIMO DONINI, (...) que si la extrema ratio pretende ponderarse con el principio de igualdad, además de con aquél (o si queremos con la tarea) de tutela de los bienes jurídicos, debe aprender la *técnica de la diferenciación*, del claroscuro, de la flexibilidad, exactamente para una intervención puntual e igual, que los toscos guantes del Derecho penal clásico, su inflexibilidad aparentemente garantista, jamás han adoptado realmente⁹.

7 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*. T. IV, IDEM-SA, Lima, 2010, cit., ps. 185-198.

8 MASSIMO DONINI; *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit., p. 68.

9 MASSIMO DONINI; *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit., p. 73.

Ahora bien, si seguimos el discurso, conforme a la descripción de la política criminal moderna, en cuanto a la «Globalización del Derecho penal», entramos a un plano propio de la legalidad, como garantía fundamental de un Estado de Derecho, donde los delitos y las penas, sólo pueden ser el manifiesto del dictado de una Ley, del poder sancionador de la acriminación del poder legislativo; en cuanto a la procura de la seguridad jurídica de los justiciables, de evitar un poder penal «omnicomprensivo», como mecanismos de interdicción a todo viso de arbitrariedad pública, impidiendo la penalización de conductas que no se encontraban catalogadas como *delictivas*, *al momento de su comisión u omisión*.

No obstante lo anotado, convenimos que el principio de «legalidad», ha sido objeto de una *flexibilización y/o relativización*, producto de la deficiente técnica legislativa del legislador, al momento de definir la sanción de los comportamientos delictivos, en cuanto a una evidente ruptura con los principios de «culpabilidad», «lesividad» y «proporcionalidad»; incidiendo en una crisis del *positivismo jurídico*, donde la aplicación e interpretación de la ley penal, no puede tomar lugar desde un ámbito estricto de la literalidad, importa una valoración basada en los principios jurídico-constitucionales, en cuanto a la corriente del «neo-positivismo».

Se dice ahora, que la Ley ya no es, como teóricamente fue concebida en el Estado Liberal, expresión de la voluntad de todos, sino que se ha convertido en el fruto de experiencias e intereses parciales/sectoriales de la sociedad – pese a su afirmada generalidad- facilitada por la representación política de los partidos. Asimismo la Ley ha dejado de ser sancionado de ámbitos de libertad esencial para convertirse en instrumento de invasión de todos los espacios del sujeto, motivo por el que éste ha de defenderse contra la Ley¹⁰.

En el ámbito estrictamente punitivo, vemos que la dación continúa e imparable, de reformas legales, avizoran un legislador muy atento a las demandas sectoriales, en cuanto a la penalización de conductas, que aparecen en contextos coyunturales, mediando hechos de sangre, que magnificados y sobredimensionados por los medios de comunicación social, inciden inmediatamente en la respuesta legislativa y del Poder Ejecutivo, intensificando los marcos penales, incluyendo un mayor número de circunstancias agravantes así como la inclusión de nuevas figuras delictivas, sin interesar que dichas reformas, resulten compatibles con los principios ordenadores y sistematizadores del Derecho penal, dando lugar al “populismo penal”.

10 PEDRAZ PENALVA, E.; *Derecho Procesal Penal*, EDITORIAL COLEX, Madrid, 2000, cit., ps. 80-81.

Las garantías, por cuanto incorporadas en las constituciones, se configuran no sólo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de sus concretas decisiones penales, escribe Ferrajoli¹¹.

La ciencia jurídica no puede entenderse, apunta ATIENZA, sólo en términos descriptivos puros, sino también críticos y prospectivos: su función esencial es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de los derechos (...). Y la jurisdicción, en la medida que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes, de conformidad con la Constitución, incorpora también un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica¹².

Siguiendo, el hilo conductor, vemos que se ha instituido como una fuente importante de interpretación normativa, los denominados «Precedentes Vinculantes», que dicta el Tribunal Supremo en materia penal, a partir de la introducción del artículo 301º-A al Código de Procedimientos Penales, vía el Decreto Legislativo Nº 959 de agosto del 2004¹³.

Ya no se puede decir, ahora, que nuestro Sistema Penal es netamente *legalista o positivista*, pues la extrapolación a nuestro Derecho penal, del instrumento de la *jurisprudencia vinculante*, define un nuevo ámbito de resolución de los casos penales, mediando los cánones interpretativos del Tribunal Supremo¹⁴, que si bien no es legislador positivo, a la postre se convierte en fuente de aplicación del derecho vigente¹⁵.

11 FERRAJOLI, L.; *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell, cit., p. 197.

12 ATIENZA, M.; *Constitución y Argumentación*. En: Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador del Derecho. IDEMSA, Lima, enero del 2010, cit., 63.

13 Normativa encaminada a adecuar el sistema procesal penal al nuevo Código Procesal Penal, propio de un modelo adversarial, perfilado y asentado en el principio Acusatorio, cuyas raíces no son del derecho continental europeo, sino precisamente del *common law*, en cuanto al litigio de las partes confrontadas, según el principio de Igualdad de armas y de conceder al persecutor público (Fiscal), amplios poderes de negociación con la defensa del imputado (*plea bargaining*), en cuanto a los mecanismos alternativos al proceso común, tal como se desprende del Libro V del nuevo CPP.

14 El Tribunal Constitucional, al amparo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional – Ley Nº 28237, cuenta también con la potestad de emitir “jurisprudencia vinculante”, de obligada aplicación por los órganos jurisdiccionales que administran justicia en materia criminal, cuando así se precisa en el extremo de su efecto normativo.

15 Sobre este punto HENDLER y GULLCO, manifiestan al respecto, que mientras que los textos de las normas legales con los que frecuentemente se intenta hacer una tarea comparativa resultan marcadamente insuficientes para ese propósito, los fallos dictados en casos concretos ofrecen, en cambio, una posibilidad de comparación mucho más vital; *Casos del Derecho Penal Comparado*, IV.

La influencia del *Derecho anglosajón* al Derecho penal peruano, es imminente, donde la versatilidad, agilidad y practicidad, de cómo se resuelven las causas penales, es tal vez, uno de los fundamentos relevantes, para que el Perú haya adoptado esta orientación de política criminal. Empero, ello no puede de ningún modo, entender, que la dogmática jurídico-penal haya sido dejada de lado; todo lo contrario, el ocaso del *positivismo*, ha supuesto la aparición del *neo-constitucionalismo*, del *neo-positivismo*, de la posibilidad del juzgador, mediando un test de proporcionalidad (*ponderación*), preferir la norma constitucional a la norma legal, lo que se condice con la racionalidad que reviste la dogmática al Sistema Penal.

Rene David, en lo concerniente a la comparación de ambos sistemas jurídicos, mediando la clasificación de las familias románico-germánica, y del *common law* por el otro, aparte de señalar que la diversidad de contenido de las reglas de derecho en los distintos grupos es mucho menor si se atiende a los elementos fundamentales que hacen a su interpretación, menciona también la posibilidad de una familia de derecho occidental comprensiva de ambas¹⁶.

En dicho tenor, es de verse también, que los tribunales nacionales, toman muy en cuenta, las decisiones (sentencias), emitidas por los Tribunales Internacionales de justicia, v.gr., la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Cortes Penales Internacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, inclusive los dictados de los Tribunales Constitucionales de otros países. No olvidemos, que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, dispone que *las normas relativas a los derechos y libertades que ella reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú*.

Por su parte, la imputación «jurídico-penal», supone un juicio de atribución, de una conducta (*injusto penal*) a un sujeto (*autor - penalmente responsable*); juicio de valoración, que desborda un plano meramente formal de "tipicidad penal" y de "antijuridicidad penal", en la medida que definir cuando es un sujeto responsable, de lesionar o haber lesionado un bien jurídico, debemos penetrar a una dimensión que no puede ser explicada, estrictamente a un nivel normativo, sino también sociológico (criminológico) y ontológico (*del ser delincuente*). A lo dicho, cabe agregar, lo anotado por Feijóo Sánchez, al sostener (...) que no se trata, (...), sólo de que los individuos no pueden ser directamente influenciados por las normas penales o desconozcamos si lo son, sino que si el orden jurídico parte de la idea normativa de la autorresponsabilidad y la autonomía, las nor-

16 Citado por HENDLER, E.S./ GULLCO, H.V.; *Casos del Derecho Penal Comparado*, V.

mas no pueden más que influir en los ciudadanos indirectamente cumpliendo una función informativa sobre los límites de actuación en la vida social¹⁷.

En palabras de KAI AMBOS, (...) no puede negarse que el Derecho Penal descansa sobre determinadas premisas filosóficas de validez universal y que estas premisas juegan un papel muy importante en limitar los excesos de una teoría puramente normativa del Derecho Penal. Una de esas premisas se refiere a la doctrina de la acción humana y establece que los seres humanos, a diferencia de los animales, poseen una habilidad específica para determinar su conducta, independientemente de las cualidades y esencia de esa habilidad; esto es, ya sea volitiva en el sentido finalista, cognitiva o meramente consciente¹⁸.

¿Porqué resulta necesaria, entonces, la *dogmática*? 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 pautaación 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 judiciales¹⁹.

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*

17 FEIJÓO SÁNCHEZ, B.; *El futuro de la dogmática jurídico-penal: Del paradigma de la motivación al paradigma de la comunicación*. En: Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, cit., 287.

18 AMBOS, K.; *Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*. En: Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal, cit., ps. 48-49.

19 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, cit., ps. 105-106

puede considerarse como un presupuesto asumido en los sistemas jurídicos desarrollados en los países de Europa continental²⁰.

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 intra-sistemática 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.

En palabras de Gimbernat, en un auténtico Estado social y de Derecho la dogmática es (...), un instrumento imprescindible para mantener el Derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica²¹.

La líneas argumental planteada, es la hemos seguido en el desarrollo de la presente obra, que tiene como puntuales a la «teoría del delito» y la «teoría de la pena», en cuanto eslabones jurídicos, que si bien examinadas desde un plano de rigor científico (*dogmático*), se complementa con la reflexión de política criminal, importante para hacer penetrar en el análisis, estimaciones preventivas; habiéndose aparejado al estudio, las decisiones del tribunal Supremo, sobre todo, en el marco de la teoría de la pena, donde toman lugar, los presupuestos a tomar en cuenta, en el ámbito de la «determinación judicial de la pena» y en el marco de la «individualización de la pena», de hacer de la sanción punitiva, una respuesta ponderada y razonada del Estado, alejada de toda idea de venganza, mas bien, como una expresión enblemática de justicia.

No queda más que agradecer, a quienes coadyuvado a esta ardua labor, en específico al editor así como a Sylvia Castillo Meza y a Gonzalo Peña Freyre, por su colaboración en la revisión ortográfica y conceptual del texto; avizorando un plano fecundo de discusión, desde todas las tribunas de la juridicidad peruana.

Lima, enero del 2011.

Alonso R. Peña Cabrera Freyre
Profesor de la Maestría de Ciencias Penales de la U.N.M.S.M.

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

21 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*. ARA Editores, Perú, 2009.

**TEORÍA GENERAL
DEL DELITO**

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL - APROXIMACIÓN AL TEMA

Sumario: 1. Concepto de Derecho Penal. 2. Derecho Penal Objetivo y Derecho Penal Subjetivo = Derecho a Penar. 3. El Derecho Penal como Disciplina Científica. 4. Política Criminal. 5. El Derecho Penal como Medio de Control Social. 5.1 *Medios de Control Social Informales*. 5.2 *Medios de Control Social Formales*. a. *Criminalización Primaria*. b. *Criminalización Secundaria*. 6. El Desborde de la Justicia Popular, como Estado Fenoménico que se Adscribe en la Crisis de la Violencia Punitiva Institucionalizada.

1. CONCEPTO DE DERECHO PENAL

A lo largo de la historia de la humanidad, el hombre siempre ha necesitado de medios e instrumentos de control de la conducta desviada, a fin de ejercer el orden y la tutela de los bienes jurídicos fundamentales; de regentar una vida en sociedad, basada en la sanción de normativas y/o prescripciones.

A comienzos de la era humana, el prototipo del hombre, venía constituido por reacciones palmariamente primarias, producto del incipiente desarrollo de la intelectualidad del individuo, a la fuerza que se ejercía sobre un bien proseguía otra fuerza cuya reacción podía ser de mayor intensidad, quiere decir, que la violencia que desencadenaba la realización de una determinada conducta, no estaba sujeta a limitaciones ni a criterio alguno que defina su racionalidad y ponderabilidad. De suerte que en las estructuras sociales más remotas, no podemos hablar de Derecho penal en sentido estricto de la palabra, sino de la venganza privada, cuyo instrumento de reacción era detentada por cualquier individuo. La caracterización de esta época era marcada por la Ley del Talión, consolidándose la venganza privada, que habría de asumir una configuración individual o autoritativa.

La Ley del Talión, se funda en el principio: «diente por diente y ojo por ojo», representando en el Derecho penal una primera limitación al exceso de la

venganza privada. Este principio consistía en compensar al agraviado con un daño igual o equivalente al causado por el ofensor¹.

Claro está, que en estas estructuras sociales primarias, también contaban con jefes de tribus o de líderes espirituales, que fueron apropiándose de este derecho, creando ordenaciones a las cuales debían someterse el resto de los individuos.

La violencia punitiva era producto de la irracionalidad humana, como manifiesto de un ser humano cuya existencia sólo estaba dirigida a sobrevivir y a satisfacer sus necesidades básicas. La estabilidad de los bienes se garantiza, no cada vez que hay que defenderlos frente a la agresión concreta, sino por el hecho de que se conozca que, en caso de agresión, habrá respuesta². Puede decirse que hasta en estas organizaciones humanas primarias, se desprendía una orientación a la estabilidad de un orden, la necesidad de hacerse de reglas para preservar el *statu quo*. Sin duda, el origen del Derecho mismo lo hallamos en el Poder, cuando el hombre pretende dominar la conducta de su prójimo, surge la necesidad de crear una ordenación reglada de comportamientos, a fin de ejercer un control que le permita perennizarse en el poder. Es el análisis de la materia de las normas, de las relaciones entre hombres, de la vida social humana, como contenido de las normas primarias, de las normas de conducta, aunque también las normas de organización regulan muchas veces conductas humanas (...),³ son las propias relaciones humanas que son recogidas de forma valorativa por una norma jurídica, a fin de establecer su prohibición o su imperativo de realización.

Sin embargo, no fue hasta la época Medieval o mejor dicho con el Imperio Romano, que se fueron gestando las primeras manifestaciones del Derecho como positivización de un orden superior. Primero, el Derecho civil a fin de regular las diversas relaciones entre los ciudadanos romanos, la condición de súbditos, la esclavitud, la servidumbre y otras manifestaciones que eran características del Poder que habría de fundar un sentido imperativo a las relaciones humanas. La pena fue llamada venganza pública por los jurisconsultos romanos, pues aquella venganza que en el estado de naturaleza ejercía el brazo privado del ofendido, en la ciudad la inflige la autoridad pública⁴⁵.

- 1 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. AFA Editores Importadores S.A., Tercera reimpresión, Lima-Perú, 1988, cit., p. 50.
- 2 CARBONELL MATEU, J.C.; *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales...*, cit., p. 28.
- 3 PECES BARBA, G.; *Introducción a la Filosofía del Derecho...* cit., p. 269.
- 4 PAGANO, M.F.; *Principios del Código Penal*. Traducción al italiano por Eugenio Raúl ZAFFARONI. cit., p. 45.
- 5 Se menciona que el Derecho penal romano, es dividido en tres épocas: a.-Delitos públicos y delitos privados; b.-La lex Valeria impone la pena capital (*suplicium*); y, c.-Nace el

De todos modos, vale aclarar, las primeras codificaciones o sistemas reglados de comportamiento, no estaban inspirados en un ideal de Justicia, sino de orientar el comportamiento humano a los fines del Régimen.

El origen de las ciudades luego de la caída del Sistema feudal, hizo aparecer la formación de los Estados, bajo la dirección omnipresente del Soberano, del Príncipe como representante de Dios sobre la tierra que habría de guiar el destino de los mortales, las normas del Rey eran entonces expresión fiel de las normas divinas, tal como se concebía desde el *iusnaturalismo*. El orden jurídico es superior, perfecto e inconvencible, en cuanto recoge las normas de un ente superior, como perfección que habría de imitar las relaciones entre los hombres.

¿Cuándo puede decirse con propiedad que nace el Derecho penal? Siguiendo, a MAIER, diremos que el Derecho penal como instrumento de reacción formal del Estado, nace con la creación de los Estados Nacionales, precisamente con BECCARIA, con la sanción de todo un cuerpo de normas, que se estructuran modelos de comportamiento, y que prevén sanciones severas para sus infractores. La cúspide de las ideas de este gran pensador e ideólogo, se plasmaron en forma prodigiosa en su famosa obra «De los delitos y las penas». Todas estas inquietudes iluministas, tanto de crítica como de reforma, plasman, a modo de compendio de ideas minoritarias expuestas con claridad a las mayorías, en el libro *Dei delitti e delle pene* que en el año 1764 publicara CESSARE BONESSANA, Marqués de BECCARIA.⁶

La corriente de la Ilustración produjo toda una renovación filosófica en el pensamiento jurídico, que se reflejó de forma concreta en la monopolización de la violencia punitiva por parte del Estado.

El contrato social de ROUSSEAU, el corporativismo o el comunitarismo en su mejor expresión significó el umbral de racionalidad humana, en cuanto a la organización de los mecanismos de control social. Los fines, es decir, la teleología del nuevo sistema, eran reconducidos a los propios fines del Estado. Su preservación, ordenación como tal enlazados con el Poder, así como el reconocimiento de otros bienes cuya titularidad se atribuía a los ciudadanos, esto es, la libertad y la dignidad humana habrían de constituirse en el sillar edificativo de esta construcción normativa. La violencia punitiva deja de ser privada y se convierte en pública, los individuos renuncian a ese poder fáctico de reaccionar ante la conducta desviada y la ceden de forma colectiva a favor del Estado.

delito extraordinario (*crimina extraordinaria*), que es una figura entre el delito privado y el público, donde la sanción era impuesta por el Magistrado, ya que esta clase de delito no está regulado en la Ley.

6 SAINZ CANTERO, J. A.; *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*. cit., p. 49.

La justicia se convierte en justicia pública en el momento en que la autoridad toma en sus manos la organización de la represión y la víctima a diferencia de lo que acontece en la etapa de la venganza, aparece relegada a un segundo plano⁷.

Convenimos, que el desarrollo evolutivo de la racionalidad humana significó la instauración de mecanismos formales de reacción ante la conducta desviada, como expresión más resaltante de la civilización, que se despoja de la idea pura de retribución para acoger instrumentos de pacificación social, no sólo desde la modulación de una ordenación material y objetiva, sino también la institución de un procedimiento para su concretización individual (Proceso Penal). A la relación binal (ofensor-víctima) que se entablaba en el *tus talionis*, se estructura ahora una relación triangular (ofensor-Tribunales-víctima), cuyo punto de enlace es asumido por el Estado, revestido de legitimidad y de legalidad. El Estado arrebató a la víctima de la pretensión punitiva, y se convierte en el titular absoluto del *ius puniendi*, bajo los postulados de legalidad y de oficialidad, a partir de un poder-deber indelegable e irrenunciable.

La caída del Antiguo Régimen supuso todo un vuelco en el aparato de persecución penal y en la formalidad u objetividad de las normas penales, con el reconocimiento del principio de legalidad, que habría de actuar como control y límite del poder punitivo. El oscurantismo del Antiguo Régimen se plasmaba en lo oscuro y ambiguo en su codificación, presa de la ansiedad por detentar el control omnímodo de todos los poderes del Estado, entre éstos el poder represivo que era utilizado como ejercicio más intenso de la soberanía estatal. (...) Las ideas reformistas fueron asimiladas por quienes tenían en sus manos tan importante misión, por lo que el movimiento codificador se caracteriza tanto por su intento de unificar las leyes penales como por el de reformar el sistema, estableciendo garantías individuales en el Derecho Penal sustantivo y en el proceso penal⁸. Siendo así, los derechos inherentes al individuo, como la libertad y la dignidad humana reorientan los cauces de la política criminal, cuyo tránsito hasta nuestros días ha significado elevar las normas de *ius cogens* al umbral de toda la pirámide normativa.

El Derecho penal, como disciplina científica, comprende una serie de aspectos, que fluyen en un ámbito estrictamente normativo, pero sus elementos componedores del análisis hermenéutico son legítimos, en cuanto se sujeten a los principios rectores que orientan la intervención del derecho punitivo en la Ley Fundamental.

7 POLITOFF L.S./ MATUS A. J.P./ RAMÍREZ G., María Cecilia; *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General...* cit., p. 22.

8 SAÍNZ CANTERO, J. A.; *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución.* cit., p. 60.

El texto *ius fundamental* importa una simbolización de los valores de más alto valor en un orden democrático de derecho, por eso se dice con corrección que el Derecho penal debe seguir la fuente inspiradora y legitimadora que le proporciona la Carta Política. Adecuación normativa que se materializa en la idea constructiva del bien jurídico, definiendo aquellos bienes o intereses que son merecedores de tutela penal. Orden jurídico-penal cuya legitimidad está condicionada a la exclusiva protección de bienes jurídicos importantes en base a un criterio de ofensividad social. De tal forma, que en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, no se puede extender la fuerza represiva de la coacción estatal sobre comportamientos que sólo encierran una desvaloración ética o moral, que sólo responden a determinados intereses de sectores interesados de la sociedad. De ahí, el carácter subsidiario y fragmentario del *ius puniendi*, dejando a las demás parcelas del orden jurídico la tarea de regular o de sancionar este tipo de conductas.

En un orden democrático de derecho rige la tolerancia y el respeto a la pluralidad ideológica, no se pueden reprimir las ideas, las posturas de vida o determinado estatus criminológico, pues, si estas conductas no exteriorizan efectos lesivos hacia bienes jurídicos, el Derecho penal no puede intervenir, pues, la pena está reservada para las conductas que encierran una alta reprobación jurídica y social. Si además el Derecho penal lo es de un Estado democrático y, por consiguiente, pluralista, ha de admitir como buenas todas las conductas, aun los actos exteriorizados, que no sean lesivos para los intereses ajenos: las conductas que no agreden, que no son trascendentes, en sentido negativo, para la libertad de los demás, han de ser irrelevantes⁹. Por consiguiente, unas de las conquistas más valiosas del Derecho penal liberal, acuñadas por Kelsen, fue el de separar la moral con el derecho, y despojando a los tipos penales de contenidos metajurídicos que no se condicen con los principios ordenadores del derecho punitivo.

La función del Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, consiste en mantener una coexistencia pacífica entre los ciudadanos, una ordenación de vida donde impera la libertad y la igualdad, no sólo desde una perspectiva formal sino también de trascendencia material. Por debajo de la pluralidad de formulaciones, el concepto material del Estado de Derecho se caracteriza por el hecho de que el poder del Estado se entiende como vinculado a determinados principios y valores superiores del Derecho, así como porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende ya como orientado primariamente a asegurar las garantías formales de la libertad, sino a establecer una situación jurídica justa en sentido material¹⁰.

9 CARBONELL MATEU, J. C.; *Derecho Penal*..., cit., p. 31.

10 WOLFGANG BOCKENFÖRDE, Ernst; *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, cit., p. 40.

El Derecho -como una ciencia social- se orienta a regular las relaciones intersociales, con un sentido teleológico definido: asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos y de propiciar espacios de participación de aquellos en los diversos procesos sociales; en suma, a fomentar la paz social entre los comunitarios. Para RADBRUCH el Derecho es la ciencia que versa sobre el sentido objetivo de un ordenamiento jurídico positivo¹¹, donde su objeto son las normas jurídicas, como valores que dan un sentido objetivo a la creación de las mismas, cuyos cometidos esenciales, son la interpretación de las normas, la definición de Instituciones jurídicas y la sistematización de un conjunto ordenado de conceptos. Inmersos en el ordenamiento jurídico, el Derecho penal ocupa una función primordial, que es de tutelar los valores fundamentales -tanto del individuo como del colectivo-, ante los ataques humanos más intolerables, aquellos insostenibles para una vida comunitaria de pleno respeto hacia los bienes jurídicos de terceros.

En palabras de MAIER, el Derecho penal implica la facultad más importante del legislador, o del ordenamiento jurídico, para ejercer el poder, pues la pena estatal y su realización a través del Derecho procesal penal representa el medio más riguroso y drástico, esto es, la mayor injerencia de los derechos fundamentales que legitima el ordenamiento jurídico como reacción en cadena del Estado contra la lesión de sus normas básicas¹².

En tanto, que para LUZÓN PEÑA, el Derecho penal es una rama, parcela o sector del Derecho u ordenamiento jurídico general; concretamente, el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente y les asignan, como consecuencias jurídicas más importantes, penas o medidas de seguridad¹³. De ahí, la necesidad de asignarle un carácter subsidiario y de *ultima ratio* al Derecho penal, de únicamente acudir a sus derroteros sancionadores cuando las otras esferas del ordenamiento jurídico se toman en inoperantes y de seleccionar sólo aquellas conductas más disvaliosas del ámbito social, es decir, de intervenir lo menos posible en la esfera de libertad de los ciudadanos, como una garantía legítima en un Estado Constitucional de Derecho.

En nuestras propias palabras el Derecho penal *es aquella parcela del ordenamiento jurídico-público, privativa de la sanción pública más grave, esto*

11 RADBRUCH; *Filosofía del Derecho*. Traducción de José Medina Echevarría, Madrid, 1933, p. 145.

12 MAIER, Julio B. J.; *¿Es posible todavía la realización del Proceso Penal en el marco del Estado de Derecho?*. En: "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales - Homenaje al profesor CLAUS ROXIN". Marco Lerner Editora Córdoba. Córdoba, República Argentina, 2002, p. 783.

13 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Primera reimpression. Editorial Universitas S. A. Madrid, 1999, p. 48.

es, la pena como reacción jurídico-penal que recae sobre aquel infractor que mediante un obrar culpable ha lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados. Por consiguiente, en el ámbito del derecho punitivo se identifican dos elementos indisolublemente ligados entre sí: el delito y la pena como relación asociativa que se plasma en la norma jurídico-penal. Las normas penales comprenden en su ámbito regulador, una norma de conducta y una norma de sanción, como colofón del principio de legalidad.

Particularmente resulta de relevancia hacer una distinción del Derecho penal como expresión palmaria del orden jurídico, de aquella dimensión esencialmente exegética que se traduce en la dogmática jurídico-penal. Así, SÁINZ CANTERO, quien reserva la etiqueta "Derecho penal" para el conjunto de normas jurídicas que determinan las conductas que constituyen delitos o faltas y establecen sanciones penales para quienes la realizan, y denominar "Ciencia del Derecho Penal" a la disciplina que tiene por objeto el estudio del conocimiento científico de las normas¹⁴.

El objeto del derecho penal, ofrece dos aspectos fundamentales: a) determinar qué conductas están prohibidas conminándolas con la imposición de una sanción, y b) precisar la gravedad y modalidad de la pena o medida de seguridad que corresponde imponer¹⁵.

En el primer momento valorativo, se precisa de una determinación legal, que se materializa mediante la confrontación de la conducta incriminada con los alcances normativos del tipo penal; en concreto, para esta función el principio de legalidad despliega una labor de primera línea, fijando los cauces de interpretación normativa (proscripción de analogía *in malam partem*).

El nivel esbozado, apunta a un juicio estrictamente formal de la conducta prohibida o mandada (juicio de tipicidad); y en el segundo nivel, supone el ámbito de determinación judicial de la pena correspondiendo una pena al infractor penalmente responsable, y una medida de seguridad al infractor que por diversos motivos es declarado inimputable (capacidad de culpabilidad). Es en este nivel donde se gradúa la intensidad de la reacción punitiva en razón al grado de afectación al bien jurídico tutelado, a la energía criminal desplegada por el autor y al grado de reproche culpable. En la determinación de la pena tiene lugar ante todo una graduación cuantitativa que atiende a la respectiva importancia del delito cometido.¹⁶

14 SÁINZ CANTERO, J. A.; cit., p. 13.

15 ROXIN, C./ ARZT/ TIEDEMANN, K.; *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal* cit., p. 20.

16 FREUND, G.; *Sobre la función legitimadora de la idea...*, cit., p. 99.

Ahora bien, se ha entendido que el Derecho penal importa una reacción ante una conducta transgresora de la norma, de la cual se asocia una pena como consecuencia jurídica. Pero, ¿Acaso la pena debe ser percibida únicamente como una reacción represora de una conducta delictiva? Inferencia incompatible en el marco de un Derecho penal ajustado a los principios fundamentales del texto iusfundamental que tiene como sustento material y axiológico a la persona humana como portadora de una serie de derechos inherentes a su condición ontológica.

El Estado Social de Derecho apunta al reconocimiento del ser humano como el centro de gravitación de toda la política jurídica del Estado, por lo que dichas políticas deben ponerse al servicio del individuo. De igual forma la política criminal como estrategia del Estado de cara al combate del crimen; por tales motivos, ya no se puede postular una pretensión punitiva que se conduzca por senderos puramente retributivos, pues, los postulados político-criminales se dirigen a prevenir el delito en respeto a las garantías fundamentales.

El Derecho penal como ciencia o como plasmación normativa, debe partir de una visión real y humanista, por lo que en el estado actual de la ciencia penal la función preventiva del Derecho penal es casi una opción unánime. Cuestión aparte es si esa función preventiva apunte a coordenadas sistémicas o sociales. De esta manera, el derecho penal, como tarea legislativa, ya no se limita a asociar al delito consecuencias esencialmente represivas, sino también consecuencias exclusivamente preventivas¹⁷.

Este fue el rumbo político-criminal que adoptó el legislador en el Código Penal de 1991, a partir de la introducción de una serie de mecanismos orientados a la prevención real del delito, que en la actualidad han sido remecidos por las constantes reformas penales provocadas por un legislador, que cada vez más se aleja de esta ordenación teleológica (*finalista*), para adoptar una posición meramente política, programática e utilitaria.

2. DERECHO PENAL OBJETIVO Y DERECHO PENAL SUBJETIVO = DERECHO A PENAR

A este nivel, es importante también, diferenciar el derecho a penar del Estado (*tus puniendi*)¹⁸ del sentido formalista del Derecho penal (objetivo) que

17 De Las MERCEDES SUÁREZ, M.; *El modelo integrador de ciencia penal*. En: Derecho Penal. Parte General. Director: Carlos Julio Lascano (h), cit., p. 34.

18 El Derecho penal subjetivo o *ius puniendi* es definido como la capacidad represora del Estado como ente monopolizador y titular del *mismo*, conferidas políticamente por el contrato social, en palabras de Bacigalupo como conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de las penas por parte del Estado; *Principios del Derecho Penal. Parte General*. 5ta. edición. Mal Ediciones, Madrid, 1997, p. 16; o como

se manifiesta a través de su formulación normativa, que tiende a su legitimidad formal, al Estado entonces se le legitima intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos, por medio de las normas de control, reguladoras de las diversas formas de interrelación social.

La doctrina se refiere entonces, al *ius poenale*, al Derecho penal objetivo¹⁹, y este Derecho penal objetivo se constituye en normas primarias y en normas secundarias, la primera de ellas es comprendida por modelos de conducta ideales, que el Estado a través de la comunicación simbólica que las normas despliegan, pretende que se concientice a los ciudadanos a fin de que no vulneren o pongan en peligro bienes jurídicos protegidos. Pero, como los seres humanos son seres imperfectos, ejerce una función coactiva-psicológica mediante la amenaza de la sanción, a fin de que se produzca un efecto contra motivador a los estímulos delictivos de los individuos.

En resumidas cuentas, el Derecho penal tiene como función principal la protección de bienes jurídicos mediante la prevención de delitos. Es decir, la norma jurídico-penal tiene como fin principal la protección de bienes jurídicos importantes, esto es, las condiciones indispensables para la convivencia social frente a los ataques más graves,²⁰ en efecto, mediante los fines preventivos de la pena y de la medida de seguridad se tiende un puente viabilizador para que las normas penales intenten cumplir eficazmente su función de protección de bienes jurídicos, por ende, a través de la *función de prevención* se realiza la función de protección²¹.

Bienes jurídicos, son todos aquellos valores fundamentales imprescindibles -tanto para el individuo como para la comunidad-, necesarios para el desarrollo de su personalidad y para garantizar el proceso participativo de los individuos en los diversos procesos sociales, esto quiere decir, la garantía de una vida comunitaria de pleno desarrollo personal revestida por un ambiente de libertad. Según esta tesis, es suficiente con que el Derecho penal proteja "bienes vitales" como la vida, la libertad, la salud, la propiedad o la seguridad en el tráfico; bienes, por tanto, "que son indispensables para la convivencia humana en sociedad y que, por eso mismo, deben ser protegidos por el poder coactivo del Estado a través de la pena pública."²²

la potestad penal del Estado, en virtud de la cual se puede declarar punibles determinados hechos a los que se impone penas o medidas de seguridad. En: BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Temis SA, Bogotá-Colombia, 1986, p. 20.

19 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; *Derecho Penal - Introducción*. Servicios Publicaciones de la facultad de derecho - Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2000, p. 302.

20 LUZÓN PEÑA; D.M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 70.

21 A más detalle ver el Cap. referente al "derecho a penar" (*ius puniendi*).

22 WINFRIED HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, F.; *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 1999, p. 103.

El bien jurídico, por tanto, se constituye en la fuente de legitimación misma del Derecho penal, tanto desde una perspectiva material como desde una consideración axiológica. De acuerdo con las condiciones que establece el Derecho constitucional vigente para legitimar las injerencias estatales en los derechos de los ciudadanos que se plasman en la desaprobación y la sanción jurídica, tanto en el fundamento y los límites como el contenido y la medida de la pena deben determinarse mediante la pretensión de proteger bienes jurídicos en el sentido de preservar las condiciones de vida frente a la perturbación²³. Tiene por objeto una protección preventiva de bienes jurídicos²⁴.

El catálogo de bienes a tutelar no debe ser cerrado, máxime ésta debe estar en continua revisión político-criminal (*lege ferenda*), a fin de asegurar la manutención y aseguramiento de los bienes más preciados, en tal contexto confirmativo, el proceso criminalizador en una sociedad que genera cada vez nuevos riesgos debe estar en constante dinámica y revisión, por lo que los delitos culposos ejercen una labor político-criminal relevante, en un sistema social cada vez más necesitado de tutela, sin que ello implique una intervención maximalista del derecho penal.

3. EL DERECHO PENAL COMO DISCIPLINA CIENTÍFICA

El Derecho penal desde una perspectiva científica *strictu sensu* tiene por objeto el estudio del delito a partir de los elementos intrasistemáticos que se compaginan en el ámbito de la dogmática jurídico-penal. Misión de ella es desarrollar sistemáticamente e interpretar, en su conexión interna, el contenido de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico penal²⁵. Por consiguiente, el método científico abarca una dimensión estrictamente normativa, cuya principal tarea es de proporcionar al juzgador de un método riguroso capaz de proporcionar seguridad jurídica a las resoluciones judiciales, en cuanto se manifiestan conductas humanas de características análogas.

El Derecho penal como toda ciencia jurídica necesita de un método exegético que lo legitime en una función interventora, y, sobre todo, que le proporcione soluciones coherentes y racionales, pues, la conflictividad social que se produce como efecto inmediato del delito, es un problema humano, en tal sentido, la ciencia jurídico-penal debe elaborar soluciones humanas, al ser la pena la

23 FREUND, G.; *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el Sistema Integral del Derecho Penal*. Traducción a cargo de Ramón Ragués I Vallés. En: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. Jürgen Wolter y Georg FREUND (eds.)... cit., ps. 92-91.

24 RUDOLPHI, H. J.; *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*. En: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales - Estudios en honor de CLAUS ROXIN en su 50º Aniversario*... cit., p. 82.

25 SAÍNZ CANTERO, J. A., cit., p. 14.

especie de naturaleza pública más grave con la que se puede gravar los bienes jurídicos de un ciudadano en el marco del Estado de Derecho.

El considerar objeto del estudio del derecho penal a las normas jurídicas es característico de un enfoque dogmático, porque presupone la existencia de una ley, y se propone su sistematización, interpretación y aplicación correctas²⁶. Pesquisa los principios que fundamentan la ley penal, no sólo los preceptos más generales, sino también las descripciones de los delitos en particular, de manera de configurar un sistema armónico de mandatos y prohibiciones que permita, en la medida de lo posible, soluciones semejantes para casos parecidos²⁷. En efecto, la dogmática jurídico-penal parte de casos particulares, descomponiéndolo en sus elementos integrantes, a fin de deducir de aquél, fórmulas homogéneas para solucionar casos análogos.

Dicho lo anterior, la dogmática jurídico-penal asume una función de valor fundamental, pues como bien dice WELZEL, su legitimidad reside en su indudable racionalidad. La dogmática jurídico penal (o dogmática del Derecho penal), recibe ese nombre porque analiza el Derecho penal positivo como si fuera un "dogma" - máxime por el debido respeto al principio de legalidad penal- por los demás del mismo modo que en general opera la dogmática jurídica en la interpretación, elaboración técnica y sistematización del Derecho positivo²⁸.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA define a la dogmática jurídica como la reconstrucción científica de un ordenamiento punitivo dado, y se comprenderá en sus tareas sean interpretar las normas jurídico penales, elaborar las construcciones respectivas de las diferentes instituciones que *hic et nunc* integran este Derecho y edificar un sistema coherente y acabado de conceptos que se corresponda fielmente con él²⁹.

La dogmática jurídico-penal descompone el ilícito penal en determinadas esferas, sean éstas objetivas y subjetivas, a fin de someterlas a una confrontación con la conducta humana supuestamente ilícita, cada elemento o dogma asume una función de acuerdo al derecho positivo, y a partir de soluciones generales se pretende dar vigencia efectiva a cada caso en particular que sea objeto de interpretación por el intérprete.

Según los dictados de un Estado de Derecho, es inimaginable una interpretación literal de los tipos penales, pues aquello puede fácilmente desembocar en la arbitrariedad, en la injusticia y en la tiranía estatal, y, en interpretacio-

26 DE LAS MERCEDES SUÁREZ, M.; *El método integrador de ciencia penal*, cit., p. 54.

27 POLITOFF L. S., y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 85.

28 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 92.

29 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M.; *Elementos de Criminología*. Edeval - Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, 1982, ps. 37-38.

nes analógicas, proscritas en el Derecho penal, como escribe JESCHECK, que sin la articulación sistemática del concepto de delito, la solución de un caso jurídico permanece insegura y dependiente de consideraciones sentimentales³⁰. Sin embargo, al constituirse la dogmática jurídico-penal en una sistematización de elementos plenamente ordenados y de profundo grado de abstracción teórica, este sistema conceptual necesita de una valoración crítica, de revisión y de análisis permanente, funciones que le son asignadas a la política criminal³¹.

La orientación actual a la elaboración de la teoría del delito es de impregnar de valoraciones político-criminales a todos sus elementos conceptuales, como anota SILVA SÁNCHEZ, lo cierto es que en la actualidad, pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar consideraciones político-criminales en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías³², pues el origen del Derecho penal, es finalmente una estrategia político-criminal, de hacer frente al delito mediante el derecho positivo, toda la legislación penal es siempre expresión de una determinada estrategia política.

La dogmática jurídico-penal debe estar al servicio de la humanidad, de poder resolver pacíficamente la conflictividad social con sabiduría y con certeza, a fin de sostener su legitimación. El Derecho penal científico no puede constituir únicamente la panacea de los juristas, donde elaboran sus teorías y la exponen a la sociedad jurídica, la dogmática jurídico-penal debe servir a la *praxis* misma, a la labor de los operadores de justicia, abogados, jueces y fiscales, a fin de dar respuesta coherente a las problemáticas de casos que se presentan ante los tribunales. A la doctrina jurídico-penal se le exige "resultados", y "resultados" concretos, es decir, "resultados justos" -que es lo que siempre se quiere decir con eso- y tiene además que proporcionarlos rápidamente³³.

Haciendo una recapitulación de la evolución epistemológica del Derecho penal como ciencia, identificaremos de *prima facie* que los postulados dogmáticos fueron variando conforme la mutación del cosmos, del hombre y de su rela-

30 Citado por ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traducción e Introducción por FRANCISCO MUÑOZ CONDE. 2da. edición, 1era. reimpresión. Hammurabi - José Luis de Palma editor, 2002, p. 35.

31 Un sistema "cerrado", como señala ROXIN, aparta a la dogmática, por un lado, de las decisiones valorativas político-criminales y, por otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella; cit., p. 35 (*Política Criminal*).

32 SILVA SÁNCHEZ; Jesús María; *La Política Criminal como referencia del Sistema Dogmático*. En: ROXIN, Claus; *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, ps. 97-98.

33 HRUSCHKA, J.; *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?* Traductor: Pablo Sánchez Ostiz. En: *Derecho Penal Contemporáneo. Serie Azul. Vol. 4*. Directores: Gustavo A. Arocena y Fabián I. Balcarce. Editorial Mediterránea. Argentina, 2003, cit., ps. 60-61.

ción con el Estado, como conceptos que se impregnaron en el estudio científico. En efecto, de la Escuela Clásica, -cuya concepción de la ciencia penal se fundamenta en la naturalización de los conceptos-, partiendo de la consideración del *deber ser*, del causalismo naturalista que pretendió homogeneizar la ciencia de la naturaleza con la ciencia del hombre, confundiendo ambos planos -natural y normativo- que se estructuran con proposiciones y métodos distintos.

La falacia naturalista conducía a soluciones que no se condecían con una disciplina científica cuya máxima virtuosidad es la rigurosidad de su método y la seguridad de sus deducciones. Por lo que el sistema tripartito de (acción como nivel prejurídico) tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad no proporcionaba el rigor sistemático que irradiaba un método así concebido.

El método finalista si bien incorporó al sistema de intelección dogmático elementos subjetivos importantes para delimitar la esfera del injusto (desvalor de la acción y desvalor del resultado) y de la culpabilidad; la profusa acentuación o sobre-exaltación a las estructuras lógico-objetivas, terminó por levantar un muro entre las esferas de valoración que en realidad deben importar al Derecho penal, pues, se adentró sobremedida a la génesis de la conducta humana, desvirtuando el baremo de incidencia valorativa de la ciencia penal, y sin entrar en consideraciones político-criminales.

Como apunta SCHÜNEMANN, el concepto de acción del finalismo, referido al modelo ideal de conducta humana, no puede en absoluto ser acogido como concepto fundamental del sistema del Derecho penal precisamente porque también las "formas problemáticas" de la acción humana podrían, en según qué circunstancias, ser relevantes para el Derecho penal³⁴. El finalismo, (...), con su método deductivo-axiomático de derivar las soluciones jurídicas de datos ontológicos -principalmente del concepto de acción concebido en sentido prejurídico-, ha creado también un sistema que, ciertamente, se diferencia de la tripartición clásica causal-positivista por un lado, pero que por otro no concede un espacio independiente a las finalidades político-criminales de la dogmática³⁵.

Seguidamente, el Neokantismo tuvo como principal logro, encumbrar al Derecho penal en un nivel de alta científicidad, mediante el pensamiento axiológico llevado al mundo de los valores, desde una perspectiva intracultural³⁶.

34 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*. En: *El Sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales - Estudios en Honor a CLAUS ROXIN en su 50º Aniversario*, cit., p. 59.

35 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal...* cit., ps. 54-55.

36 Así, ROXIN, al escribir que la metodología referida a los valores del neokantismo -que en los años veinte se hizo predominante- hubiera podido conducir desde el punto de vista normativo a una "imagen completamente nueva del sistema jurídico-penal", si se hubiesen elegido las directrices político-criminales como criterio al que referir todos los fenómenos dogmáticos; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 52.

Sin embargo, su relativismo y su excesiva abstracción, al momento de llenar de contenido valorativo a los elementos categoriales del *injusto*, no permitió que estructurase un sistema de pensamiento sistemático y racional, pues, la acción, tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad no eran valorados desde un plano objetivo y subjetivo coherente con la conducta humana, (...) sus consecuencias en cuanto a la clasificación y sucesión de los cuatro niveles fundamentales del sistema del Derecho penal fueron sorprendentemente limitadas³⁷.

Fue en la década de los años sesenta que se vislumbró una orientación jurídico-penal destinada a la sistematización e integración de las Ciencias Penales, en la persona de CLAUS ROXIN, quien con particular sapiencia formuló una ordenación del pensamiento dogmático mediante la penetración de las valoraciones político-criminales en las categorías jurídicas de la teoría del delito. ROXIN depuro el trabajo realizado por VON LISZT, es decir, el positivismo sociológico que importaba una separación entre la política criminal y la dogmática jurídico-penal. Divorcio que se desprendía de los propios contenidos de los elementos categoriales del delito, la ciencia social y la ciencia jurídica no pueden conciliarse, pues presentan esferas irreconciliables.

El positivismo como teoría jurídica, se distingue porque destierra de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político. Precisamente este axioma -escribe ROXIN-, aceptado por Liszt como evidente, sirve de barrera a esa oposición entre Derecho penal y Política criminal³⁸. Con ello, se deja de lado un positivismo jurídico cerrado a las valoraciones sociológicas, para adentrar a un razonamiento llevado a los fines propios de toda ciencia social, es decir, un cometido social, que sería la prevención del delito, abandonando una sistematización jurídica cerrada al campo estricto de la legalidad, pues, para Liszt el Código Penal es la "magna carta del delincuente" es el ámbito protector de los derechos y libertades del infractor de la norma, (...) el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt³⁹.

La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica⁴⁰.

37 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 52.

38 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traducción e introducción de Francisco MUÑOZ CONDE. Primera reimpresión - octubre del 2002. editorial Hammurabi SRL, Argentina. cit., p. 41.

39 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 49.

40 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 49.

En otras palabras dicho: *la función de la dogmática jurídico-penal en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, no sólo puede estar vinculada al apego estricto de la ley, sino que su construcción es sistemática y coherente, siempre y cuando sus fines se adecuan a los de la sociedad y la política en general, donde se tutele no sólo la libertad del sujeto infractor de la norma, sino de ofrecer soluciones en realidad -racionales-, a la conflictividad social, que da origen el delito.*

Sin entrar en un desarrollo amplio del estado de la cuestión, somos de la posición que la dogmática actual debe centrar su desarrollo aplicativo en un sistema bipartito, donde Injusto y Culpabilidad se constituyen en los dos escalafones que determinan el estudio científico de la conducta prohibida. Quiere decir, que la punibilidad de una conducta debe presuponer la realización del tipo penal y la ausencia de causas de justificación (preceptos permisivos), a lo cual habrá que sumar un individuo con capacidad de responsabilidad penal (capacidad de autodeterminación conductiva conforme al sentido de la norma) -exento de un factor de exigibilidad-. Así, pues, escribe SCHÜNEMANN, en la exigencia de tipicidad y antijuridicidad del comportamiento se refleja únicamente el procedimiento practicable de examen: determinar el injusto penal (positivamente) mediante la realización típica y (negativamente) a través de la ausencia de causas de justificación, al igual que en la culpabilidad cabe distinguir, de modo puramente pragmático, entre un tipo positivo de la culpabilidad y la ausencia de causas de exclusión de culpabilidad⁴¹.

A este bipartito cabe agregar un contenido material del Injusto, derivado de la exigencia de condicionar la imposición de la sanción punitiva a factores de necesidad y de merecimiento, como una forma coherente de racionalizar la respuesta jurídico-penal, desde consideraciones preventivas.

Resultante interesante y por qué no decirlo novedoso, la concepción de delito en sentido material elaborada por FRISCH, que consiste en que la aplicación de la pena (...) se halla restringida al círculo de aquellas modalidades de conductas que merecen y necesitan de una pena -sólo lo que realmente merece y necesita una pena puede en ese sentido calificarse como delito⁴². Merecedora de pena sería sólo aquella acción que en virtud de su género y gravedad se gana o justifica el reproche o desaprobación que en la pena se contiene⁴³.

Un concepto material del delito -así concebido se orienta a restringir la pena -como reacción penal estatal-, sólo a aquellas conductas que por sus di-

41 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 72.

42 Citado por KUHLEN L.; *¿Es posible limitar el Derecho Penal por medio de un concepto material del delito?* En: *El Sistema Integral del Derecho Penal...*, cit., p. 131.

43 FRISCH; Citado por KUHLEN, L.; *¿Es posible limitar el Derecho Penal por medio de un concepto material del delito?*, cit., p. 132.

versas características hacen necesaria y merecida la sanción punitiva. Se acogen entonces criterios cuantitativos y cualitativos, referidos a la magnitud de la intensidad antijurídica, a la energía criminal del autor, al grado de preponderancia (*constitucional*) del bien jurídico -objeto de afectación-, la importación de los bienes para el colectivo social, es decir, restringiendo la pena únicamente para las ofensas más graves, para los injustos que revelan una mayor dosis de desaprobación jurídica.

FRISCH, aboga por un concepto restricto de pena, sobre todo porque se mantendrá la pena como "una reacción realmente dotada de valor declarativo", que transmite el significado "de que ha tenido lugar un quebranto de la norma especialmente grave"⁴⁴. Entendida así la pena sólo sería adecuada como "medio de reacción y definición del área de las infracciones más graves o especialmente graves (...), esto es, para lo que puede caracterizarse como el ámbito del núcleo indiscutible del Derecho penal", que "por lo general desde hace tiempo más o menos se mantiene igual"⁴⁵.

La proposición mencionada, se corresponde perfectamente, con un sentir casi unánime de la doctrina jurídico-penal, de realizar un ámbito de selección de aquellos injustos que por grado de disvalor deben ser alcanzados por una pena, sin que ello suponga, la orientación político criminal de elaborar normativamente, un Derecho penal administrativo u otro tipo de construcción abstracta; siempre condicionando la pena a criterios de necesidad y de merecimiento, a los delitos comprendidos en el núcleo duro del Derecho penal (*Kernstrafrecht*) y a todos aquellos comportamientos, que signifiquen una perturbación a la plataforma social del individuo, en cuanto a los bienes jurídicos supraindividuales, de base material espiritualizada.

Parafraseando a ZUGALDÍA, diremos que si el Derecho Penal de una sociedad democrática se legítima en tanto en cuanto previene la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho Penal (y a la pena) deviene en ilegítima desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna⁴⁶.

Ciertamente, a veces el remedio es peor que la enfermedad, el Derecho penal es privativo de las consecuencias jurídicas más lesivas, por tanto, su intervención sólo será legítima, en cuanto se tutelen intereses superiores y se respete la dignidad humana del afectado, en el decurso de la intromisión estatal.

Finalmente, resulta conveniente citar a MIR PUIG S., autor hispano que ha tendido su pensamiento a la construcción de un planteamiento dogmático

44 FRISCH; Citado por KUHLEN, L.; *¿Es posible limitar el Derecho Penal...?*, cit., p. 133.

45 *Ibidem*.

46 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; *Fundamento de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 240.

ajustado a un Estado Social y Democrático de Derecho, mediante una integración desde el plano valorativo y empírico, esto es, integrando los conocimientos criminológicos con el plano estrictamente normativo a partir de perspectivas político-criminales⁴⁷.

Correspondiendo a la política criminal, una doble función en el seno de la global ciencia del derecho penal: a) de *lege ferenda*: la fijación de los objetivos que debería seguir el derecho penal, con la consiguiente apertura a su posibilidad de crítica; b) de *lege lata*: orientar a la dogmática en el sentido de las finalidades político-criminales de la ley, posibilitando la superación de una dogmática "ciega", de espaldas a la función práctica del derecho penal, sino también la evitación de una dogmática acrítica y puramente tecnocrática⁴⁸. Este planteamiento metodológico permite al jurista o intérprete descubrir los aciertos y desaciertos del legislador, mediante una operación valorativa, definida por los elementos dogmáticos, a fin de proponer reformas penales de acuerdo a los cometidos del derecho punitivo según el texto *iusfundamental*; mientras, que en el otro plano de la valoración, mediante el reflejo de la ley en el caso concreto, posibilitando la aplicación concreta de la norma en la realidad social, con el objetivo de permitir la concreción de la función real del Derecho penal, de solucionar pacíficamente la conflictividad social generada por el delito. Postulándose, entonces, por un derecho penal ajustado a la trilogía representada por la expresión Estado social y democrático de Derecho⁴⁹.

En tesis, este es el rumbo que debe seguir la ciencia penal, en orden a preservar los fines sociales de la ciencia del derecho.

4. POLÍTICA CRIMINAL

Un aspecto es el *normativo*, donde se recoge las valoraciones sociológicas, proyectando la penalización o despenalización de una conducta, mediando el proceder legislativo, dando contenido al listado punitivo; lo que en esencia, implica la sanción del Derecho positivo vigente, la formulación de tipos legales, comprendiendo los denominados «ilícitos penales». Ello significa, Derecho penal; empero, otro nivel valorativo, significa la articulación de todos aquellos medios, instrumentos, herramientas, instituciones y otros, que emplea el Estado, para posibilitar que el Derecho penal alcance sus objetivos primordiales; con ello hablamos de «Política Criminal», donde toma lugar el *proceder legislativo*.

Para VON LISZT la política criminal es el conjunto sistemático de principios, garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la efica-

47 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 25.

48 MIR PUIG, S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método...* cit., p. 282.

49 MIR PUIG, S.; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 291.

cia de la pena, con arreglo a los cuales debe conducir el Estado la lucha contra el delito, por medio de la pena y de instituciones similares a ella⁵⁰.

La política criminal es aquella ciencia política social, que se orienta y encamina a la formulación positiva, una lucha adecuada y eficaz contra la criminalidad, de arreglo con el principio de legalidad y de las instituciones encargadas funcionalmente a ejecutarla. La conflictividad social producida por el delito demanda una reacción del Estado a partir de razones de justicia y de utilidad, una conducta que pone en peligro los principios mínimos de convivencia social, estos factores normativos o de Justicia; y otros factores empíricos o de utilidad. Juntos -como dice MUÑOZ CONDE- constituyen la Política criminal, es decir, las pautas a tener en cuenta por el legislador⁵¹, en el proceso criminalizador.

Por su parte, la dogmática jurídico-penal como método conceptual que elaboró la teoría del delito y de la pena, siempre ha reconocido la existencia de dos componentes del delito: -la parte objetiva o externa y una parte subjetiva o interna, la primera representada por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y que éste ingrese al ámbito de protección de la norma, denominada por la actual ciencia penal como «imputación objetiva»; mientras, que la parte subjetiva, es el elemento interno, integrado en la psique del agente, que comprende a los elementos: al dolo y la culpa.

Tal como lo establece el artículo 11º del CP: "*Son delitos y faltas las acciones dolosas o culposas penadas por la ley*", en concordancia con el art. 12 (*in fine*), al disponer que: "*Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley*".

La base (*subjetiva*) de la punibilidad, constituye el delito doloso, pues la mayoría de los tipos penales reprimen el comportamiento doloso y, excepcionalmente, el comportamiento culposo; mas aquello no debe entenderse como una supremacía del uno sobre el otro; en tanto, ambos injustos se compaginan en una finalidad teleológico: la protección de bienes jurídicos.

Conforme lo anotado, la dirección que adopte la dogmática jurídico-penal, en un momento dado, en una coyuntura determinada, dependerá de los vientos de política criminal; el ajuste de la sanción punitiva, la inclusión de circunstancias de agravación, la incorporación de figuras delictivas, etc., comporta una proyección de política criminal, en cuanto al trazado concreto de una postura del Estado, en su rol preventivo frente a las conductas delictivas.

50 Citado por DE RIVACOBAY RIVACOBAY, M.; *Elementos de Criminología*, cit., ps. 50-51.

51 MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARAN, M.; *Derecho Penal. Parte General*. 2da. edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 206.

5. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

Haciendo una retrospectiva, a todo lo largo de la civilización humana, identificamos que todos los grupos humanos que se asentaron en un determinado territorio crearon mecanismos o medios de control social, a fin de preservar un mínimo de orden en las relaciones de los individuos. Reacción social ante la manifestación de ciertos comportamientos que de una u otra forma eran contrarios a las normas sociales que se habían constituido como modelos de conducta.

La protección de la propiedad, la tutela de la vida de las personas, la primacía de la autoridad ungida, etc., fueron presupuestos que fueron ingresando al campo de valoración de los asociados, para lo cual fueron creando instancias de control social.

La específica rotulación de «comportamientos socialmente negativos», que habrían de originar una reacción por parte de la autoridad o del gobernante, en cuanto reacción formal, o la compaginación de una serie de reglas de conducta y tabla de sanciones por los propios miembros de la comunidad (reacción informal), dan origen a la reacción que se descarga ante conducta socialmente disvaliosa. Fue la propia sociedad y ciertas instituciones sociales, antes que el Estado, las que se encargaron de etiquetar a una conducta como «desviada».

El orden social se construye constantemente por el hombre en su relación con los otros hombres, de acuerdo a la concepción del mundo imperante en cada momento histórico. Para asegurar el mantenimiento de ese orden social se establecen una serie de reglas de conducta (normas sociales) y también mecanismos para asegurar esas reglas de conducta (el control social)⁵².

La base fundamental de cualquier sistema social, constituye la ordenación de la vida del hombre en sociedad, a partir de toda una ordenación reglada que recoge formas de actuar y formas de reaccionar, destinadas a establecer una coexistencia pacífica o un ámbito de convivencia en paz y en libertad.

En toda sociedad existe una estructura o un sistema que permite la coexistencia entre quienes la integran; esa forma de convivencia se denomina orden social y está constituido por reglas, principios y maneras de actuar, transmitidos por la tradición y que es fruto de los particulares requerimientos de los miembros de esa sociedad, de sus costumbres, de su religión, cultura, aspiraciones y demás circunstancias⁵³.

Importan todo un abanico de factores, que contribuyen de forma decidida a la implementación de sistemas o estructuras ordenadas, que se basan

52 ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*. Editorial Colex, Madrid, 2000, cit., p. 133.

53 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 26.

en patrones de conductas, recogen sentimientos e ideologías que se fusionan entre los hombres y, que son transmitidos de generación en generación, como tradición histórica y cultural.

Nadie en el mundo cristiano puede dudar que la Biblia y los Santos Evangelios constituyeron formas de control social, a partir de la fe cristiana que se edificaba desde la deidad o el mundo divino, donde las reglas provenían del derecho de Dios, ante las cuales se establecían sanciones, que desbordaban la esfera terrenal del ser humano.

El control social es una condición básica irrenunciable de la vida social⁵⁴, mediante la cual todo el grupo o comunidad asegura las normas y expectativas de conducta de sus miembros indispensables para seguir existiendo como tal, a la par que impone límites a la libertad del hombre y conduce a su socialización como integrante del grupo⁵⁵. Es el mismo proceso de socialización, la organización del hombre con sus congéneres que propicia la aparición de sistemas de control, en orden a neutralizar comportamientos dañinos para sus intereses fundamentales.

¿Cuál es la característica medular de un medio de control social? Primero, la ordenación de una serie de conductas, que se determinan conforme los intereses que son objeto de tutela, que se plasman en prohibiciones y mandatos; y la norma de sanción, la reacción que importa la imposición de un castigo, un mal o una pena.

Entonces, un medio de control social adquiere concreción, a partir de su propia ordenación que comprende siempre una norma de conducta y una norma de sanción, es decir, ante una determinada acción se desencadena una determinada reacción.

Control social es el mecanismo por el cual los miembros de una determinada comunidad ordenan su vida en común, a través de ciertos patrones o valores comunes, disponiéndose sanciones a los transgresores, indispensable para estabilizar una vida de acuerdo a los intereses comunitarios.

En el ámbito de las instituciones sociales-moleculares, identificables en cualquier comunidad social, en este caso la familia es una forma de interrelación social que ha pervivido a lo largo de toda la humanidad; luego, la escuela se ha convertido en la institución de aprendizaje social tal vez más importante que la propia familia, es en esta esfera donde el niño va adquiriendo no sólo conocimientos sobre distintas materias, sino sobre todo, va aprehendiendo ciertos modelos de conducta, que son indispensables para su autorrealización perso-

54 HASSEMER, W.; *Fundamentos del derecho penal*. Traducción y notas de Francisco MUÑOZ CONDE y LUIS ARROYO ZAPATERO, Bosch, Barcelona, 1984, cit., p. 390.

55 LASCANO (h), C.J.; *Conceptos fundamentales del derecho penal*, cit., p. 15.

nal. Para tal fin la escuela fija determinadas pautas de conducta, estableciendo derechos y obligaciones, y estableciendo sanciones para sus transgresores.

La real prevención de la criminalidad pasa por la labor que ambas instituciones efectúan en el proceso de socialización y culturización del individuo.

La división que se efectúa en el ámbito del Control Social, parte de una concepción formal e informal.

5.1. Medios de Control Social Informales

Son todos aquellos mecanismos de control social que se agrupan a partir de instituciones sociales, cuyas ordenaciones o reglas sólo son obligatorias para determinados miembros, no se encuentran reglamentadas en el derecho positivo. Se reconoce como el proceso de socialización primaria.

Ese proceso que empieza en la familia, pasa por la escuela, la religión, la profesión, el trabajo, convierte a estos agentes sociales en instancias de control informales⁵⁶.

Son los ámbitos de aprendizaje primario del individuo, que contribuyen de forma decidida, en la formación conductiva del hombre en relación con los demás. Comprende las corporaciones asociativas, gremios de profesionales, centros religiosos, sindicatos de obreros, etc. Aparece un medio de control social informal que en la sociedad actual ha adquirido una inusitada relevancia, nos referimos a los medios de comunicación social, que en una colectividad caracterizada por el intercambio incesante de información, se constituye en una poderosa arma de control sobre la conducta de los ciudadanos.

Los medios de comunicación dramatizan la violencia cotidiana, la sobredimensionan a fin de ejercer presión directa o indirecta, sobre los medios de control sociales formales y sobre la adopción de actitudes que ellas generan sobre los individuos.

Es de recibo, que los medios de comunicación social, escrita y televisiva configuran instrumentos de presión mediática, a partir de ciertos mensajes comunicativos, de alcance mediático hacia los ciudadanos, hasta el punto de determinar a veces el norte de la política criminal del Estado; adscripción que se refleja en la sociedad peruana. Estos, como escribe ZÚÑIGA RODRÍGUEZ no forman a la ciudadanía de una correcta respuesta hacia la desviación social, sino deforman las imágenes de acuerdo al nivel de audiencia, aprovechando el morbo que despliegan los asuntos de sangre en todo ser humano.⁵⁷

56 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 134.

57 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 135.

5.2. Medios de Control Social Formales

El control social institucionalizado o formalizado es la manifestación del poder estatal que se ejerce de forma coactiva y vertical, es el poder político que se ejerce a partir de una formación reglada, donde se impone el imperativo a todos los ciudadanos de comportarse de acuerdo a modelos de conducta, cuya infracción supone el desencadenamiento de una reacción institucionalizada: «sanción».

El Estado reconoce una serie de Instituciones que se encargan de velar por el cumplimiento de la norma, se les confiere potestades de coacción y de sanción, las cuales se plasman en una serie de procedimientos debidamente reglados. Estos agentes de control institucionalizados o formalizados son el Derecho, la administración de justicia, la administración penitenciaria, los jueces, fiscales, policías y todos los que jurídicamente están encargados de decidir, imponer y ejecutar las sanciones⁵⁸. La norma define el comportamiento desviado como delictivo, la sanción es la reacción generada por aquella conducta y el proceso penal asegura su razonabilidad en la decisión del órgano judicial, conforme a los valores emergentes de la Constitución⁵⁹.

En el ámbito del control social formalizado, coexisten una serie de parcelas compaginadas en el ordenamiento jurídico, cuya intervención en la esfera ciudadana, se determina de conformidad con el grado de lesión al bien jurídico; concebido en términos *garantísticos*, lo que se conoce como los principios de *proporcionalidad* y de *razonabilidad*.

El Derecho público sancionador integra una serie de mecanismos de control social formalizados, donde el Derecho penal ocupa una posición destacada, en virtud de sus efectos coactivos, que despliega sobre la esfera de libertad ciudadana.

El poder represivo del Estado, encuentra su umbral más alto con el derecho punitivo, en tanto su concreción importa la imposición de una pena privativa de libertad a quien culpablemente infringió la norma. El Derecho penal importa la descarga de una violencia en suma significativa, pero ésta para ser legítima debe sujetarse a los principios que limitan su intervención en un Estado Constitucional de Derecho.

Para MUÑOZ CONDE, el Derecho Penal tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos, es pues violencia, pero no toda la violencia es Derecho penal. La violencia es una característica de todas las instituciones

58 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; ob. cit., p. 136.

59 LASCANO (h). C. J.; *Conceptos fundamentales del derecho penal*, cit., p. 16.

sociales creada para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos.

La violencia es, por tanto, consustancial a todo sistema de control social. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, de la arbitrariedad, y de la subjetividad propia de otros sistemas de control social. Así aparece el *Derecho penal como mecanismo de interdicción a toda manifestación de arbitrariedad pública*.

El control social jurídico penal es, además, un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto⁶⁰.

La característica fundamental, en este aspecto, del Derecho penal es que se trata de un instrumento de control social formalizado, es decir, que reúne una serie de garantías que proporcionan la seguridad de unas respuestas previstas, objetivas e iguales⁶¹.

La realidad social demuestra que el control social que ejerce el Derecho penal, resulta indispensable para la propia subsistencia de la humanidad, para la preservación de un clima de coexistencia pacífico entre los ciudadanos. Renunciar al Derecho penal, significaría, a la postre, renunciar a la tutela de los valores fundamentales, importaría en otras palabras: dejar en las manos de los ciudadanos el empleo de la violencia punitiva, conduciendo a los hombres al caos y a la anarquía.

Si bien un orden social de derecho, debe reducir la violencia punitiva al máximo (mínima intervención), su abolición y supresión del orden formal es una pretensión efímera e insostenible por la realidad criminológica que caracteriza la sociedad actual.

El ideal sería que los hombres y la sociedad cambiaran su forma de ser, de suerte que el aseguramiento de una coexistencia pacífica no requiriera el recurso de la sanción penal, pero esa alternativa aún constituye una muy remota utopía⁶². Una realidad social cada vez más sumida en la violencia configura un estado de cosas, cada vez más alejado de la pretensión abolicionista.

60 Cfr., Citado por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *ibid*.

61 CARBONELL MATEU, J. C.; *Derecho penal*: cit., p. 65.

62 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 27. Para POLITOFF la crítica radical del sistema penal por parte de los abolicionistas conduce a una reducción drástica de los medios tradicionales de la política criminal, en especial de la privación de la libertad (...). El abolicionismo no implica que, de una plumada, todas las cárceles se cierran y la legislación penal se envía al museo de antigüedades. Lo que se propone es romper el universo cerrado del derecho penal; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., ps. 46-47.

Lo que se trata en realidad es de reducir la violencia punitiva a márgenes racionales, a fin de tutelar al máximo la libertad humana y, a la par, la defensa de los intereses jurídicos del colectivo.

En el ámbito del discurso retórico de la Criminología Crítica, se ha particularizado el discurso, a partir del siguiente planteamiento: Esta crítica como escribe BARATTA, no considera el derecho penal sólo como sistema estático de normas sino como sistema dinámico de funciones, en el que pueden distinguirse tres mecanismos de la producción de las normas (criminalización primaria); el mecanismo de la aplicación de las normas, es decir el proceso penal que comprende la acción de los organismos de averiguación y que culmina con el juicio (criminalización secundaria), y finalmente el mecanismo de la ejecución de la pena o de las medidas de seguridad⁶³.

Seguidamente pasaremos a describir los procesos de criminalización:

a. Criminalización Primaria

El proceso de «criminalización primaria» es producto de la formulación de las convenciones penales, cuya potestad la ejerce en exclusiva el legislador, como paradigma del Estado de Derecho, donde el proceso definitorio de la conducta prohibida, reposa en la potestad soberana del Parlamento. Este proceso toma lugar en abstracto, pues se dirige a toda la colectividad, para que los ciudadanos motiven con la norma, amén de que adecuen su conducta conforme al directivo de conducta plasmado en la norma; por eso se dice, que la norma produce una relación de comunicación simbólico-referencial con el ciudadano con el fin de prevenir la comisión de delitos y para ello utiliza a la norma secundaria, es decir, a la sanción punitiva como una forma de intimidar y de disuadir al colectivo en razón de sus innegables efectos perniciosos.

Esta criminalización, por tanto, no se efectiviza en la esfera de libertad de los ciudadanos; el despliegue de esta violencia institucionalizada, viene focalizada por los agentes estatales encargados de aplicarla en la cotidianeidad social.

La norma penal para que sea aplicada, necesita ser encaminada a través del desarrollo de un Proceso penal, a cargo de los órganos de administración de justicia; siempre que a results del procedimiento, se acredita la configuración típica del delito y la consiguiente responsabilidad penal del imputado; procediéndose a imponer una sentencia condenatoria que se traducirá en el internamiento del condenado en un reclusorio (Principio del Debido Proceso: Juez Legal competente).

63 BARATTA, A.; *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Siglo 21 Editores Argentina S.A., Buenos Aires, 2002, Traducción de Alvaro Búnster, cit. ps. 167-168.

Asimismo, la detención en caso de delito flagrante o mediante resolución jurisdiccional expedida por el Juez competente, se hará efectiva por parte de los agentes policiales. Son estos agentes los encargados de reprimir directamente a los ciudadanos con el fin de resguardar la seguridad interna y la tranquilidad pública. Si bien es cierto, que ellos se encuentran legitimados para tal función, muchas veces la realidad social muestra, que se produce un despliegue excesivo a la naturaleza de las cosas.

El uso de la fuerza policial se sujeta estrictamente a los principios de proporcionalidad y de necesidad. Los agentes policiales que lesionan directamente a los ciudadanos sin justificación alguna no podrán ampararse en el ejercicio de un cargo u oficio como estado de necesidad justificante. En tanto que en prisión, es decir, cuando la condena se hace efectiva en un establecimiento penitenciario, los encargados de proceder a un estadio de criminalización son los agentes penitenciarios —que prevaleciendo de la posición de dominio que ostentan— vulneran las garantías mínimas que se le reconocen al penado en los códigos; el hecho de que el penado sea recluido, no lo despoja de su condición de persona, por tanto, sus derechos fundamentales no pierden vigencia y debe ser tratado como un sujeto de derechos, tal como lo consagra la normativa de ejecución penal.

Resulta importante reconocer, que esta capacidad es fundamental para la prevención del fenómeno criminal, pues la decisión de que la conducta es criminal y los sujetos criminalizables es la que determinará la selección de los instrumentos para hacerle frente, pues supondrá que los sujetos que la cometan son susceptibles de ingresar en el sistema penal⁶⁴.

Como apunta ANIYAR DE CASTRO, todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (Estado) seleccionan un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante se llama criminalización y no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que conforman el sistema penal⁶⁵. Sin duda, el proceso definitorio de la conducta prohibida importa en realidad todo un proceso de selección, por quien detenta dicho poder, selección que por lo general recae en los sectores de la población marginales y que son objeto de exclusión por parte de la política estatal.

Descripción normativa que se advierte claramente, cuando las reformas penales constantes a las cuales nos tiene acostumbrado periódicamente el legislador, se materializan precisamente en los delitos convencionales, en el nú-

64 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; cit., p. 144.

65 ANIYAR DE CASTRO, L.; *El Proceso de Criminalización...* cit., ps. 69 y ss.

cleo más duro del Derecho penal; cuyos protagonistas son los sujetos pertenecientes a las clases socio-económicas más bajas de nuestro país.

Empero, lo dicho no significa un cuestionamiento a determinadas reformas penales que sí necesitan de una intensificación punitiva, pues, la criminalidad violenta en nuestra sociedad es la principal responsable del estado de inseguridad ciudadana que actualmente padecemos.

Nuestro cuestionamiento apunta hacia otro norte, a que la criminalidad de cuello blanco, la protagonizada por sujetos pertenecientes al poder político y económico, que es siempre tratada con suma blandeza por parte de las agencias del control punitivo, a pesar de los esfuerzos realizados a la fecha^{66 67}, en la medida, que estos delincuentes siguen gozando de ciertas prerrogativas materiales (penas blandas) y procesales (derecho penal premial) que terminan por configurar un estado de cosas adverso a los principios que gobiernan un orden democrático de derecho: principios de igualdad y de legalidad. En un verdadero Estado de Derecho nadie está por encima de la Ley.

En el proceso de criminalización primaria se decide qué comportamientos socialmente negativos son tipificados como delito, cuál es la sanción punitiva que recaerá sobre los infractores y cuáles son los posibles autores que pueden incurrir en el Injusto normativamente construido. Por consiguiente, se podría decir de acuerdo a los postulados del *labeling approach*, que la etiqueta de "criminal" se distribuye de forma desigual entre los ciudadanos, pues, quien define este estatus legal evitará a toda costa que las redes de represión penal puedan extenderse sobre su persona. La significación del Labeling Approach consiste en que ha orientado la atención hacia un ámbito parcial de la Criminología y de la Política criminal hasta ahora desatendido: el concepto de delito y los problemas de selección en el procedimiento de persecución penar⁶⁸.

La «criminalización primaria», importa la expresión de una simbolización normativa, en tanto los efectos que despliegan en la realidad social, son casi nulos, en mérito a la cantidad de causas que son encauzadas, en proporción con aquéllas que son debidamente perseguidas y sancionadas por la Justicia Penal.

66 Refiero a la Ley N° 27379 y otras afines que importaron una redefinición de la política criminal en la lucha contra la corrupción; mientras que en el ámbito sustantivo, la sanción de la Ley N° 28355 que modifica una serie de artículos de la Parte Especial, ha supuesto una importante extensión de la punibilidad en el ámbito de los delitos de Cohecho.

67 La dación de los Decretos Legislativos Nos. 1034 y 1044, ha supuesto la despenalización de varias figuras delictivas, que atentan contra el Orden Económico, manifestando una doble respuesta del Estado frente al crimen, que de cierto modo, quiebra el principio de igualdad constitucional.

68 ZIPF, H.; *Introducción a la Política Criminal*. Traducción de Miguel Izquierdo Macías Picabea... cit., p. 121.

En el ámbito de una crítica sustantiva al sistema penal latinoamericano, ZAFFARONI ha señalado con rigor, que la legalidad procesal se viola mediante la intervención altamente selectiva del sistema penal, que se evidencia en todas las estadísticas de denuncias y condenas de la región: a) las intervenciones del sistema penal tienen lugar en número ridículamente inferior al planificado legalmente y siempre cuando el criminalizado sea el vulnerable, por pertenecer a las clases carenciadas, por haberse colocado en situación de vulnerabilidad mediante la violación de la "prohibición de coalición" o por haber sufrido un "retiro de cobertura" por devenir disfuncional al poder nacional o transnacional; b) el sistema penal no interviene en la mayoría de los hechos que afectan la vida humana o, si lo hace, su intervención no es significativa (homicidios de tránsito, homicidio por violación de normas de seguridad laboral, homicidios cometidos por agentes estatales, etc.)⁶⁹.

b. Criminalización Secundaria

El despliegue efectivo del Sistema Penal, manifiesta en la ejecución una serie de acciones por parte de las agencias representantes del control punitivo, importando la afectación de bienes jurídicos fundamentales.

La diferencia entre la criminalización primaria y la secundaria, estriba fundamentalmente en que esta última trasciende un ámbito normativo en cuanto a efectividad de la violencia punitiva.

Este ámbito del poder punitivo *estatal*, implica la aplicación de las normas al caso concreto, pues, las normas penales se encuentran conminadas en abstracto, para que éstas puedan tomar lugar en el ámbito sancionador, se necesita de un Proceso Penal, que someta a la persecución a un individuo (*imputado*), sobre el cual recae una sospecha de criminalidad, quien podrá ser privado de su libertad —de forma definitiva— si es que es encontrado «culpable» por la Justicia Penal.

Son entonces, las agencias estatales encargadas de la criminalización, quienes hacen efectivo el programa político criminal, v.gr., jueces, fiscales, policías y agentes penitenciarios, son en suma los encargados de ejecutar la concreción normativa. Proceso de criminalización secundaria que no siempre se condice con el ámbito estricto de la legalidad, pues, en nuestras latitudes, muchas veces el poder efectivo del Sistema Penal se ejecuta de forma encubierta e ilegal, como manifiesto perverso del poder político.

En nuestro Sistema Penal, la realización del programa político-criminal prácticamente es irrealizable, en virtud de los escasos recursos y de limitada

69 ZAFFARONI, E.R.; *Un discurso perverso. De cómo la realidad deslegitima al discurso jurídico penal en América Latina*. Revista no Hay Derecho, número 2, Buenos Aires, 1991.

capacidad con que cuentan las agencias de persecución penal. Concretamente, la PNP cuenta con escaso número de efectivos policiales, instrumentos de reacción represiva y preventiva obsoletos, carece de una operatividad logística suficiente, unidades especializadas poco organizadas, presupuesto ínfimo, sueldos miserables, corrupción, etc.; todo una vastedad de problemas, que redundan en un sistema de persecución penal ineficaz e ineficiente. Problemática en cuestión que no importa para nada a los políticos, pues, en vez de asignar más recursos a la PNP en su lucha contra el crimen, se dedican a sancionar una serie de reformas penales, cuyo excesivo pragmatismo y acentuado simbolismo ha tenido resultados nulos en la disminución de la delincuencia. Y así, pretenden los políticos, la entrada en vigencia impronta del nuevo CPP, en la persecución de los delitos *funcionariales*, sobre la marcha, sin previamente haber garantizado la transferencia de los recursos económicos suficientes así como la adecuada capacitación de los operadores jurídicos⁷⁰.

Por otro lado, las agencias policiales no seleccionan conforme a un criterio homogéneo y científicamente verificable, sino que en la actividad selectiva de la violencia institucionalizada se utilizan criterios puramente subjetivos, criterios apriorísticos que suponen en la práctica cotidiana la descarga criminalizadora sobre los sujetos que presentan una mayor vulnerabilidad ante el Sistema Penal. ¿Y quiénes son estos individuos? Todos aquellos que por diversas circunstancias se encuentran desprovistos de los medios suficientes para hacer frente a estos procesos de criminalización, y que son utilizados como vitrinas ante el público, como una forma de encubrir la ineficiencia de las agencias del control punitivo, en la lucha contra la grave criminalidad (chivos expiatorios).

Estas personas criminalizadas cargan con una selectividad criminógena que la propia sociedad determina sobre ellos, esto es, ciertos estereotipos de comportamientos sociales son etiquetados por el colectivo social, y son los primeros que caen en las redes de la represión estatal. El estereotipo acaba constituyendo el criterio de selectividad del ejercicio de la criminalización secundaria, la raza, el atuendo, la vestimenta y otro tipo de características compaginan los criterios que usa la policía para la concreción efectiva de la violencia punitiva. La selección criminalizante secundaria conforme a estereotipo condiciona todo el funcionamiento de las agencias del sistema penal, en forma tal que éste es caso inoperante para cualquier otra selección, por lo cual es importante frente a los delitos del poder económico (llamado de cuello blanco).⁷¹

En el ámbito concreto de la persecución penal, que se materializa a partir del Proceso Penal, refleja también la escasa operatividad de la Justicia Penal para perseguir y sancionar los hechos punibles que llegan a su conocimiento,

70 Así, la Ley N° 29574 del 17 de septiembre del 2010.

71 SUTHERLAND, D.; *White collar crime*. Cfr.

pues, en este nivel no incluimos la cifra negra de la criminalidad. La sobrecarga procesal producto de la carencia de filtros de selección, importa que sean muy pocos los casos que llegan exitosamente a su conclusión, casos que revelan hechos escandalosos o de alta conmoción pública (corrupción, violación a la libertad sexual, caso Utopía, etc.); mientras que el resto son objeto de un archivamiento definitivo por falta de pruebas o por obra y gracia de la prescripción, y si finalmente son sancionados, importan una respuesta por lo demás tardía, cuyos efectos debilitan de forma significativa lo que debe entenderse por tutela jurisdiccional efectiva en nuestro país.

Es de verse, entonces, que la Justicia Penal cuenta con escasos recursos materiales y humanos; limitados recursos operativos, que impiden una persecución penal eficaz y eficiente.

En ocasiones estos costes pueden ser demasiado elevados a la vista del objetivo que se persigue (o del beneficio que debe obtenerse) debido a los limitados recursos de que disponen las autoridades encargadas de investigar y, también, a la existencia de casos más importantes⁷².

Esta configuración socio-descriptiva, es definida en parte por los medios de comunicación social, que ejercen una función de relevancia, manifestada en la «dramatización de la violencia cotidiana».

El último estadio del ámbito de la criminalización secundaria, lo constituye el Derecho penitenciario, la etapa donde se produce el ejercicio concreto del poder punitivo del Estado.

La imposición de una pena privativa de libertad supone, el confinamiento del condenado a un establecimiento penitenciario (prisión); centro de neutralización social, que importa a su vez una limitación y restricción significativa de una serie de derechos, aparte de la privación de la libertad. El penado no sólo pierde su capacidad locomotora, sino que se somete a un régimen disciplinario que ejecutan las agencias penitenciarias (ideología del «penitenciarismo oficial»).

La propia ejecución de la pena de prisión puede también ser un instrumento de control, pues a veces el Poder Ejecutivo utiliza diversas estrategias penitenciarias (libertad condicional, dispersión de presos, sustitutivos penales) para prevenir determinada criminalidad⁷³.

Todos los mecanismos e instituciones mencionadas, forman parte de la política penitenciaria, como un sub-sistema de la política criminal.

72 FREUND, G.; *Sobre la Función Legitimadora de la Idea...*, cit., p. 94.

73 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; cit., p. 149.

6. EL DESBORDE DE LA JUSTICIA POPULAR, ADSCRITA EN LA CRISIS DE LA VIOLENCIA PUNITIVA INSTITUCIONALIZADA

El discurso de la criminología crítica se centra en los procesos de criminalización (primaria y secundaria), los cuales sirven únicamente en el mantenimiento y reproducción de las desigualdades sociales existentes, donde el Sistema Penal sólo se ocupa de castigar y sancionar a las masas poblacionales marginales y excluidas⁷⁴. Esto equivale a decir que no sólo las normas del derecho penal se forman y aplican selectivamente, reflejando las relaciones de desigualdad existentes, sino que el derecho penal ejerce también una función activa, de reproducción y de producción, respecto a las relaciones de desigualdad⁷⁵.

Discurso en suma radical, que de cierto modo no se corresponde con el actual estado de cosas en nuestro país, donde personajes de cuello blanco (altos funcionarios del Estado), han sido objeto de persecución y de sanción efectiva, por parte de la Justicia Penal, con penas en puridad severas. Empero, nuestra consideración apunta hacia otra orientación.

Sostuvimos líneas atrás, que el proceso de criminalización secundaria, devela que las agencias encargadas de la persecución penal, no cuentan con los recursos adecuados para hacer frente a la criminalidad; sobre todo a la criminalidad más compleja de enfrentar. De tal forma, que son escasos los casos, donde los culpables son debidamente sancionados.

La situación descrita, desencadena una frustración entre las masas poblacionales, frustración que importa una defraudación social hacia el Sistema Penal como tal, pues, los ciudadanos perciben de forma concreta, cómo sus bienes jurídicos más preciados son vulnerados y, que estos autores no son sancionados por la Justicia Penal, en la medida que la policía no cuenta con efectivos policiales suficientes, el hecho como tal no es constitutivo de un delito (falta), o el sospechoso que fue detenido -en flagrancia-, es excarcelado vía una acción de *habeas corpus* u otros mecanismos impugnativos ordinarios.

Conforme lo anotado, los pobladores perciben que las normas jurídico-penales constituyen en realidad una simbolización discursiva vacía de contenido o que sólo sirven para sancionar a los clientes bajos del sistema, en tal virtud, toman la decisión de hacer justicia de propia mano. Son los poderosos finalmente, que acceden rápidamente al sistema de administración de justicia (tutela jurisdiccional efectiva), haciendo uso de una serie de influencias con los órganos que administran justicia y, de esa forma obtienen una respuesta judicial efectiva -tanto en su calidad de procesados como de agraviados-.

74 Así, BARATTA, A.; *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, cit., ps. 173 y ss.

75 BARATTA, A.; *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, cit., p. 173.

Se percibió en nuestro país, cómo procesos judiciales que importaban el trámite de medidas cautelares en conflictos empresariales (*societarios*) -las resoluciones llegaban vía fax-, esto quiere decir, que cuando existe una motivación material de por medio la justicia sí llega rápido y, claro como expresión de la corrupción, mas los clientes más bajos esperan años que sus causas sean resueltas, recorren los pasillos del Poder Judicial clamando por que las autoridades atiendan, se hacen viejos de tanto esperar, una justicia que nunca llega, lo que hace es debilitar aún más la tutela jurisdiccional efectiva, según el paradigma del Estado de Derecho.

De la obra de FOUCAULT «Vigilar y Castigar», extraemos la siguiente partitura *“Recorred los lugares donde se juzga, donde se encarcela, donde se mata... Un hecho nos impresiona en todos ellos; en todos vemos dos clases de hombres bien distintos, de los cuales los unos se encuentran siempre en los sillones de los acusadores y de los jueces y los otros en los banquillos de los acusados y de los reos, lo cual se explica por el hecho de que estos últimos por falta de recursos y de educación, no saben mantenerse dentro de los límites de la probidad legal”*⁷⁶. Juicio de valor, que ya no se ajusta a la realidad actual, por cuanto la historia de la criminalidad —en tiempos presentes—, refleja que ya son otros hombres e individuos, los que se sientan en el banquillo de los acusados, y si antes no lo hacían, era porque el Sistema Penal era hecho sólo para reprimir precisamente a esa «clase de hombres».

Robos, hurtos, agresiones, violaciones a la libertad e intangibilidad sexual, constituyen los hechos criminales, que día a día se cometen en los distritos, en las comunidades, en los pueblos jóvenes de Lima y del interior del país. Los más execrables crímenes son perpetrados en los poblados rurales, lugares que cuentan con un mínimo de efectivos policiales, que no se pueden dar abasto para enfrentar esta incesante delictuosidad. Son pobladores que hace mucho tiempo dejaron de confiar en el Sistema Penal, por tal motivo se organizan comunitariamente y crean sus propios mecanismos de control social. Mecanismos de control que únicamente actúan en el ámbito de la represión, pues, su concreción se ve manifestada en toda su magnitud, cuando capturan a los malhechores y los someten a la rotulada «Justicia Popular». Mejor dicho venganza privada que se materializa a partir de la agresión directa del responsable, a éste se le puede denominar “sospechoso”, en tanto, la reacción social ante el hecho punible no supone juzgamiento alguno. Flagelaciones, quemaduras, azotes, pedradas, y otros suplicios, son los castigos corporales que emplean estos colectivos sociales, los cuales pueden desencadenar la muerte del sancionado.

76 FOUCAULT, M.; *Vigilar y castigar*. Vigésimo octava edición en castellano, abril de 1998 (11º de España), Madrid, cit., p. 281.

Muchos ajusticiamientos selectivos han podido ser detenidos, por la actuación rápida de las fuerzas del orden, lamentablemente en otros casos no fue posible. Son turbas humanas que no comprenden razones ni justificaciones, sólo quieren tutelar sus bases de convivencia, bajo un respeto hacia sus bienes jurídicos más preciados.

La fenomenología descrita, adquiere progresivamente una mayor virtualidad fáctica, pues es una constante, que se registren estos hechos en variados caseríos y territorios de nuestro país.

Al respecto debe anotarse que esta situación, es producto de una serie de factores (*multifactorial*), que en su conjunto han propiciado un caldo de cultivo de violencia social.

Dicho en otros términos: el Estado de Derecho no ha llegado a estos pobladores, tenemos un país con dos realidades distintas, el Perú Profundo al que hacía alusión el historiador nacional JORGE BASADRE ha tomado la Justicia de propia mano, es un estallido social que se funda en la defraudación de las expectativas de la comunidad por alcanzar la Justicia de los hombres. Mientras esto sucede, los gobernantes de turno se preocupan por otros temas, que de seguro les rinde más réditos, pero no se dan cuenta que con su dejadez lo único que hace es fortalecer la ruptura del Perú formal con el Perú informal, con las repercusiones que hoy salen a la vista.

Es el propio sistema democrático que se pone en peligro, y que es aprovechado por oportunistas para izar la bandera del odio y de la confrontación. La solución pasa por emprender una verdadera Reforma del Sistema Penal, que sea integral y que tenga por meta fundamental la recuperación de la legitimidad social de la Justicia, y, cómo hacerlo, acercando a la justicia con la población, acercando al Juez con su comunidad. Al respecto son varios los proyectos que se han elaborado (Acuerdo Nacional para la Justicia, CERIAJUS, etc.), los cuales inciden en el fortalecimiento de la Justicia de Paz como una vía adecuada para fortalecer los lazos del Sistema de Justicia con la Comunidad. Asimismo, debe producirse una reforma policial, dirigida a su modernización, mediante la tecnificación y capacitación, mejoramiento de todo el aparato logístico y operacional, a fin de que pueda prevenir eficazmente la delincuencia en nuestro país, la cual podrá consolidarse con la articulación de un trabajo coordinado con las Municipalidades, con arreglo al modelo "Acusatorio", que cobra vida en la vigencia progresiva del nuevo CPP en nuestro país.

En un orden Social y Democrático de Derecho la conflictividad social debe afrontarse con la racionalidad que se deriva de los medios de control social formalizados; ello supone que el Sistema Penal debe estar en capacidad de procesar estos hechos, a fin de garantizar el restablecimiento de la paz y seguridad jurídica en nuestro país.

El uso de la venganza implica supone una involución de la sociedad, a etapas largamente superadas, precisamente por la conformación de un orden donde rige la Justicia y el Derecho, donde son las razones las que resuelven los conflictos sociales y no el poderío de las armas o el uso de la arbitrariedad funcional.

CAPÍTULO II

RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON LAS DIVERSAS DISCIPLINAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Sumario: 1. Aspectos Preliminares. 2. Con el Derecho Constitucional. 2.1. *El control constitucional de las leyes penales*. 3. Con el Derecho Procesal Constitucional. 3.1. *El Hábeas Corpus Innovativo*. 4. Con el Derecho Procesal Penal. 4.1. *El nuevo CPP y la denominada «Teoría del Caso»*. 5. Con el Derecho Administrativo Sancionador. 6. Con el Derecho Civil. 7. Con el Derecho Penal Internacional.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

El Derecho constituye una forma de organización social, cuya validez se determina en la positivización de las reglas que han de regir la vida del hombre en sociedad. A tal efecto, es la escuela del «Positivismo» que encumbra el Derecho en una configuración legal, que importa la potestad del poder político de reglamentar las diversas interrelaciones sociales.

Las normas producidas por el Estado contienen comportamientos valiosos, que deben asumir los ciudadanos, a fin de establecer un régimen de convivencia bajo determinados principios comunes (*reglas generales*); por eso se dice, que el Derecho en realidad configura la organización social en base a un sistema de Derecho positivo, que no sólo apunta hacia procedimientos de formalización normativa, sino también a su legitimidad, de conformidad a un orden axiológico de contenido abstracto, pero dotado de suficiente materialidad.

Cada parcela del ordenamiento jurídico se dirige a regular una determinada esfera de las relaciones humanas, a partir de la concreción normativa que postula el legislador, siguiendo un orden y pautas establecidas.

Las variadas conductas que puede adoptar el hombre en el ámbito de sus interrelaciones con sus congéneres, manifiestan una diversidad de connotacio-

nes valorativas que inciden en las zonas propias de actuación de las distintas parcelas que comprenden el ordenamiento jurídico. Empero, desde la política jurídica en general, se es de común idea, que las diversas disciplinas que integran el ordenamiento jurídico deben orientarse a su plenitud, encaminadas a la coherencia intrasistemática que debe subyacer entre éstas, a fin de evitar antinomias o dicotomías que perviertan el sentido teleológico de la normatividad en cuestión.

Esta plenitud axiológica se sostiene básicamente sobre los principios y valores que consagra la Ley Fundamental, como norma basilar constituyente, que debe guiar toda la construcción normativa del Estado.

La idea moderna de que el Derecho es un conjunto de normas positivas muy amplias en número, producidas por el Estado exigirá un concepto integral, un punto de referencia unitario⁷⁷. Un concepto integral que debe partir de consideraciones de orden formal y material. Por eso, cuando hablamos de unidad del Ordenamiento, dice Bobbio, nos referimos a los criterios de unificación entre todas las normas positivas directas e indirectas (...), en referencia a una norma fundamental, que autoriza la producción de todas las normas inferiores⁷⁸. Esta norma fundamental es la Constitución Política del Estado, la cual reviste al legislador del poder formativo de la normatividad.

La interdisciplinariedad científica de las diversas parcelas del ordenamiento jurídico, se basa en su necesidad de sistematización para poder solucionar válidamente los conflictos y controversias sociales, que acontecen entre los ciudadanos (Derecho privado) y entre el Estado y el ciudadano (Derecho público).

El Derecho penal -como medio de control social institucionalizado-, es para nada ajeno a esta consideración científica, en la medida, que su actuación material supone muchas veces la remisión a las normas o valores que emanan de las diversas disciplinas jurídicas. Dicha interdisciplinariedad reposa fundamentalmente en el orden programático, que debe guiar el proceso formativo de las leyes penales, en el sentido, de dotar de justificación material a partir de su integración con la Ley Fundamental, en cuanto orden de valores a seguir.

El Derecho penal, pues, no es una esfera aislada del resto de disciplinas jurídicas, tanto en su propia concreción fáctica como en su delimitación de actuación.

La aplicación de las normas jurídico-penales supone muchas veces la necesidad de que el juzgador se remita a normas extrapenales (*normas penales en blanco*), a fin de fijar el correcto alcance interpretativo de la norma, lo cual garantiza su racionalidad, desde un plano de estricta interpretación hermenéuti-

77 PECES BARBA, G.; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 110.

78 Citado por PECES BARBA, G.; ob. cit., ps. 125-126.

ca. Los conceptos mismos que utiliza el legislador en la construcción normativa de los tipos penales, tienen una connotación que rebasa el ámbito estricto de la juridicidad penal, cuyos conceptos deben llenarse con instituciones pertenecientes al Derecho privado u otras ramas del orden jurídico.

En este orden de ideas, el sentido integrador del ordenamiento jurídico, adquiere concreción última en el ámbito jurídico-penal, cuando hablamos de un Sistema Integral del Derecho penal, que comprende las esferas propias del «Sistema Penal»: política criminal, derecho penitenciario, criminología, derecho procesal penal y derecho judicial. Todas estas disciplinas se refunden en la idea del fin (*Zweckrationalität*) que se deduce en la posición de someter la actuación punitiva del Estado, al orden de valores que se compaginan en la estructuración ius-filosófica y ius-fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho.

Sistema integral de las Ciencias Penales que apunta hacia el uso racional de la injerencia punitiva en la esfera de libertad ciudadana, que se configura a partir de una serie de criterios y pautas materiales que limitan el uso de la pena en la resolución de la conflictividad social. Justicia punitiva que en la actualidad sólo puede promoverse y justificarse a partir de fines preventivos, y ya no retributivos como se postulaba en las teorías absolutas de la pena. En lo fundamental, escribe FREUND, la concepción del Derecho penal que deriva de la idea de un sistema integral, sólo es una teoría de la pena de la que se ha de eliminar la arbitrariedad, orientándola hacia una Justicia bien entendida⁷⁹.

En síntesis, el Derecho penal está ligado a las demás ramas jurídicas en tres aspectos básicos:

- a) Por ser común en todas estas ramas la presencia de preceptos que tienden a la protección penal de los bienes jurídicos vitales que tutelan. Este aspecto relacionador constituye una derivación propia del carácter sancionador del Derecho penal;
- b) Porque se puede apreciar que en todas las demás ramas no penales se encuentran preceptos sancionadores especiales, que en sí, son de carácter genuinamente penal, y que inclusive, son de competencia exclusiva del Derecho penal⁸⁰.
- c) Porque muchas veces las leyes no penales en su afán normativo, hacen referencia directa a los preceptos del Derecho penal⁸¹.

79 FREUND, G.; *Sobre la función legitimadora de la idea...*, cit., p. 126.

80 De hecho, si bien la naturaleza sancionatoria es característica esencial del Derecho público, no es menos cierto, que la pena como mayor descarga de dicho ámbito sancionador, es privativo del Derecho penal.

81 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 29-30; sobre todo en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

2. CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La «Ley Fundamental» establece el programa político-criminal, toda vez, que son los principios acuñados en su seno, los que orientan la pretensión punitiva estatal⁸², pero claro está, su concreción específica se materializa en las leyes penales.

Es de verse, entonces, que la Carta Superior, encarna una simbolización programática, dotada de una proclamación *principista*, como plataforma, sobre la cual debe asentarse todo el entramado normativo; es decir, en su cúspide normativa se consagran los valores superiores, que deben ser recogidos en todas las parcelas del orden jurídico; con mayor razón el Derecho penal, al instituirse en el brazo más duro de la reacción jurídico-estatal.

La Constitución Política recoge una serie de principios que se constituyen en verdaderos "límites" de la intervención punitiva en los derechos y libertades públicas: principio de legalidad material (art. 2, inc. 24, lit. d); principio de proscripción de aplicabilidad analógica in *malam partem* (art. 139°, inc. 9); el principio de aplicación de la ley más favorable (art. 139°, inc. 11) y la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (art. 103°); el principio resocializador (art. 139°, inc. 22⁸³) y el artículo 140° que contempla la exclusividad aplicativa de la pena de muerte en caso de guerra exterior⁸⁴.

Así el poder legislativo queda limitado por la necesidad de que las normas penales supongan la mínima restricción posible de las libertades para asegurar dichas libertades (principio de prohibición de exceso), del que son consecuencias la necesaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos (principio de ofensividad) y la adecuación de las consecuencias jurídicas (principio de proporcionalidad); y el Ejecutivo y el Judicial, por su sometimiento a la ley (principio de legalidad) y por los que derivan, en los casos concretos de su aplicación, de la dignidad de la persona (principio de culpabilidad)⁸⁵. En la concepción jurídica

82 Así, CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 84.

83 Como señala CARBONELL MATEU, si entendiéramos la Constitución como un programa concreto, interpretaríamos que el precepto establece el carácter preventivo-especial de la pena, con absoluta prevalencia sobre otros fines; cit., p. 85; de ser así se dejaría vacío de contenido preventivo general (general como positivo) a la pena, incompatible con los fines de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la defensa de los intereses públicos y la vigencia del orden jurídico constituyen también fines valiosos. Así, lo ha considerado el TCP, en la sentencia del 21 de julio del 2005 recaída en el Exp. N° 0019-2005-PI/TC.

84 Si bien la Ley Fundamental establece que la pena de muerte es el caso del delito de terrorismo, hasta la fecha no se ha sancionado ley penal alguna, que determine esta pena como norma de sanción a estos injustos penales, y aunque así fuera será inaplicable, pues sería incompatible con los principios mismos de la Carta Política y del Código Penal.

85 CARBONELL MATEU, J. C., cit., p. 86.

moderna esos principios se alzan como limitaciones a la facultad de castigar del Estado y son una garantía del individuo frente al ejercicio de esa facultad⁸⁶.

Siendo así, la Ley Fundamental se constituye en el rosario compaginador de los intereses, que son dignos y merecedores -de tutela penal-, en razón a su relevancia para el individuo y en su participación concreta en los procesos socioeconómico-culturales.

De esta forma, el Derecho penal recoge estos intereses de una forma positiva, y los incluye sistemáticamente en el glosario político-criminal del bien jurídico tutelado. En esta medida, el bien jurídico se torna en garantía del ciudadano y de la sociedad entera, que están en condiciones de determinar y saber lo que está protegiendo el ordenamiento jurídico en su conjunto y cada precepto en particular⁸⁷.

Se afirma al respecto que la base material del bien jurídico se define por el orden de valores que la Constitución reconoce, precisamente, el artículo 2° de la Ley Fundamental comprende estos intereses vitales: la vida, el cuerpo y la salud, la intimidad, el honor, la libertad de expresión, la inviolabilidad de domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad al trabajo, el derecho de asociación y de sindicalización, el derecho alimenticio, el acceso a la información, derecho al sufragio y a ser elegido, etc. Intereses jurídicos que parten desde una perspectiva individual, por lo que pasan a configurar el derecho penal nuclear. 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 Derecho. Sin embargo, las transformaciones sociales producidas a comienzos del siglo 20, propician la aparición de los derechos sociales y económicos y, más tarde los de 3era. Generación, cuya incorporación en el orden jurídico nacional importó la construcción de bienes jurídicos *macrosociales* o dígase *supraindividuales*.

Por otro lado, la fundación programática de un Estado Social de derecho, que se materializa a partir de las prestaciones públicas que el Estado se encuentra obligado a prestar a la ciudadanía, a fin de entablar relaciones concretas con los administrados, supone en el ámbito criminal, la tipificación de aquellos injustos que atentan contra la objetividad, legalidad e imparcialidad del ejercicio de toda la actividad pública (arts. 39°-41°).

También la Ley Fundamental regula ciertas instituciones que significan el cese de la persecución penal o la sustracción del responsable, del ámbito de punición. Son motivos políticos y humanitarios que se dirigen a establecer

86 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 157; Así, SUÁREZ de las Mercedes, M.: *El modelo integrador de Ciencia penal*, cit., p. 39.

87 MORALES PRATS, F.; *La tutela penal de la Intimidad: privacy e informática*. cit., p. 111.

contrapesos al poder penal de los Tribunales y de priorizar la dignidad humana como valor esencial del Sistema jurídico-estatal.

La concreción de estas instituciones, importa una exclusiva potestad del Presidente de la República, en vista de su naturaleza eminentemente política. Así, lo previó el legislador en la Carta Política de 1993, en el artículo 118° inciso 21), al establecer el derecho de conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. Instituciones todas ellas, que deben ser aplicadas con criterios sumamente rigurosos, a fin de no defraudar los intereses sociales sometidos a la efectiva realización de la justicia, que no se instituyan en puente de impunidad.

Finalmente, motivos también de orden político, fundados en la necesidad de tutelar la función legislativa y de los más altos funcionarios del Estado, es que se ha contemplado límites constitucionales concretos a la persecución penal y la sanción punitiva. Es así, que se han revestido de ciertas prerrogativas a los altos funcionarios del Estado (art. 99°), a fin de que no sean sometidos a una persecución penal innecesaria, cuando se trate de presuntos delitos cometidos en infracción del deber funcional en el marco de la actuación pública, y en el tiempo del ejercicio del cargo. El artículo 99° establece el Antejudio constitucional como una especie de prejudicialidad administrativa, como filtro selectivo de persecución penal, pues, la efectiva promoción de la acción penal ante la Justicia, está condicionada a una decisión estrictamente política (administrativa). De ahí, nuestra crítica a las precisiones que el artículo 10° (*in fine*) estipula, en cuanto a la competencia del Fiscal de la Nación y de la Corte Suprema, pues, muchas veces las razones políticas van a conculcar las razones de la Justicia y del Derecho.

Asimismo, en el marco de los delitos comunes, la Ley Fundamental (art. 93), ha contemplado la Inmunidad Parlamentaria, como una bisagra que se alza ante la persecución penal, cuyo levantamiento supone la realización de todo un procedimiento administrativo, que difícilmente culmina positivamente, tal como los hechos recientes lo demuestran. La salvedad a esta previsión lo constituye la comisión de un delito en flagrancia. Debe entenderse que este blindaje procesal sólo es aplicable cuando el delito común es cometido en el desarrollo de la función congresal, y no por la comisión de delitos antes de asumir el cargo tal como lo ha dejado sentado *por mor* el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 0026-2006-PI/TC.

De esta manera, podemos observar que el Derecho penal y el Derecho Constitucional guardan estrecha relación en la medida en que este último regula y determina la naturaleza y el carácter de la sanción penal⁸⁸.

88 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 31.

2.1. El control constitucional de las leyes penales

Según los dictados de un Estado Social y Democrático de Derecho, el control constitucional de las leyes, es un imperativo categórico, sobre todo, cuando los preceptos legales cuestionados, son de materia penal (sustantivo, procesal y de ejecución), tomando en cuenta la relevancia constitucional de los intereses jurídicos en juego.

A decir, de Ferrajoli, (...) en el Estado constitucional de derecho, fundado sobre esa verdadera invención de nuestro siglo que es la rigidez constitucional, en virtud de la cual las leyes ordinarias, al aparecer situadas en un nivel subordinado respecto a las normas constitucionales, no pueden derogarlas so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad⁸⁹.

Dicho control ("constitucional"), se hace más indispensable en nuestro país, cuando se advierte que el legislador así como el Poder Ejecutivo⁹⁰, formulan reformas penales, abiertamente incompatibles con los valores consagrados en la Ley Fundamental y en el Título Preliminar del texto punitivo; con ello, queremos poner en discusión, el fenómeno del «Punitivismo», que cada vez nos acerca a una imagen apocalíptica de la problemática, en el sentido, de que esa necesidad por ejercer una intervención más drástica del Derecho penal, está haciendo mella en las bases democráticas que asentaron el *ius puniendi* estatal, según se desprende del Título Preliminar del CP.

Nadie puede dudar, de que algo se debe hacer con esta delincuencia irrefrenable, que día a día va en aumento, concitando la preocupación de todos los actores involucrados y, de seguro que el Derecho penal debe desplegar una misión importante; pero, pretender hacer cargar toda la responsabilidad al aparato punitivo estatal, es un despropósito, no sólo por motivos principistas, sino también por factores sociológicos. Como si el crimen pueda ser desterrado de la faz de la tierra, con penas y más delitos; reducir el delito a márgenes racionales, importa diseñar una estrategia, que desborda los contornos de la política criminal, para adentrarse a políticas sociales de mediano y largo alcance.

En palabras de Ferrajoli, defensa social y galantismo, tutela de los bienes primarios y garantía de los derechos de los encausados, seguridad frente a los delitos y frente a las penas arbitrarias se configuran así, como las dos vertientes, no sólo esenciales sino relacionadas entre sí, que legitiman la potestad punitiva⁹¹.

89 FERRAJOLI, L.; *Democracia y galantismo*. Edición de MIGUEL CARBONELL, cit., p. 65.

90 Cuando sanciona las leyes penales, a través de Decretos Legislativos, práctica normativa, reñida con los valores de un orden democrático de derecho.

91 FERRAJOLI, L.; *Democracia y galantismo*, cit., ps. 69-70.

Lo cierto, es que la corriente neo-criminalizadora, encuentra mayores adeptos en coyunturas electorales o en corrientes políticas "populistas", donde así como abundan las demandas, también abundan las ofertas de más Derecho penal, de más penas, sin interesar las consecuencias que ello puede conllevar.

Cuando el Parlamento, le delega facultades al Poder Ejecutivo, para legislar en materia penal, fue en temas exclusivamente referidos al «Crimen Organizado»; sin embargo, el PJ, fue más allá, y sancionó reformas en aspectos ajenos a dicho tópico, al haber propiciado la inclusión del inciso 11) al artículo 20° de la Parte General del Código Penal (una nueva causal de Inimputabilidad) así como la modificación del artículo 200° del CP (Extorsión).

No debe perderse de vista, que la reforma penal, es el producto normativo de la dación de Decretos Legislativos y no de Leyes; se supone que los dictados esenciales del Estado de Derecho, determinan que la política criminal es una tarea, que en exclusividad ejerce el Parlamento, donde las fuerzas políticas discuten abiertamente los proyectos legislativos, escuchando previamente a los actores interesados, lo que no sucede en el caso del Poder Ejecutivo, donde la sanción de los Decretos Legislativos, no viene precedida por un debate democrático. Como se apunta en la doctrina constitucional, ante esta distorsión en el régimen normal de producción de normas con fuerza de Ley (que corresponde genuinamente al Poder Legislativo), se siente la necesidad de prestar una especial atención a las formas de fiscalización aplicables a este tipo de normas⁹². Entonces, los dispositivos penales, que provengan de esta forma de producción normativa, ameritan un control más riguroso, en comparación con aquéllas que provienen del Parlamento.

Las bases democráticas de nuestro sistema jurídico-estatal, exigen por tanto, de un control constitucional de las normas, sea vía el control difuso por los órganos ordinarios del Poder Judicial o, vía el control concentrado que asume el Tribunal Constitucional, conforme los artículos 138° y 202° de la Ley Fundamental. La justicia constitucional se considera hoy como elemento cardinal del Estado democrático, escribe GROPPÍ. Es su ausencia la que puede hacer dudar el carácter democrático de un ordenamiento⁹³. Control constitucional que se hace más necesario en materia penal, conforme a una orientación de política criminal del legislador, que al seguir una dirección "punitivista", no en pocas ocasiones, resulta abiertamente incompatible con los principios penales de consagración constitucional.

92 GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.; *Consideraciones sobre la fiscalización jurisdiccional de los Decretos Legislativos*. En: Estudios sobre la Constitución Española – homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, T. I, cit., p. 407.

93 GROPPÍ, T.; *Titularidad y Legitimación ante la Jurisdicción Constitucional. Una Perspectiva Comparada*. En: Constitución, Derecho y Proceso – Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, cit., p. 541.

Inclusiones normativas que inciden en una serie de cuestionamientos, donde los reparos trascienden un marco estricto de legitimación, de validez material (externa), enrostrando incoherencias dogmáticas insalvables, tal como lo expusimos en otros estudios sobre el tema.

El asunto es que un control de constitucionalidad, no pasa únicamente por fijar criterios interpretativos que tiendan a fijar la aplicación correcta de la norma penal, sino por analizar rigurosamente, si el precepto se condice con la naturaleza de las instituciones jurídico-penal y, si el supuesto de hecho se corresponde con el bien jurídico tutelado.

Si es que se advierte que el enunciado normativo quiebra la sistemática de la institución punitiva o que no guarda coherencia con el ámbito de protección de la norma, dicho precepto debe ser expulsado del texto punitivo, al contravenir preceptos constitucionales; la plenitud, coherencia y sistematicidad, importan tres principios básicos, que deben ser resguardados, tutelados en todo examen de constitucionalidad.

El máximo intérprete de la constitucionalidad normativa, debe erigirse en un celoso guardián de los principios antes anotados, sometiendo la norma penal a un análisis pormenorizado, que intente salvaguardar los límites constitucionales del *ius puniendi* estatal, v.gr., los principios de culpabilidad, proporcionalidad, ofensividad, etc.

Tal como lo hemos venido sosteniendo en otros estudios, se requiere de una *legitimidad teleológica y ética de las normas penales*, de que la sanción legislativa de los dispositivos penales, tengan vigencia pragmática en la consecución de los cometidos (*prevención de la criminalidad*)⁹⁴.

3. CON EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La Ley Fundamental consagra una serie de derechos fundamentales, desde una perspectiva positiva, por cuanto, su reconocimiento normativo importa su respeto irrestricto por parte de todos los poderes públicos.

La libertad personal, la dignidad humana, la intimidad, el secreto a las comunicaciones, el debido proceso, el principio de legalidad material, etc., constituyen todo un abanico de derechos, que pueden ser vulnerados por los Tribunales que administran Justicia Penal. Empero, lo importante a todo esto, es que los posibles daños que puedan producir la actuación pública, puedan ser reparados, revertidos y cesados en sus efectos lesivos. De nada serviría la elevación de los derechos y libertades fundamentales, a un rango superior, si es que no se establecieran mecanismos e instrumentos legales destinados a su efectiva protección.

94 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., ps. 11-12.

En el artículo 200° de la Constitución Política de 1993, se regulan una serie de Garantías Constitucionales a fin de hacer valer la vigencia efectiva de tales derechos, a través de los denominados «procesos constitucionales» («Acciones de Garantías Constitucionales»). Son, entonces, la vertiente subjetiva de la libertad y dignidad humana, que se comprenden en la idea del Debido Proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Hasta antes de la dación de la Ley N° 28237, las acciones de Garantías Constitucionales (Acción de Amparo, *Hábeas Corpus*, *Hábeas Data*, Acción Popular y Acción de Inconstitucionalidad), eran regulados de forma dispersa en nuestro derecho positivo como expresión de una inadecuada técnica legislativa. En tal virtud, el legislador enmienda el estado de cosas, con el objetivo de ordenar esta legislación, sistematizándola a partir de criterios unificadores, dando cuerpo normativo al Código Procesal Constitucional.

Dicho lo anterior, se compila de una forma más adecuada los procesos constitucionales, adoptando una tutela de mayor alcance normativo y por otro lado, delimitando claramente los ámbitos de competencia de los órganos jurisdiccionales competentes, erigiéndose en la cúspide de los niveles jerárquicos al Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la constitucionalidad normativa como productor incesante de «precedentes vinculantes».

Con todo, se aprecia un cuerpo de normas que propicia una mayor tutela a los derechos y libertades fundamentales, fortalecedor del Estado de Derecho, configurando un estado de plena seguridad jurídica.

En el ámbito jurídico-penal, el proceso que nos interesa es el de *Hábeas Corpus*, el cual tutela la libertad individual o los derechos constitucionales conexos (Art. 200°, inc. 1). La Ley N° 28237, en su artículo 25° glosa una serie de derechos protegidos, que caen bajo su ámbito de procedencia, derechos que en su mayoría hacen alusión a los derechos y garantías comprometidas en el Derecho procesal penal (Proceso Penal). Empero, los que hacen alusión al Derecho penal material, serían aquellos compaginados en el último párrafo del articulado "*También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos a la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio*". Lo que debe quedar claro es que en esta vía procesal constitucional no se pueden determinar las bases de imputación delictiva, que únicamente son de competencia del juez ordinario de la causa. Efectivamente, como lo señala el TC en los considerandos de una resolución, no puede acudir al *hábeas corpus* ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos y que, como es la determinación de la responsabilidad criminal, son de incumbencia exclusiva de la justicia penal⁹⁵.

95 Exp. N° 1230-2002-HC.

El juicio de tipicidad importa la estricta adecuación de los hechos descritos en la denuncia en los alcances normativos del tipo penal, una valoración estrictamente formalista que sólo incumbe al juez ordinario. Sin embargo, el legislador puede que no haya precisado de forma exacta la conducta típica, que el tipo penal sea demasiado abierto o que se hayan utilizado en la descripción de la conducta prohibida términos normativos muy poco claros de interpretación. Así, lo estima el TC, cuando afirma lo siguiente: "*De ahí que sólo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación al principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores*"⁹⁶. En tales casos el TC puede determinar ciertos ámbitos de comprensión e interpretación normativa, a fin de establecer una precisión típica, cuya vulneración importa la afectación a la libertad individual, puesto, que sólo puede asumir una función legislativa positiva en los casos de la Acción de Inconstitucionalidad; sin embargo, en muchas decisiones el máximo intérprete de la constitucionalidad normativa se ha constituido en un *legislador ordinario*, inclusive yendo en contra de las disposiciones constitucionales en vigor, en lo que respecta al efecto irretroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad.

El principio de legalidad penal material (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), como principal conquista del Derecho penal liberal es la fuente formal que sujeta la actuación decisoria del juzgador al marco estricto de la ley, como una vía arbitrada de la interdicción a la arbitrariedad pública. Por una parte, el que sea el legislador y no el juez el que defina lo que debe entenderse en cada caso por infracción penal sirve como garantía para la justicia, ya que la ley se meditará al margen del caso concreto y sin la influencia que éste necesariamente produce en el juzgador⁹⁷.

En la STC 0010-2002-AI/TC, se ha determinado que el principio de legalidad exige por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de las cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).

En el marco de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, cobra también relevancia el principio de proporcionalidad de las penas, como una forma de arbitrar la sanción justa y merecida y, sobre todo, para no sobrepasar el

96 Sentencia recaída en el Exp. N° 2748-2004-HC/TC (parágrafo 8).

97 CASABÓ RUIZ, José Ramón; *La legalidad del delito...* cit., p. 19.

umbral de legitimidad que viene sustentado por la dignidad humana y los fines preventivos de la pena. Resulta necesario atender tanto al fundamento como a los fines de la pena, a la hora de determinar la proporcionalidad de la respuesta penal⁹⁸.

La prohibición de exceso, como mecanismos de contención, destinada a procurar la vigencia de los fines antes anotados, por otro lado, que la modulación de la sanción punitiva se determine conforme al grado del injusto y los intereses sociales puestos en tutela. Afirma el TC, que en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el artículo 200° de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona⁹⁹.

El principio de «interdicción a la arbitrariedad», también ha supuesto pronunciamientos del TC; cuando se dice que: “Lo expuesto precedentemente tiene su fundamento, por otro lado, en el *Principio de interdicción de la arbitrariedad*, el cual es un principio y una garantía frente a la facultad discrecional que la Constitución ha reconocido al Ministerio Público. De ahí que se haya señalado en sentencia anterior (Cf. Exp. N° 06167-2005-PHC/TC. FJ. 30. Caso: Fernando Cantuarias Salaverry) que “*el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica*”.

El TC en una Acción de Inconstitucionalidad ha también legislado de forma positiva al establecer la infracción al principio de legalidad penal, la ausencia de marcos penales mínimos y máximos en las normas de sanción de la conducta prohibida.

3.1. El Hábeas Corpus Innovativo

De la persecución penal emergen los estados de mayor coerción, que inciden de forma directa en los derechos fundamentales de los justiciables, es de verse la necesidad de que la legislación recoja mecanismos que se dirijan

98 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 211.

99 Exp. N° 0010-2002-A1.

a reivindicar un interés jurídico injustamente afectado, en este caso la libertad personal, cuando los funcionarios estatales privan de libertad a un sujeto, sin que dichas circunstancias se encuentren expresamente detalladas en el dispositivo legal, sea porque el mandato u/o la orden no se encuentra debidamente justificada, sea porque la medida no ha sido debidamente motivada por el juzgador. En todos estos supuestos aparece una medida correctiva de especial incidencia, el proceso constitucional de «Habeas Corpus», instrumento que ha de ser empleado como mecanismo de contención a la arbitrariedad estatal, a fin de que cese un estado de cosas *per se* ilegítimo, arbitrario, principalmente que el afectado recobre su libertad personal y derechos conexos. En efecto, se trata de un mecanismo procesal expeditivo, de tutela urgente, reconocido en la Constitución y orientado a la discusión de una controversia de naturaleza constitucional, esto es, la vigencia de la libertad individual¹⁰⁰.

El «habeas corpus» pertenece, pues, a todo ese conjunto de garantías instrumentales, cuyo ejercicio por parte del detenido, desde el mismo inicio de la instrucción, han de posibilitar un eficaz despliegue del derecho de defensa¹⁰¹.

El Código Procesal Constitucional dispone en su artículo 25º que procede el habeas corpus ante la acción u omisión que amenaza o vulnere los derechos que conforman la libertad individual. Por su parte, el artículo 1º - finalidad de los procesos (in fine)-, prevé en su segundo párrafo que si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo el agravio producido, declara fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. En efecto, el corpus constitucional permite extender los efectos de las decisiones de los jueces, no obstante que el agravio, o mejor dicho los alcances de la conducta antijurídica hayan cesado en el tiempo, lo cual resulta consustancial para con los cometidos mismos de los procesos constitucionales, de poner freno a la arbitrariedad pública. Máxime si la afectación ha tomado lugar en el contenido esencial de un derecho fundamental, como lo es la «libertad personal».

En la decisión del TC, se ha señalado en el Considerando tercero, lo siguiente: *“En efecto, si bien, en el presente caso se advierte que el mandato de detención impuesto al demandante fue variado por el de comparecencia,*

100 PEREIRA CHUMBE, R.; *De las Garantías Constitucionales*. En: La Constitución Comentada, T. II. Director: Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima, cit., p. 1067.

101 GIMENO SENDRA, V.; *El proceso de Habeas Corpus*. Editorial TECNOS SA, Madrid, 1985, cit., p. 48.

habiendo cesado así la vulneración que se alega en la demanda, resulta necesario no solo proceder al reconocimiento del derecho fundamental invocado, sino reconocer también que el agravio cometido contra el demandante implicó un grave atentado contra sus derechos constitucionales a la dignidad, al honor y a la presunción de inocencia, por parte de las autoridades que participaron en su detención, como exponemos más adelante”.

En resumidas cuentas los fines que despliega el Habeas Corpus Innovativo, lo podemos fijar desde un doble baremo a saber: primero, la descalificación del proceder del funcionario y/o servidor público, en cuanto a la atribución de responsabilidad funcional, pues el hecho de que la medida gravosa haya cesado en sus efectos, no enerva de ningún modo la naturaleza antijurídica de la conducta, con ello las consecuencias jurídicas, lo que supone afirmar la vigencia de los derechos fundamentales y, por otro, la imposición de las sanciones que el caso amerite; segundo, incidir en un plano correctivo, por no menos decirlo intimidatorio (admonición), de evitar la repetición de dichos comportamientos de cara a futuro. En otras palabras: como un instrumento protector de los derechos fundamentales.

4. CON EL DERECHO PROCESAL PENAL

En definitiva, es con el Derecho procesal penal donde la incidencia de relación interdisciplinar adquiere una concreción significativa¹⁰²; no sólo como campo de aplicación con el primero de los mencionados, sino también como expresión concreta del respeto a sus garantías fundamentales.

El Derecho penal práctico es el ámbito de aplicación del Derecho penal sustantivo, en cuanto, las normas jurídico-penales sólo pueden aplicarse de forma concreta a través del Proceso Penal. Mediante el proceso penal se aplica el Derecho penal material¹⁰³.

Dicho lo anterior, se desprende una naturaleza instrumental del Derecho procesal penal en cuanto ámbito de aplicación natural y legitimada del Derecho penal sustantivo. Sin embargo, no es posible en el estado actual de la ciencia procesal-penal conferir únicamente un carácter instrumental al Derecho procesal penal, pues esta disciplina penal cuenta con sus propios principios, con su orden de valores, con propiedades inherentes a su propio concepto que le dan carta de autonomía disciplinaria desde un aspecto metodológico y práctico a la vez.

102 Así, GARRIDO MONTT, M.; cit., ps. 159-160.

103 Cfr., CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 99.

El Derecho Procesal Penal es, (...), funcionalmente autónomo en relación con el Derecho penal por cuanto que su cometido es actuar la norma penal en tanto se aplique la norma procesal penal autónomamente. Su autonomía rechaza un pretendido carácter vicariante del proceso penal¹⁰⁴, quiere decir esto, que el procedimiento penal en cuanto institución rodeado de garantías para los justiciables, no puede ser concebido como un medio represor, sino más bien como instrumento cobijador de las garantías y derechos fundamentales.

El Proceso penal es el medio arbitrado que el Estado ha previsto para que se tramitan las causas penales, para que la conflictividad social más grave, sea objeto de valoración judicial que se manifiesta a partir de una serie de reglas y de procedimientos normativamente estructurados, los cuales se sujetan a la garantía de un Debido Proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

El fin último del procedimiento penal es alcanzar la pacificación social y restablecer la paz y seguridad jurídica, de conformidad con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho. Entonces, los fines valiosos del Proceso Penal convergen con la orientación teleológica del Derecho penal sustantivo, toda vez que este último tiene por misión principal la protección preventiva de bienes jurídicos¹⁰⁵. Justificación axiológica que sólo puede adquirir vigencia efectiva en el marco del procedimiento penal, pues, si las normas *jurídico-penales* no se aplican de forma real, en la persona del culpable, su base material pierde legitimidad, configurando una ordenación positiva, de meros alcances sólo simbólicos, lo cual redundaría en la desconfianza social sobre el sistema de justicia en nuestro país.

El reconocimiento de la vigencia de la norma sólo se logra cuando la Justicia es impuesta por los Tribunales, cuando los responsables son debidamente sancionados.

De nada, sirve entonces, un cuerpo de normas sustantivas, de inmejorable ordenación sistemática, si es que no son aplicadas por los operadores de justicia. Sin el proceso es imposible que los fines del Derecho penal se desarrollen con eficacia y, por este motivo, un sistema penal que no dé importancia al proceso resultará indudablemente muy corto de miras, al ignorar una dimensión esencial: la dimensión de la simple posibilidad de que se haya cometido el hecho punible, un aspecto que no resulta accesible para una concepción limitada al Derecho sustantivo, pese a tener influencia decisiva en el Derecho penal

104 LORCA NAVARRETE, Antonio María; *Algunas propuestas de la adopción de un Modelo Adversarial*. En: "Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera". Coordinadores: Alonso R. Peña Cabrera Freyre, Efraín Montes Flores y Miguel Ángel Sánchez Mercado. ARA Editores, Lima - Perú, 2006, cit., p. 589.

105 Así, POLITOFF I., S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 74.

práctico, es decir, en la aplicación del Derecho penal¹⁰⁶. De esta manera aflora la relación con el Derecho Procesal Penal, cuya finalidad es permitir que las disposiciones penales puedan ser llevadas a la práctica en los casos concretos que se presenten, mediante la presentación de pruebas de cargo y de descargo que conducirán a una determinación judicial consistente en una punibilidad o una absolución dentro del proceso penal¹⁰⁷.

La determinación judicial de la pena se materializa en el ámbito concreto del Proceso Penal. Es el legislador quien determina normativamente la conducta prohibida a través de la norma de conducta, de cuya consecuencia lógica se deriva la norma de sanción que se regula a partir de un marco penal que contiene un mínimo y un máximo. Graduación de penalidad que se somete a un proceso valorativo por parte del juzgador, tomando como límite la culpabilidad y como fines los estrictamente preventivos, pero, deberá llenar estos contenidos con las variables que el Código Penal ha glosado para estos efectos (arts. 45° y ss.). Ámbito de fijación punitiva que se somete en un espectro discrecional fundado en la autonomía decisoria de la función jurisdiccional.

Si bien la adecuación de una conducta en el marco del alcance normativo de la tipicidad penal es una tarea judicial sujeta al principio de legalidad, el ámbito de la determinación judicial de la pena es un espectro estrictamente jurisdiccional, sin que ello importe un marco amplio de arbitrio judicial; conforme a las variables que se desprenden de los fines preventivos de la pena y del principio jurídico-normativo-ontológico de «Culpabilidad». En tal mérito, se ha proyectado en un nivel doctrinario, que el Sistema Integral del Derecho penal comprende al Derecho penal sustantivo, al Derecho de la determinación de la pena y el Derecho procesal penal.

La pena sólo es justa y necesaria en cuanto sea legítima, en cuanto apunte a la preservación de un estado de plena convivencia pacífica entre los ciudadanos.

La afinidad subyacente entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal converge también en una idea fin: de racionalizar la respuesta punitiva a un mínimo de intervención, de conformidad con un Sistema Integral orientado esencialmente a la prevención del delito.

La propuesta reductora de la violencia punitiva importa el reconocimiento de instituciones penales que excluyen la posibilidad de aplicar una pena, por motivos de prevención, a pesar de haberse cometido un injusto penal, pero cuyo contenido de la antijuridicidad hace innecesario la imposición de una pena o por la ausencia de condiciones que afectan su real punibilidad. Son instituciones

106 FREUND, G.; *Sobre la función legitimadora de la idea...*, cit., p. 93.

107 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 31.

que apuntan *per se* a fundamentos materiales, en cuanto al merecimiento y necesidad de pena.

Justamente, el «Derecho procesal penal», cuenta también con Instituciones que se fundan también en criterios materiales, en fines preventivos de la pena, cuya aplicación es campo concreto del Proceso Penal. Los criterios de oportunidad, el arrepentimiento, la terminación anticipada del proceso, la Conformidad y la Reparación, etc., son instituciones que significan una reducción significativa de la descarga punitiva, que se produce a partir de criterios seleccionadores de la conducta punible, a efectos de sustraer del ámbito de punición o en su defecto en una graduable atenuación; comportamientos que por su escasa desvaloración antijurídica o por ausencia de interés social en la persecución penal, merecen una respuesta discriminatorizadora. De esta forma la Justicia Penal se aleja de una concepción retributiva de la pena, para adscribirse en una orientación preventiva, que privilegie los fines de la pena de dimensión constitucional. Más debe también precisarse que estas instituciones procesales apuntan también a fines utilitarios y funcionales, de conformidad con una pretensión reductora de la carga procesal. En este ámbito preventivo de la pena, la reparación que se confluje en los criterios de oportunidad, es una orientación que tiende a la personalización del conflicto y a priorizar los fines.

4.1. El nuevo CPP y la denominada «Teoría del Caso»

Resulta familiar la frase de que el Proceso Penal ha de alcanzar la verdad de los hechos que se enjuician, como meta cognoscitiva que encierra intenciones en puridad *epistemológicas*, desprovistas de una verdadera aproximación a lo que conocemos como la «realidad fáctica». En tal entendido, ha permanecido vigente una lógica-conceptual que no se corresponde con un instrumento *procedimental*, como todo procedimiento que aspira llegar a un mínimo de conocimiento.

La cultura *inquisitiva* que ha regido en nuestros sistemas procesales durante tanto tiempo, terminó por trastocar el estado de la cuestión, en aquel cuento que el Proceso penal habría de arribar a la «Verdad Material», como si dicho procedimiento haya de ser concebido como una reconstrucción cabal de los hechos, de recoger pieza por pieza lo sucedido y así armar el acertijo de forma perfecta. El desarrollo de una cultura humanista, de fiel apego al modelo democrático, determina incidencias importantes en el marco de la persecución penal, la más importante de ellas que el imputado no puede ser objeto de medidas que atentan contra su dignidad, en cuanto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

El principio de *presunción de inocencia*, que irradia al imputado desde los primeros momentos de la imputación jurídico-penal, implica que para poder

condenarlo se requiere de una *suficiente actividad probatoria de cargo*, que en fiel respeto hacia sus bienes jurídicos fundamentales, pueda enervar y/o destruir dicho estadio presuntivo, que se logra a través de la demostración de Culpabilidad, de quien vulneró o puso en peligro los intereses jurídicos de mayor valor constitucional.

Este modelo que contaminó los Tribunales de Justicia con razonamientos apriorísticos, faltantes de una cabal demostración probatoria, determinaban la *Culpabilidad* de los inculpados con meras referencias documentales, mejor dicho con piezas instrumentales cargadas con una fuerte dosis de *subjetivismo*. El denominado «Atestado Policial» se constituía en una especie de prueba madre, donde el juzgamiento se degradaba a una mera función notarial, sin mayores manifestaciones de litigio, pues quienes intervenían en dicho documento no eran sometidos a ninguna prueba de *credibilidad*, esto es al rigor de los «Contra-Interrogatorios», expresión fundamental del principio Contradictorio; por tanto, no puede hablarse correctamente de *prueba*, cuando la información no es sometida al test de *credibilidad* y al control de *veracidad*.

Conforme lo anotado, ¿Podría decirse que los órganos de persecución cumplían a cabalidad con su posición acusadora, de acopiar suficiente elementos de prueba susceptible de enervar el principio jurídico-procesal de presunción de inocencia – *onus probandi*? Prácticamente se invertía la carga de la prueba, puesto que el inculpado era quien tenía el deber de demostrar su inocencia, lo que se denomina como la «prueba diabólica», a lo cual se añade el rol parcializado del juzgador, quien en muchos casos emite la sentencia de condena, sobre la base de una «Teoría del Caso», agregando una base fáctica e incriminatoria ajena a la propuesto por el persecutor público, lo cual contradice un proceso de partes, asimismo la imparcialidad que debe preconizar el órgano judicante.

La reforma procesal penal, traída a más por el principio Acusatorio¹⁰⁸, según su rasgo «Adversarial¹⁰⁹», incide en varios aspectos a saber: primero, en

108 Para ALVARADO VELLOSO, es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida; *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*, T. I, cit., p. 157.

109 Se entiende que un modelo procesal-penal es «Adversarial», cuando el órgano jurisdiccional que haya de dirimir la causa actúa como un verdadero ente imparcial, en la medida que aquél no se encuentra comprometido ni con la persecución penal del delito ni tampoco con la Defensa, ha de desarrollar un papel neutral, quedando impedido de corregir los defectos que pueda presentar la Acusación. Rasgo Adversarial que no puede confundirse con el fiel apego al principio de legalidad material del órgano judicante, en el sentido de que el Proceso Penal versa sobre una conducta presuntamente constitutiva de un Injusto penal (punible), resultando que el juzgador de asegurarse que la sentencia de condena haya de recaer sobre un hecho que revista dichas cualidades, pues si falta alguno de

la concepción de una relación jurídico-procesal de partes, donde las sujetos en contienda son la Defensa del imputado y el Fiscal, conforme al principio de «Igualdad de Armas», donde no resulta factible el reconocimiento de privilegios de uno en desmedro del otro, esto a su vez supone afianzar la idea de Imparcialidad del ente jurisdiccional y, segundo, que la resolución final (sentencia) ha de ser fiel reflejo de los debates probatorios que toman lugar en el Juzgamiento¹¹⁰, donde la decisión debe recoger únicamente las informaciones que proporcionan las personas sometidas al Interrogatorio y al Contra-Interrogatorio, incidiendo en un plano *cognoscitivo* que se aleja en esa visión equívoca de la verdad histórica¹¹¹¹¹². A lo que se debe llegar ahora es una versión de los hechos, lo más aproximativa posible a la verdad de lo sucedido, que es recogido en la noticia criminal, cada una de las partes ha de construir su propia hipótesis de lo acontecido; Fiscal y Defensa respectivamente, construyen y/o elaboran sus propias

ellos, no le quedará otro camino que absolver al imputado, muy a pesar de que la Defensa no haya peticionado y/o argumentando la no presencia de algún elemento de tipicidad, antijuridicidad, punibilidad (principio de Congruencia). Tales facultades reposan en las exigencias mismas de un Estado Constitucional de Derecho, donde la pena y/o la medida de seguridad, son sanciones que sólo pueden recaer sobre conductas merecedoras de dicha reacción jurídica, donde la judicatura debe cautelar que el poder penal se concrete únicamente en los casos mencionados, a diferencia del Proceso Civil en el ámbito penal se resguardan intereses de mayor raigambre constitucional. La tutela del inocente ha de ser también una razón fundamental para admitir dicha posibilidad, asentada en el interés público; GUZMÁN FLUJA escribe que el modelo adversarial lleva a que cada parte tenga encomendada la labor de recopilar los respectivos elementos de prueba de los que se pretenda valer, lo que es propio del proceso penal estadounidense, entre otros, y (...) presenta algunos problemas graves de la perspectiva de la igualdad de armas acusador-acusado; *Anticipación y Preconstitución de la prueba en el Proceso Penal*, cit., p. 160.

110 ALVARADO VELLOSO, apunta que como el proceso es sólo un medio de debate para lograr la heterocomposición de las partes, parece razonable sostener que el objeto de aquél es lograr la emisión del acto de autoridad que resolverá el litigio: la sentencia; *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*, T. I, cit., p. 317.

111 Así, ALVARADO VELLOSO, A.; *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*, T. I, cit., p. 157.

112 En tal virtud, el órgano judicial sentenciador no puede agregar una secuencia fáctica no contenida en el escrito de Acusación, susceptible de adecuar la conducta en otra descripción legal, aspecto distinto es el cambio de la calificación jurídico-penal, en el sentido de que es el juez quien detenta la potestad *punitiva estatal*, de imponer el Derecho penal a los casos concretos, el *iura novia et curia* implica que el poder penal reposa únicamente en la excelsa misión de administrar justicia en lo penal, cuestión distinta ha de verse en el Proceso Civil, donde las partes son las dueñas del derecho material, de manera que cuentan con plena disponibilidad del objeto del proceso, lo que no sucede en el Proceso Penal, pues las partes no son dueñas del *ius puniendi*, aquellas son sólo dueñas de posiciones procesales, donde formulan peticiones, no estado obligado el juzgador de acoger la pretensión del ente acusador, de no ser así estaría poniendo en riesgo su posición imparcial en el proceso, a su vez haciendo las veces de acusador; Vide, más al respecto, lo referente al principio de Correlación entre Acusación y la Sentencia; Cfr., MONTERO AROCA, J.; *Proceso Penal y Libertad*, cit., p. 332; CAMPS ZELLER, J.L.; *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*, cit., ps. 26-27.

versiones argumentativas, declarativas y enunciativas, que en rigor pretender salir airoso en el litigio adversarial¹¹³, siempre que cuenten con un respaldo probatorio, que con solidez y credibilidad permita ofrecer al juzgador, una historia creíble y digerible de los hechos.

No se trata de falsificar una verdad, no importa falsear los hechos, mediando una conducta inapropiada y anti-ética de los sujetos adversariales, sino de mostrar una versión, cuya credibilidad y razonabilidad dependerá de cómo se construye la denominada «Teoría del Caso». Para tal fin, las partes en contienda han de afilar y proyectar sus mejores estrategias de litigio, que han de tomar lugar desde el inicio de la investigación, que ha de ser presentada de forma final en los Alegatos de Apertura y, que tendrán como vencedor sólo a uno de ellos, es decir, en esta lid habrán ganadores y perdedores. Quien mejor sepa contar la historia, mediando un relato fáctico convincente y coherente, es quien podrá salir vencedor, para ello se requiere manejar correctamente los mecanismos e instrumentos comprendidos en las «Técnicas de Litigación Oral», a su vez de construir depuradamente la llamada «Teoría del Caso».

Se dice que la teoría del caso es la herramienta más importante para planear la actuación del proceso, verificar el desempeño durante el debate oral y terminar adecuadamente en el argumento de conclusión¹¹⁴.

¿Sobre que versa el Proceso Penal? sobre un hecho (*factum*) que recoge una conducta humana (acción y/o omisión) que ha infringido un enunciado jurídico-penal, un comportamiento que se encuentra descrito de forma abstracta en un tipo penal, la adecuación conductiva (*empírica*) a los alcances normativos de la tipicidad penal.

El Proceso Penal tiene ver con un proceso de atribución, de imputación al agente de la conducta –penalmente antijurídica-, como autor y/o partícipe, de verificar si el estado de lesión y/o puesta en peligro obedece a un comportamiento atribuible a su esfera de organización; de que el resultado antijurídico sea producto de una acción u omisión humana y, no producto de la naturaleza, de eventos causales concomitantes o sobrevinientes. En términos procesales, de resolver si es que las pruebas actuadas en el Juzgamiento, determina con rayana seguridad de que el acusado es culpable de los hechos incriminados por el acusador, conforme a las figuras delictivas que forman parte de la Acusación o si es que la versión de los hechos propuesta por la Defensa es la que más se ajusta a la verdad de los hechos; por consiguiente, si hemos de entender que

113 Lo cual se sujeta al régimen probatorio regido bajo la idea de proposición de parte, son ellos quienes dinamizan toda la actividad probatoria, la cual se dirige a convencer al juzgador de la fiabilidad y credibilidad de su Teoría del Caso.

114 En: Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Manual General para Operadores Jurídicos. Segunda Edición, cit., p. 123.

se trata de un proceso de partes, donde cada una de ellas tiene el derecho de presentar su propio relato, quiere decir también que si la Defensa opta por mostrar su propia Teoría del Caso, ya no podría decirse que el objeto del proceso se monopoliza según la pretensión del MP, a lo cual debe añadirse la pretensión de la Defensa.

En el marco de este procedimiento aparece una dialéctica bien marcada, una contienda entre la parte acusadora y la Defensa, donde cada una asume una posición antagónica dirigida a percutir o dígase convencer al juzgador de su versión de los hechos¹¹⁵. Al primero le corresponde formular una hipótesis de incriminación, lo suficientemente creíble y convincente, de que el imputado es el autor y/o partícipe del hecho delictivo, de enervar el principio de presunción de inocencia. Lógicamente, en un sistema Acusatorio, el imputado no tiene el deber de probar su inocencia, el derecho a la no auto-incriminación supone en esencia que el inculcado sólo ha de presentar los medios de prueba que abonen en su no responsabilidad, a menos que opte por renunciar a ella u hacer uso de los mecanismos alternativos de composición procesal (Justicia Penal Consensuada). De lo que sí tiene derecho es de resistirse a la pretensión punitiva incoada por el agente persecutor, sea invocando un relato distinto o cuestionando la veracidad de las aseveraciones fácticas que propone el Fiscal.

Aparecen, entonces, dos posiciones, dos versiones de los hechos, dos verdades sobre un mismo acontecimiento; versiones que no son en puridad *narraciones* sino de proposiciones argumentativas cuya solvencia y credibilidad depende del reflejo que haya de lograrse según la Teoría Jurídica que pretende acreditar la Teoría del Caso.

Podría decirse, (...), que el proceso penal y el juicio oral representan un escenario donde compiten relatos alternativos que intentan explicar, fundamentar y sostener una determinada pretensión de culpabilidad o inocencia. Esta competencia de relatos discurre sobre el eje de la inmediación, esto es, los relatos son realizados directamente ante quien tiene la atribución y función de dirimir el conflicto entre partes, o dicho de otra forma, el conflicto de relatos entre partes¹¹⁶. El imputado tiene una versión, la víctima tiene la suya, la policía hace lo propio, y lo mismo cada uno de los testigos. En ocasiones se trata de versiones completas, en ocasiones de trata de versiones parciales; en ocasiones dichas versiones se construyen sobre la base del prejuicio o el error¹¹⁷. Bajo

115 A decir de MONTERO AROCA desde muy antiguo, (...), se ha entendido que el proceso es un drama que tiene necesariamente tres personajes, los cuales deben asumir su propio papel y limitarse al mismo, sin pretender hacer también el papel de otros; *Proceso Penal y Libertad*, cit., ps. 91-92.

116 BLANCO, R./ DECAP, M./ MORENO, L./ ROJAS, H.; *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, cit., p. 17.

117 BAYTELMAN, A./ DUCE, M.; *Manual de Litigación en Juicios Orales*, cit., p. 12.

tal premisa valorativa, es que debe percibirse a la Teoría del Caso no como un relato meramente argumental, sino como una versión debidamente construida, precisamente porque sus elementos de definición cuentan con credibilidad, en tanto su veracidad ha de pasar por la prueba de la evidencia.

El acusado, amparado en la presunción de inocencia, escribe MONTERO AROCA, puede limitarse a negar el hecho objeto del proceso, a considerar que el mismo no es delito, a rebatir la calificación jurídica o a impugnar la determinación de la pena, con lo que no siquiera aportaría elemento alguno que contribuyera a delimitar el objeto del debate. Pero puede también contribuir a delimitar el objeto del debate afirmando hechos, calificándolos de modo propio y llegando a conclusión diferente a la pena aplicable¹¹⁸.

En el caso del Ministerio Público se señala QUIÑONES VARGAS que cada fiscal debe conocer los méritos y debilidades de las alegaciones de la parte contraria. Así como también la capacidad de la persona que va a ser su parte adversaria en el proceso. Conocer sus virtudes y cualidades, así como sus defectos y limitaciones. De esa información dependerá la forma en que se prepare para el caso. En consecuencia podrá anticipar los planteamientos que éste pueda presentar en el caso¹¹⁹. Arribar al juicio oral supone por parte del órgano acusador contar con un relato acompañado de antecedentes que lo respaldan; tales como, declaraciones de testigos o peritos, documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el relato de los hechos que alega el acusador, pruebas materiales, etc¹²⁰.

Todo proceso cognoscitivo basado en una relación inter-partes, exige a los sujetos en litigio que acrediten fehacientemente las proposiciones fácticas que se desprenden de su escrito de demanda y contestación de demanda (Reconvención), el juez entonces ha de resolver la causa en sujeción estricta a los medios de prueba que aquellos presenten en la etapa postulatoria. Así, el artículo 196° del Código Procesal Civil al disponer que: "*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos*". Precepto legal que se ajusta a la naturaleza de los derechos subjetivos que son controvertidos en dicho procedimiento, donde el derecho material les corresponde plenamente a quienes invocan los hechos en la demanda y contestación de demanda. El órgano jurisdiccional, escribe ORTELLS RAMOS ve limitar su función de recibir y valorar ese material y, en su caso, a hacer efectivas las

118 MONTERO AROCA, J.; *Proceso Penal y Libertad*, cit., p. 342.

119 QUIÑONES VARGAS, H.; *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, cit., ps. 87-88.

120 BLANCO, R. y otros; *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, cit., p. 17.

consecuencias legales por la inexistente, incompleta o defectuosa asunción por las partes de las cargas de alegación y prueba¹²¹.

Situación particular acontece en el Proceso Penal, al develarse una exigencia probatoria sobre el Fiscal, en cuanto a un mayor rigor demostrativo, en pos de que su Acusación sea acogida por el ente jurisdiccional. Ello supone enervar y/o destruir el principio de presunción de inocencia que irradia al imputado. De manera, que si el persecutor público no logró acopiar suficiente acervo probatorio de cargo, que haya de generar un estado de convicción y/o certeza en la mente del juzgador, el resultado será la Absolución del acusado, en aplicación del *in dubio pro reo*¹²². A la Defensa la bastará a veces, con desacreditar a los testigos de cargo, esto es las descripciones fácticas que dan sostén a la imputación, vía la interpelación de los Contra-Interrogatorios.

Siguiendo la línea argumental esbozada, debe decirse que la codificación procesal ha sido sumamente bondadosa con las agencias de persecución, en lo que la Teoría del Caso refiere, al haberse previsto en el artículo 349.3 del nuevo CPP que el Ministerio Público en su Acusación podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta en un tipo penal distinto. Como se ha dicho antes, dicha facultad se remite a un Conflicto aparente de leyes penales, donde la conducta atribuida a lo imputado sólo puede ser calificada como un solo delito so pena de vulnerar el principio del *non bis in dem*. Mediando esta potestad se quiebra el principio de igualdad de armas entre las partes en contienda, al obligar a la Defensa a formular varias estrategias legales, conforme a Teorías Jurídicas formule el ente acusador. Máxime, si la Teoría del Caso es única, se supone que el Fiscal debe acusar por aquellas tipificaciones penales contenidas en la Formalización de la IP.

Primero, las agencias de persecución toman conocimiento de la noticia criminal, se constituyen al lugar de los hechos y recogen las primeras evidencias del hecho luctuoso, v.gr., el cadáver, los restos de sangre, los documentos apócrifos, las máquinas que alteran las monedas y billetes, la sustancia prohibida, los archivos informáticos, etc., toda una variedad de elementos de información que servirá al Fiscal y los efectivos de criminalística para formular una hipótesis de incriminación. Puede ser un Homicidio, Lesiones, Aborto, Estafa, Defraudación, Apropriación Ilícita, Peculado, Fraude en la Administración de

121 ORTELLS RAMOS, M. y otros; *Derecho Procesal. Introducción*, cit., p. 286.

122 En opinión de ORTELLS RAMOS no puede decirse que la absolución por presunción de inocencia perjudique al acusador, porque el interés en obtener una condena no es en sí legítima. Los juicios de valor decisivos son otros: la absolución de un culpable es preferible a la condena de un inocente; poder condenar en caso de duda sobre cualquier hecho condicionante de la pena infringiría el principio penal *nulla poena sine crimine*, porque de ese modo la pena no estaría ligada sólo al delito, sino también a un sucedáneo del mismo; *Derecho Procesal. Introducción*, cit., p. 296.

Personas Jurídicas, Tenencia ilegal de armas, ello dependerá de los elementos fácticos que en conjunto permitan cobijar la conducta humana en una determinada descripción fáctica.

Cada tipo legal cuenta con una serie de elementos, fácticos y normativos, que se hallan integrados de forma abstracta, los cuales han de ser verificados, comprobados y/o acreditados en el decurso del Proceso penal, si es que se quiere llegar a una sentencia de condena por dicho delito; en palabras de MONTERO AROCA objeto del proceso es únicamente el hecho punible, en cuanto que es el único elemento objetivo que sirve para individualizar un proceso distinguiéndolo de los demás¹²³. Bastará que no pueda comprobarse alguno, para que la parte contraria, la Defensa pueda sugerir en sus Alegatos Finales al juzgador, la aplicación de la duda razonable, desencadenando la absolución del acusado.

Tenemos por tanto «Aseveraciones Fácticas y/o Propositiones Fácticas», los cuales responden a las evidencias, a las informaciones que cuentan las partes, a todo aquello que se ha podido acopiar y recoger en el decurso de las investigaciones, que de forma concreta hacen alusión a los hechos -objeto del proceso- y, por otro lado a los «Elementos Descriptivos y Normativos del tipo penal», que parten desde una formulación abstracta, promovidos desde una perspectiva valorativa, en cuanto recogen modelos valiosos de conducta dirigidos al deber ser de los ciudadanos.

Las Aseveraciones Fácticas constituyen los elementos que las partes recogen desde las primeras instancias del proceso así como de las Diligencias Preliminares, las evidencias, objetos materiales, informaciones, documentación y todo tipo de bagaje cognitivo que tienda a demostrar algo. Aquella demostración y/o verificación se refiere a un elemento específico de la «Teoría Jurídica», tanto en su dimensión descriptiva como normativa; el documento que tiende a probar la ajenidad del bien, el testimonio del testigo que acredita que la lesión fue provocada por la propia víctima, la pericia de grafotecnia que indica que la firma es falsificada, el informe contable que arroja el desbalance patrimonial. Cada uno de estas descripciones fácticas hace alusión a un elemento constitutivo del tipo penal, en cada Teoría del Caso que se formule, la parte correspondiente deberá adjuntar tantas descripciones fácticas requiere para poder acreditar la Teoría Jurídica. Dicha exigencia recae tanto para el acusador como para la Defensa, a menos que ésta última asuma una actuación puramente pasiva.

Podemos definir a la «Teoría del Caso», como aquella versión de los hechos -objeto del proceso-, que cada una de las partes presenta ante la judicatura, cuyo planteamiento recoger una serie de aseveraciones fácticas, de propositiones fácticas conducentes a acreditar cada uno de los elementos privativos

123 MONTERO AROCA, J.; *Proceso Penal y Libertad*, cit., p. 341.

de la Teoría Jurídica, en cuanto a la sustentación de la incriminación por parte de la Fiscalía y, de aquella proposición tendiente a mostrar otra versión de los hechos, por parte de la Defensa, esta última puede ser Positiva o Negativa.

La teoría del caso es, (...), el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan¹²⁴.

En la doctrina nacional se dice que la teoría del caso es el instrumento más importante, para organizar nuestro desempeño en el Proceso penal. La teoría del caso se define como la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar¹²⁵. Dicho en otras palabras: es la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador sobre los hechos ocurridos¹²⁶.

La teoría del caso corresponde a la *idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica*¹²⁷.

La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia como es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple sin adornos o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado¹²⁸.

La Teoría del Caso -como tal-, no se encuentra reglada en la ley positiva, el nuevo CPP no dice nada al respecto, dicha concepción-teórica nace de la praxis, del litigio en los Tribunales, donde se ponen de manifiesto aquellas técnicas dirigidas a persuadir al juzgador, merced a poderosos instrumentos procedimentales. Según conocemos, es importada del derecho anglosajón, de las prácticas de litigio que toman lugar en el sistema norteamericano. Si bien la oralidad, la contradicción y la inmediación judicial en los debates, constituyen principios rectores del sistema Acusatorio, no por ello debemos ocultar una serie de deficiencias, que hacen de dicho modelo, un receptáculo de actuaciones poco garantistas.

No obstante lo anotado, debe decirse que si bien no existe un acogimiento expreso de la ley procesal, ello ha de colegirse de una serie de preceptos,

124 En: Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, cit., p. 123.

125 IPANAQUÉ RÍOS, Y. F.; *Las Técnicas de Litigación en el nuevo Código Procesal Penal desde una visión moderna para una defensa exitosa*, cit., p. 27.

126 PEÑA GONZÁLES, O.; *Técnicas de Litigación Oral*, cit., p. 144.

127 BLANCO, R. y otros; *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, cit., p. 18.

128 BAYTELMAN, A. y otro; *Manual de Litigación en Juicios Orales*, cit., p. 22.

que se refunden en la idea de proposición probatoria, en cuanto a la carga de la prueba y enunciados afines. El artículo IV del Título Preliminar del nuevo CPP, confiere al Fiscal la carga de la prueba incriminatoria así como el deber de indagar con objetividad los hechos constitutivos de delito; mientras que el artículo IX, reconoce a la Defensa la posibilidad de intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria, así como del artículo 371.2, que dice a la letra lo siguiente: "*Acto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas*"¹²⁹.

¿Qué debemos entender por «proposición fáctica»? la aseveración fáctica hace alusión a un elemento específico del Injusto penal (tipicidad y antijuridicidad), manifestado en una evidencia, en un medio de información (testimonial), en una pericia, en un documento, etc.; importa un conjunto de variables que en su conjunto configuran la Teoría Jurídica.

En la doctrina especializada se dice que una proposición fáctica¹³⁰ es una afirmación de hecho, respecto de mi caso concreto, que si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica¹³¹. Para BERGMAN la proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal y pueden existir varias proposiciones fácticas respecto de un solo elemento legal¹³².

En efecto, la necesidad de probar un determinado elemento constitutivo del tipo penal, implica que la parte pueda manejar una serie de proposiciones fácticas, lo que se quiere es acreditar con firmeza dicho aspecto de juridicidad, por lo que contar un mayor número de aseveraciones fácticas puede asegurar con mayor éxito dicho resultado, siempre que de ellas pueda advertirse coherencia, unidad y plenitud.

Demostrar que el imputado actuó con fraude, ardid y otra maniobra fraudulenta (Estafa), requiere de pericias, de testimoniales, etc., susceptibles de acreditar que la víctima no hubiese efectuado el negocio si es que el imputado no le maquillaba la verdad de los hechos.

129 Vide más al respecto, el análisis al artículo invocado.

130 HERNÁNDEZ, sostiene que el significado de una proposición reside en su método de verificación; esto es, una proposición significa, si puede ser probada. Si no se puede verificar, no tiene sentido; *Lenguaje, Derecho y Razonamiento Jurídico*. En: Interpretación y Razonamiento Jurídico, cit., p. 443.

131 BAYTELMAN, A. y otro; *Manual de Litigación en Juicios Orales*, cit., p. 15.

132 Citado por IPANAQUE RIOS, Y. F.; *Las Técnicas de Litigación...*, cit., p. 31.

En el caso de la fiscalía, (...) se traduce en la obligación de acreditar un ilícito determinado, dando cuenta de todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo penal. Desde la perspectiva del órgano acusador, podrá sostenerse que se tiene un caso cuando las evidencias disponibles permitan afirmar cada uno de los elementos del tipo. En este caso se requerirá, a lo menos, una proposición fáctica por cada elemento del tipo penal¹³³.

Por su parte de la Defensa, que también tiene el derecho de proponer su propia versión de los hechos, tiene en este caso dos alternativas: la primera, si es que presenta una Teoría del Caso Positiva, proponiendo la concurrencia de un precepto permisivo, por ejemplo un Estado de Necesidad Justificante deberá presentar proposiciones fácticas encaminadas a probar que la lesión del bien obedeció a la necesidad de salvaguardar la vida de un transeúnte. Si alega un Error de Tipo invencible, en el marco de una imputación por Violación a la indemnidad sexual, deberá proponer aseveraciones fácticas destinadas a comprobar que según las circunstancias concomitantes del caso, no estaba en posibilidad de saber que la supuesta víctima era menor de catorce años. Puede también pretender alegarse un Homicidio por Emoción Violenta, siendo indispensable verificar que el imputado ultimó al ofendido (su cónyuge) cegado por una súbita y inesperada reacción psico-emotiva, versión que deberá probarse con proposiciones fácticas, conducentes a negar cualquier tipo de conocimiento anterior de la infidelidad que era objeto por parte de la esposa, al haberlo encontrado con su amante en el lecho conyugal.

La segunda alternativa es la formulación de una Teoría del Caso Negativa, bajo esta hipótesis la Defensa ha de encaminar su estrategia a refutar y/o enervar la veracidad y credibilidad de las proposiciones fácticas que sostienen la Teoría del Caso de la Acusación. Véase el ejemplo, de un presunto Asesinato, donde la defensa arguye que el imputado no puede ser el autor del crimen pues se encontraba en otro lugar en compañía de cierta persona, presentando como Testigo de descargo al amigo del acusado. Así también, la imputación delictiva por el delito de Enriquecimiento Ilícito, por un supuesto desbalance patrimonial, la defensa presentará como proposiciones fácticas evidencias que acreditan que los ingresos del imputado son lícitos, serán los documentos así como una pericia contable las que se destinan a desacreditar las aseveraciones fácticas planteadas por la Fiscalía. No olvidemos que desde el momento en que la Defensa se compromete en los Alegatos de Apertura a una determinada convicción cognoscitiva debe cumplirlo, sino la parte adversaria sacará a relucir ello, por lo que el riesgo es de perder el caso.

Como se dice en la doctrina, para ganar un juicio a la defensa le basta desacreditar las proposiciones fácticas de un elemento del tipo penal, desple-

133 BLANCO, R. y otros; *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, cit., p. 23.

gando para ello toda la energía que permita desvirtuar la prueba que sustente la respectiva proposición fáctica¹³⁴.

5. CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Es con el Derecho administrativo sancionador que se han creado las mayores lagunas, en las zonas de delimitación con el Derecho penal sustantivo, en virtud de una naturaleza jurídica muy afín entre ambas parcelas del ordenamiento jurídico¹³⁵. Ambos pertenecen al Derecho público; regulan, por tanto, las relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos¹³⁶; las dos esferas del orden jurídico, suponen una descarga del poder sancionador del Estado, pero, desde un plano distinto a saber.

El poder coactivo del Estado se manifiesta en toda una compleja red de esferas de actuación pública, donde el derecho punitivo ocupa una posición subsidiaria y de última intervención, merced a sus efectos más gravosos en la esfera de libertad ciudadana; en efecto, la pena privativa de libertad como descarga de mayor intensidad afectiva es privativa del Derecho penal. Empero, el Derecho administrativo sancionar cuenta también con sanciones severas para los intereses jurídicos de los particulares o de los mismos funcionarios y servidores públicos, v.gr., limitación y restricción de derechos (*derecho administrativo disciplinario*) multas, inhabilitaciones, cierre de establecimientos, decomisos, etc.; son toda una variedad de sanciones que importan también una afectación considerable en ciertos intereses jurídicos.

La mayor particularidad que presenta el Derecho administrativo es que una de sus partes más importantes es el Derecho sancionador, que regula la llamada «potestad sancionadora de la Administración» en virtud de cuyas normas ésta impone sanciones que aparecen como consecuencias jurídicas de la realización de conductas contrarias al Derecho administrativo¹³⁷.

Es sabido, por ende, que el Estado en base a su *ius imperium*, cuenta con legitimidad -social y jurídica-, para proceder a verdaderas intrusiones en el ámbito de los derechos fundamentales. La admisión de dicha potestad, ha de sustentarse en un acto de plena soberanía, que es delegada por los comunitarios a partir a los órganos de gobierno, mediando los procedimientos y mecanismos previstos en la Ley. Dicha coacción estatal adquiere la mayor intensidad, cuando el Estado hace uso del *ius puniendi*, a fin de tutelar los bienes jurídico fundamentales, cuando se pone en peligro la coexistencia pacífica de la sociedad,

134 BLANCO, R. y otros; *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, cit., p. 24.

135 ASÍ, GARRIDO MONTT, M.; cit., p. 158.

136 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 89.

137 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 90.

cuya meta es la prevención de la criminalidad, poniendo énfasis en la intimidación y disuasión del colectivo y, desde otro plano, en cuanto una perspectiva individual, en cuanto a la enmienda del sujeto infractor; esto quiere decir, que ante una conducta infractora de la norma, surge de forma inmediata la reacción estatal, que ha de manifestarse con una pena y/o medida de seguridad.

Empero, el orden jurídico-estatal no sólo cuenta con el resorte coactivo del Derecho penal, sino que en dicho alud, aparece también el Derecho Administrativo sancionador, que tiene por objeto la sanción de aquellas conductas que afectan la optimización y eficiencia de las tareas de la Administración Pública. Con ello, se conforma una doble vía sancionadora, donde el *ius puniendi* estatal, ha de intervenir únicamente ante aquellas conductas de mayor disvalor que se manifiesten en el ámbito de la Administración; por lo que la actuación del Derecho Administrativo sancionador, si se quiere decir, asume una primera línea, dentro del abanico de respuestas jurídicas que cuenta el ordenamiento jurídico-constitucional.

Dicho lo anterior, hemos de definir primero el ámbito de incidencia de las normas del Derecho Administrativo sancionador: dicha esfera del Derecho Público, ha de significar la reacción jurídico-estatal ante aquellos comportamientos antijurídicos ("acción u omisión") que reporten una contravención a normas de orden administrativo. Normas que contienen determinadas prohibiciones conductivas, a su vez, mandatos normativos, que obligan al funcionario y/o servidor a la realización de acciones dirigidas a salvaguardar la buena marcha de la Administración o, su defecto, a la realización de prestaciones a cargo del administrado.

Se dice en la doctrina, que el Derecho Administrativo Sancionador comprende aquella parte del ordenamiento jurídico que regula los principios de la potestad sancionadora de la Administración, las normas para su ejercicio (procedimiento) y las especialidades que presenta el régimen de las infracciones y sanciones administrativas en cada uno de los sectores en que se desarrolla la actividad administrativa¹³⁸.

Si bien la pena es una reacción jurídica privativa del Derecho Penal, que genera los costes más gravosos para los bienes jurídicos fundamentales del sujeto culpable, no es menos cierto que las sanciones que se aplican bajo los derroteros del Derecho Administrativo Sancionador, reportan también afectaciones a intereses jurídicos fundamentales del sujeto infractor; v.gr, una multa pecuniaria o el cierre de un establecimiento comercial afectan significativamente el patrimonio del administrado; y si nos conducimos a la parcela del Derecho Administrativo Disciplinario, advertimos sanciones muy severas, como la desti-

138 FUENTES BARDAJI, J. (D); *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Thomson Aranzandi, 2005, cit., p. 117.

tución del cargo; de manera, que dichas sanciones deben ser el resultado de un procedimiento administrativo en sujeción estricta a los "principios garantísticos", que guían su actuación. Vemos dichos principios en el numeral 1.2 del artículo IV de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), según el cual: "Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".

La doctrina especializada en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, ha realizado un encomiable esfuerzo teórico-conceptual a lo largo de los últimos tiempos, para que la pena y/o medida de seguridad, constituya una respuesta estatal cuya legitimidad repose en la racionalidad y justicia de sus mandatos. Se trata de una garantía que no sólo responde desde las bases del Derecho Penal material, sino que se extiende al Proceso Penal, dando lugar a un mecanismo procesal respetuoso de las garantías fundamentales de los justiciables, tal como se desprende del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal (CPC) del 2004¹³⁹. Toda esta proyección garantista irradia también al Derecho Administrativo Sancionador, desencadenando una serie de incidencias dogmáticas, que recién esta tomando rigor en nuestro país, producto de la sanción de la LPAG; pero que sin embargo -en puridad de la verdad- poca es la bibliografía nacional que se encargado de su estudio.

Con lo anterior planteamos una especie de extra-polación de los criterios rectores del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, lógicamente con sus propios matices y particularidades. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo español, al señalar lo siguiente: "Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo..., hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales"¹⁴⁰.

De entrada, hemos de acotar que los criterios de la imputación jurídico-penal no son los mismos que rigen la imputación jurídico-administrativa. De ahí que apunte MARINA JALVO, que desde el mismo momento en que la potestad re-

139 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. 2 Tomos. RODHAS, Lima, 2009.

140 Citada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.; *Curso de Derecho Administrativo*. II, Thomson - Civitas, Madrid, 2005, cit., p. 166.

presiva es acaparada en su mayor parte por la jurisdicción penal, no han faltado esfuerzos doctrinales tendentes a exponer las diferencias entre ilícitos penales e ilícitos administrativos para, en su caso, justificar la devolución de la sanción de los últimos a la Administración¹⁴¹.

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, el mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, pues (con la salvedad ya hecha de las penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos), tanto por la vía judicial penal como la vía administrativa.¹⁴² Mas con ello decimos aún muy poco, en el sentido de que dicho plano es objeto de mucha discusión en la doctrina, a partir de ciertos criterios que se han ido construyendo -en la doctrina y en la jurisprudencia-, para precisamente permitir una inferencia desde el doble esfera del Derecho Público Sancionador, por ello resulta imprescindible situarnos en los puntos de análisis que deben ser analizados para el desarrollo en cuestión.

Cabe indicar que la distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, puede ser definido a partir de varios baremos "cuantitativos" y "cualitativos". Mientras los primeros hacen alusión a términos cuantificables del daño producido, los segundos hacen referencia al grado de la lesión provocada. Así también, las diferencias han de ser observadas, desde la naturaleza de la reacción jurídico-estatal como del órgano funcional encargado del procedimiento. La pena de prisión es privativa del Derecho penal; por su parte, las sanciones en el Derecho Administrativo son de naturaleza pecuniaria. Así, en la doctrina nacional se señala que, en realidad, el procedimiento administrativo sancionador regulado resulta totalmente autónomo e independiente de la sanción penal por el delito que pudiera haberse cometido, ya que la característica principal del primero radica en que se trata de una actividad represiva y disuasiva de una conducta temeraria o ilícita del administrado que afecte fundamentalmente el principio de conducta procedimental¹⁴³.

Parafraseando a CORTÉS DOMÍNGUEZ, diremos que el derecho a la imposición de penas criminales es exclusivamente del Estado; sólo el Estado (en cuanto que órgano judicial) tiene la legitimidad, la soberanía y el *imperium* necesarios para castigar penalmente los hechos punibles que así son reconocidos como tales en el Código Penal¹⁴⁴.

141 MARINA JALVO, B.; *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*. 3era. Edición, editorial LEX NOVA, España, 2006, cit., p. 67.

142 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.; *Curso de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 165.

143 CERVANTES ANAYA, D.A.; *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial RODHAS, Lima, 2009, cit., p. 573.

144 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.; *Derecho Procesal Penal*. 2da. Edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, cit., p. 159.

Sobre la naturaleza jurídica del «Derecho Administrativo sancionador», limitándose a sostener que la legitimidad de las sanciones administrativas reside en el *ius imperium* del Estado, al igual que las sanciones del Derecho Penal. En definitiva, el Estado cuenta con plena potestad para disponer consecuencias jurídicas, a todos aquellos que desobedecen los mandatos normativos, y ello es así en mérito a la vigencia estricta del principio de "legalidad". La sujeción a las normas constituye la esencia misma del Estado de Derecho, pues dicho modelo se define por el imperio de la Ley y por el cumplimiento de sus dictados por parte de todos los destinatarios.

Cuando hablamos del Derecho Administrativo Sancionador, nos referimos a un doble plano a saber: primero, el marco de las sanciones que se imponen a los administrados, por vulnerar normas administrativas de estricto cumplimiento y, segundo, al régimen disciplinario de los funcionarios y/o servidores públicos. Este segundo plano es definido por el "Derecho Disciplinario", en el cual subyace una especial y particular vinculación del funcionario con la Administración, en mérito a la cual sobre el primero recae una serie de deberes, por eso se puede decir que la infracción normativa al régimen disciplinario supone una "infracción de deber", a partir de una concepción rígida de las relaciones disciplinarias de la Administración con el servidor, que tiene sus orígenes en las monarquías republicanas en Francia. Relaciones de deber que se manifiestan en las instituciones castrenses y policiales.

Puede decirse al respecto, que mientras las normas del Derecho Administrativo Sancionador se dirigen a la tutela de los intereses generales, es decir, a una "hetero-tutela"; las normas del Derecho Disciplinario se orientan hacia una "auto-tutela de la Administración", que implica la protección de intereses de la Administración.

Desde entonces, se ha sostenido que las sanciones disciplinarias son las sanciones específicas de las relaciones de poder o sujeción especial. Aparecía así una categoría, la relación especial de poder o, su correlativa, la relación de sujeción especial que aún no ha sido desterrada totalmente del régimen de la función pública¹⁴⁵. Se explica que junto a una relación de sujeción general que es la que todos los ciudadanos tendríamos con la Administración por el simple hecho de serlo, existen determinadas situaciones en que algunos ciudadanos se hallan más cercanos a aquélla por el hecho de trabajar para ella, realizar prestaciones a su favor, prestar servicios en su nombre, utilizar los servicios públicos, o estar internos en un centro penitenciario¹⁴⁶. La peculiaridad de esta especie de sanciones administrativas reside en dos caracteres: el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración, derivada de actuar

145 MARINA JALVO, B.; *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 70.

146 DE FUENTES BARDAJI, J.; *Manual del Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 110.

en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propia organización y funcionamiento, por una parte; y, en segundo término, la estimación como ilícitos sancionables de conductas valoradas con criterios deontológico más que estrictamente jurídicos (...)¹⁴⁷.

Podríamos decir, entonces, que mientras el Derecho Administrativo en su aspecto básico, regula la relación de la Administración frente a los administrados, según una vinculación de orden general, a la cual se somete cualquier ciudadano; el Derecho Disciplinario, tiene que ver con una vinculación especial del funcionario con la Administración.

La referida relación de "sujeción especial de poder", es duramente cuestionada por la doctrina, al permitir una descarga desproporcionada de la coacción estatal, en cuanto a la posibilidad de una doble sanción, tanto penal como administrativa.

QUERALT escribe que la jurisprudencia constitucional, a la que ha seguido la ordinaria, ha sido tan clara como contundente en esta materia: es inconstitucional un doble castigo penal y administrativo por un mismo hecho, y no sólo eso: la jurisdicción penal es preferente sobre la gubernativa en orden al esclarecimiento de los hechos, debiendo paralizarse la segunda hasta tanto los jueces ordinarios hayan dictaminado sobre el fondo¹⁴⁸. Lo dicho se encuentra acorde con lo previsto en el nuevo CPP, pues cuando el hecho debe ser materia de un Proceso penal, todo lo actuado en la vía administrativa debe suspenderse hasta lo que se resuelva en esta vía^{149 150}, lo que no se ajusta a plenitud con lo reglado en las normas administrativas, que inclusive muchas de ellas, autorizan persecuciones múltiples sobre un mismo hecho.

La doctrina comparte la idea, de que la idea de una "sujeción especial de poder", importa un debilitamiento significativo de las garantías fundamentales que todo individuo ha de contar cuando enfrenta la amenaza de una sanción punitiva (administrativa). Como exponen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, las exigencias de legalidad y de la tipicidad se relajarían o "debilitarían" notable-

147 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.; *Curso de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 168.

148 QUERALT, J. J.; *El principio non bis in idem*, cit., p. 27.

149 Así, GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. y otros; *El Código Procesal Penal*, cit., p. 48.

150 El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, afirmó que la interdicción a la duplicidad de sanciones respecto de unos mismos hechos conduce también a la necesidad de un juzgamiento con independencia, si es que el ordenamiento permite la posibilidad de evaluar un mismo hecho bajo ópticas y normatividades diferentes (proceso penal y procedimiento administrativo sancionador, por ejemplo). Ello implica que la apreciación del hecho puede producirse de modo idéntico en ambos casos. Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.

mente, incluso hasta su desaparición pura y simple. Dicha Tesis fue superada por parte del Tribunal Constitucional (español) en su Sentencia del 29 de marzo de 1990, al indicar que: "La naturaleza sancionatoria de la medida (impide) que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en su misma imprecisa, pueda desvirtuar aquella naturaleza... y son que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado con el riesgo de lesionar derechos fundamentales", pues "una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otras que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad del ciudadano"¹⁵¹.

Por lo expuesto, la aplicación de tan cuestionada concepción teórica, no tiene cabida en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, que tiene por obligación el respeto irrestricto del contenido esencial de los derechos fundamentales, entre éstos los criterios rectores que limitan la descarga coactiva de todo el Derecho Público Sancionador. Seguir a ultranza dicha teoría determina un renunciamiento a las garantías antes anotadas, so pena de ingresar a un Estado de Policía.

A nuestro entender, la naturaleza jurídica del Derecho Administrativo Sancionador reposa en la propia legitimidad que tiene el Estado para regular la vida de los ciudadanos en sociedad; en cuanto a la vigencia de su propia existencia reguladora¹⁵², de ejercer ciertos mandatos normativos, que en las relaciones que se plasman entre los administrados y la Administración generan derechos y obligaciones, por lo que su desobediencia incide en la validez de una reacción jurídico-estatal, en este caso la imposición de una sanción administrativa. Es el principio de legalidad en toda su concepción reguladora, que legitima al Estado, de facultar a la Administración a la imposición de sanciones, fundamental para su correcto ejercicio y como garantía de seguridad jurídica.

Dichos derechos y garantías también son extensibles al Derecho Disciplinario de la Administración, pues la especial vinculación que une al funcionario con la Administración, no es fundamento suficiente para despojarlo de dichos derechos subjetivos. En definitiva, todas las garantías que procederemos a exa-

151 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.; *Curso de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 167.

152 Dicho poder sancionador, se ejerce mediante la delegación que los comunitarios deciden en los actos eleccionarios, donde se eligen a los gobernantes. Los ciudadanos renuncian de cierta forma a una voluntad individual, conformándose una voluntad única, que asume el Estado, de cuya esencia surge la legitimidad de las decisiones —democráticamente consensuadas—, sobre esta base se edifica toda la legitimidad del *ius puniendi* estatal.

minar -de forma correlativa-, son aplicables a todo el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, conforme a lo previsto en el artículo 230° de la LPGA. En palabras de MARINA JALVO, la actividad administrativa, con independencia de que se encuentre más o menos vinculada al ámbito interno o organizativo, no puede desarrollarse al margen del principio de legalidad, de los derechos fundamentales y del control judicial. No es posible seguir considerando a la potestad disciplinaria como una potestad de carácter autónomo con origen en la relación de sujeción especial¹⁵³.

Así, el *derecho administrativo sancionador* puede definirse como aquella parte del derecho público -separada del derecho penal- por el cual órganos de la actividad pública imponen sanciones de carácter punitivo (*penas gubernativas*) a cualquier ciudadano, sin intervención de un juez independiente (podría añadirse con escasa o ninguna intervención del afectado)¹⁵⁴. Constituye un ámbito del poder sancionador del Estado que se orienta a imponer sanciones sobre todos aquellos que infringen normas de naturaleza administrativa, las cuales son impuestas por órganos administrativos o Tribunales Administrativos comprendidos en todo el aparato de la Administración Pública, a diferencia de la vía criminal, donde el procesamiento y la sanción punitiva es potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales encomendados en la tarea de administrar Justicia Penal. Este es un criterio de distinción únicamente de corte formalista, por cuanto se distribuyen la materia de competencia de los Tribunales (jurisdiccionales y administrativos) según el marco normativo que dispone la Ley Fundamental y las leyes sobre la materia¹⁵⁵.

El tema en discusión es trazar la distinción desde un criterio o punto de vista material. De recibo debe descartarse, aquellas posturas que postulan la distinción material, atribuyendo sólo al Derecho penal la posibilidad de tutelar bienes jurídicos importantes, de conformidad con el principio de lesividad, donde la infracción administrativa constituye sólo una mera desobediencia por parte del infractor.

De hecho, los principios reguladores de la Administración Pública, determina que la actuación pública deba sujetarse a ciertos fines, que apuntan hacia un fin teleológico, como es el correcto funcionamiento, la optimización de la función, una gestión pública coherente con los fines que inspiran su actuación de acuerdo a un confín de valores. Por consiguiente, la infracción de normas administrativas también suponen la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, pero bajo una intensidad cuantitativamente menor a los Injustos penales.

153 MARINA JALVO, B.; *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 82.

154 POLITOFF L., S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 80.

155 La Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley N° 27444 y normas complementarias.

Este derecho -como apunta ZAFFARONI-, es una rama especializada que no tiene diferencia con el derecho penal en cuanto a la sustancia o naturaleza de las infracciones que castiga, sino en cuanto a sus cualidades, porque presenta un menor injusto. De manera que las faltas contravencionales no ofrecen diferencias cuantitativas, sino meramente cualitativas, con los delitos¹⁵⁶.

Otra postura a la antes citada, se orienta a afirmar que la diferencia entre un delito y una infracción administrativa, y entre una pena y una sanción administrativa no es sustancial o cualitativa (ya que ambas constituyen distintas manifestaciones de un mismo poder sancionador del Estado), sino puramente cuantitativa en el sentido de que los ilícitos penales (los delitos) deben ser lo más graves de todo el Ordenamiento Jurídico¹⁵⁷.

En realidad, somos contestes a considerar un criterio cualitativo, en tanto la reacción o el reproche jurídico-social que importa una reacción estatal, emanan del mismo orden, pero diferenciados en cuanto a la intensidad de la reacción. En realidad se trata de una diferencia cuantitativa, referida estrictamente al grado de lesión o perturbación producida al bien jurídico tutelado, los ataques de mayor afectación serán reservados al Derecho penal¹⁵⁸, mientras que los ataques menos graves serán de competencia del Derecho administrativo sancionador. Si el funcionario se apropia de caudales destinados para una obra pública, su adecuación formal será constitutiva de un delito de malversación de fondos, y sólo se trata de una demora en un determinado acto funcional, en la ejecución de una obra, se trataría de una mera transgresión administrativa. Sólo cuantitativamente puede diferenciarse la infracción administrativa y la penal; la primera tiene un menor injusto que la segunda, pero la naturaleza de ambas es análoga, lo que obligaría a someterlas -en lo posible- a principios limitativos y garantistas semejantes¹⁵⁹. Sin duda, el solo hecho de que el ámbito sancionador del Derecho administrativo importe la limitación o restricción de derechos fundamentales, determina que su procedimiento sancionado se ajuste a los cánones del Debido Proceso.

La potestad sancionadora de la Administración Pública se encuentra regulada en el Capítulo II - Título IV de la Ley N° 27444¹⁶⁰, en el cual se recogen una serie de principios (legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, causalidad, non *bis in idem*, etc.).

156 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal*, cit., ps. 76 y ss.

157 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., ps. 162-163.

158 Así, CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 95.

159 GARRIDO MONTT, M.; cit., ps. 86-87.

160 Procedimiento Administrativo General.

Por lo expuesto, queda fuera de discusión aquella orientación que entiende que el principio de legalidad sólo rige en toda su amplitud en el ámbito del Derecho penal, pues, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, sólo se puede imponer una sanción administrativa, cuando la infracción se encontraba tipificada expresamente en la norma y la sanción determinada como consecuencia jurídica, no pudiendo imponerse sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Es una máxima garantía del Estado de Derecho, que el ejercicio del *ius imperium* no pueda recaer dos veces por un solo hecho jurídicamente desvalorado (*non bis in idem* material¹⁶¹); únicamente podrá recaer una doble sanción sobre el agente, cuando los fundamentos jurídicos que tutele el Derecho penal sean distintos a aquellos que protege el Derecho administrativo sancionador.

A este respecto, debe indicarse que el principio del *Non bis in idem* se encuentra consagrado en el inciso 10) del artículo 230° de la Ley N° 27444, que estipula que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, el hecho y el fundamento. Sobre el particular, cabe precisar lo siguiente: la necesidad de imponer límites al poder sancionador del Estado, se deriva de una exigencia pública, consustancial a las máximas de un Estado de Derecho, de "proscribir todo mecanismo de arbitrariedad pública"; en tal medida, la facultad coercitiva y sancionadora estatal no puede ser ejercida bajo el imperio del libre albedrío, sino que ha de ajustarse al principio de legalidad y a los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad, en la medida que la reacción sancionadora supone la afectación, limitación y/o restricción de los derechos fundamentales.

En dicho orden de ideas, el principio del *Non bis in idem*; se erige como una garantía de especial relevancia, que impide que pueda imponerse dos sanciones ante una misma infracción. No obstante, resulta admisible una doble sanción por parte del Estado, cuando el fundamento de esta sea distinto, en otras palabras cuando el bien jurídico tutelado sea de diversa naturaleza jurídica. En efecto, los mismos hechos pueden tener una calificación jurídica distinta, que pueda ameritar la imposición de una sanción administrativa y/o penal en la medida que dichos ordenamientos jurídicos protegen fines distintos, pero lo que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorable-

161 El *non bis in idem* procesal se encuentra consagrado en el artículo III del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957).

mente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad¹⁶².

6. CON EL DERECHO CIVIL

Podemos afirmar que entre ambas disciplinas existen grados de vínculo y de contenido, ya que persiguen una finalidad común, que es la de regular las relaciones humanas dentro de la sociedad y proteger los intereses que de ella surgen, mediante la aplicación de sanciones que aseguren su respeto¹⁶³. Ambas disciplinas ejercen un nivel de protección significativa a los bienes jurídicos consagrados constitucionalmente, protección que se distingue a partir de los medios que cada una de ellas despliega para cumplir su función tutelar.

El Derecho penal como medio de control social es esencialmente retributivo, sanciona con una pena al infractor de la norma jurídico-penal, a fin de restablecer la vigencia fáctica de la normatividad criminal; mientras que el Derecho civil, importa la imposición de una Justicia compensatoria¹⁶⁴, dirigida a reparar el daño causado por la concurrencia de una responsabilidad civil (dolo o culpa inexcusable).

Por otro lado, la vinculación interdisciplinaria entre ambas incidencias regulativas de responsabilidad, se manifiesta plenamente en el ámbito de la persecución penal que se sigue ante un infractor de la ley penal; es de verse, que el agente al vulnerar o poner en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, no sólo incurre en responsabilidad penal, sino también incurre en responsabilidad civil, puesto que la conducta antijurídica genera un daño susceptible de ser resarcible según las reglas que se estipulan en el derecho privado. Entonces, acción penal y acción civil se refunden en un solo proceso a efectos de brindar una debida tutela al derecho resarcitorio de la víctima. El artículo 92° del CP dispone que *la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, quiere decir, que la imposición de la condena civil está condicionada a la condena penal*.

Ahora bien, existe una zona delimitadora entre ambas disciplinas jurídicas, esto es, la incidencia material de cada una de ellas depende del grado de afectación al bien jurídico tutelado y a la esfera psíquica del agente. El legislador no sólo tutela la vida humana con los delitos de homicidio y suicidio, sino que también reconoce en el derecho privado que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento (art. 1° del Código Civil).

162 STC N° 2054-2002-AA/TC.

163 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 32.

164 Así, CARBONELL MATEU, J.C.; cit., p. 89. De las MERCEDES SUÁREZ, M.; *El modelo integrado de ciencia penal*, cit., ps. 39-40.

Resulta importante destacar que la naturaleza subsidiaria y fragmentaria del Derecho penal tiene un frondoso campo en el ámbito de las relaciones sociales fundamentales y en la esfera de los negocios jurídicos (obligaciones, contratos, etc.). Muy a menudo se instan en la vía penal asuntos que sólo tienen una connotación jurídico-civil, v.gr., una nulidad de acto jurídico (de matrimonio), son denunciados como delitos de estafa o de bigamia, sin entrar a valorar que la conducta no ha sobrepasado el umbral de ofensividad necesario para el reconocimiento de la relevancia jurídico-penal. La utilización de ciertas instituciones en el campo jurídico-civil resultan ser en suma útiles como mecanismos de descriminalización.

Como sabemos nuestro texto punitivo conserva tipos legales que sólo pueden ser comprendidos en el marco teórico de un Derecho penal de autor, cuyas connotaciones descriptivas hacen alusión a determinadas conducciones de vida, socialmente reprobables. Así, vemos la Seducción (art. 175º), por ejemplo importa una utilización innecesaria del Derecho penal, cuya naturaleza en realidad privada debe ser resuelta de acuerdo a Instituciones como el régimen esponsalicio (indemnización por daños y perjuicios) o por la figura del enriquecimiento indebido.

Así, también en el caso de la Usurpación, en muchas oportunidades el denunciante es el propietario del bien inmueble quien mantiene una litis con el poseedor, mediando una acción Reivindicatoria o por Usucapión (Prescripción Adquisitiva de Dominio). Por consiguiente, resulta necesario establecer zonas precisas de delimitación aplicativa, a fin de garantizar el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal.

De todos modos, cabe precisar que aparte de las zonas de delimitación normativa entre ambas disciplinas, existen también notorias diferencias en la incidencia legitimante de ambas esferas de la juridicidad. El Derecho penal cuenta con las sanciones más severas del ordenamiento jurídico; la pena en cuanto especie pública más grave necesita ser regulada de forma estricta, a fin de no despojar al ser humano de su subjetividad inherente.

El principio de legalidad es el manifiesto de un contenido político-criminal de primer orden, a efectos de tutelar la libertad humana, por lo tanto, los tipos penales deben cumplir con este mandato, tanto en lo que respecta a la norma de conducta como la norma de sanción. Se proscriben entonces la posibilidad de sancionar delitos que no se encuentran comprendidos de forma taxativa en la ley penal, sólo la ley es la única fuente del Derecho penal, no se puede crear delitos por costumbre (*lex scripta*) ni tampoco por creación judicial. En cambio, en el ámbito del Derecho privado la costumbre sí es considerada una fuente y, al juez se le obliga a administrar justicia aplicando los principios generales del

derecho, cuando se presentan defectos o deficiencia de la Ley¹⁶⁵. Empero, en el caso de la ley aplicable, ambas esferas jurídicas exigen la ley previa, la aplicación de la ley a los hechos y situaciones jurídicas existentes¹⁶⁶, bajo la salvedad que la ley penal puede aplicarse retroactivamente sólo cuando es favorable al reo¹⁶⁷.

Otras coincidencias serían los preceptos permisivos que anulan la anti-juridicidad de la conducta (derecho de retención¹⁶⁸); el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y el estado de necesidad como causales de improcedencia de responsabilidad extracontractual (art. 20º del CP), que se sustenta en la unidad sistemática del ordenamiento jurídico.

7. CON EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Las vinculaciones entre el Derecho penal y el Derecho internacional surgen claramente cuando se consideran los problemas que plantea la aplicación de la ley penal en el espacio, según que los intereses afectados sean los de un individuo (Derecho internacional penal) o de un Estado (Derecho internacional público)¹⁶⁹.

El Derecho Penal Internacional sería el sector del ordenamiento internacional cuya función es proteger, de los bienes vitales que constituyen el orden jurídico internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves¹⁷⁰. Dicho así, *el Derecho Penal Internacional, ha de recoger los intereses jurídicos de mayor valor para toda la Comunidad Internacional, en el entendido de extender una tutela jurídica que traspasa las fronteras de los países de la orbe, constituyendo una universalidad propia de una cultura defensora de los Derechos Humanos a nivel internacional.*

Parafraseando a Kai Ambos, diremos que el Derecho penal internacional vincula los conceptos de aplicabilidad *universal* de las normas (Derecho internacional público), con los conceptos de responsabilidad *individual* (derecho penal), de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional *autónoma* (principio de responsabilidad penal directa del individuo

165 Artículo VII del Título Preliminar del CC.

166 Artículo III del Título Preliminar del CC.

167 Artículo 103º de la CPE.

168 Artículo 1123º del CC.

169 DE LAS MERCEDES SUÁREZ, M.; *El modelo integrado de ciencia penal*, cit., p. 42.

170 GIL GIL, A.; *Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*. En: *Revista de Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Penales. Buenos Aires, Argentina, cit., p. 216.

según el Derecho internacional público). Por consiguiente, en ese sentido el Derecho penal internacional es el sistema penal de la comunidad internacional¹⁷¹.

El ámbito espacial de la ley penal se rige según el principio de territorialidad, como una expresión clara de soberanía de un Estado de aplicar el derecho positivo nacional a todos aquellos que infringen las normas jurídico-penales, a partir de una reacción legitimada de las agencias punitivas. Sin embargo, este principio rector, de la ley penal en el espacio ha sufrido una serie de flexibilizaciones producto de una orientación político-criminal que trasciende las fronteras de Estados Nacionales.

La criminalidad moderna se caracteriza fundamentalmente por extender su ámbito de operatividad más allá de los territorios de un solo Estado, puesto que ramifica su accionar antijurídico a través de complejas redes de interacción delictiva, estructurando mafias internacionales dedicadas a la perpetración de injustos penales muy graves. Surge entonces una apremiante necesidad por cerrar espacios de impunidad a estos agentes, así también a los que se escudaron en la inmunidad del cargo político para perpetrar los crímenes más atroces que la humanidad ha podido contemplar. Dictadores de facto y de *iure* que utilizaron alevosamente el aparato militar y policial del Estado, para cometer delitos de lesa humanidad, para exterminar razas o etnias completas, arrasando poblaciones civiles a fin de perpetuarse en el poder, o creando grupos paramilitares para afrontar la guerra contra la subversión, sin interesar que en este cometido se asesine a ciudadanos inocentes.

Conforme lo anotado, la lucha contra la impunidad ha propiciado la institución de mecanismos e instrumentos internacionales a fin de ejercer una persecución penal eficaz que permita la debida sanción de estos malhechores, que por su especial condición pública merecen el mayor de los reproches. El afianzamiento de esta orientación del derecho penal internacional, se ha plasmado con la creación de la Corte Penal Internacional que tiene como basamento jurídico el Estatuto de Roma¹⁷².

El Estatuto de Roma entró en vigor el 01 de julio del 2002. En la actualidad, 139 naciones han suscrito el Estatuto de Roma y son 97 los Estados parte de la Corte. El Perú es uno de los países que han manifestado su voluntad de contar con una Justicia Penal Internacional permanente, al haber suscrito y ratificado el Estatuto, lo que significa un avance importante en la consolidación de una lucha tenaz contra la impunidad.

171 AMBOS, K.; *El Nuevo Derecho Penal Internacional*. ARA Editores, Lima, 2004, cit., p. 47.

172 Cuyos antecedentes más importantes constituyen el Tribunal de La Haya para juzgar los crímenes producidos en la antigua ex - Yugoslavia. Ruanda, Tokio y Nüremberg.

El Derecho penal internacional como especialidad del Derecho internacional público, es aquella parcela que determina ámbitos de tipificación penal sobre conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de alcance internacional, intereses jurídicos que por su naturaleza han adquirido la calidad de normas *ius cogens*, y cuya concreción normativa se determina a partir de los Tratados y Convenios Internacionales. Bajo esta perspectiva, la suscripción de Tratados de Extradición en materia de Cooperación Judicial, se constituye en mecanismo esencial a fin de activar la persecución penal extraterritorial¹⁷³. En otras palabras: la fuente principal de la cooperación jurídica internacional son los Tratados^{174 175}, son instrumentos jurídicos que dotan de eficacia a la Justicia Penal.

En este orden de ideas, los principales efectos de la incidencia del Derecho penal internacional en los derechos positivos nacionales, es de haber relativizado de forma significativa el concepto de soberanía y de haber creado un marco regulativo bajo principios reconocidos por la Comunidad Internacional.

En nuestro Código Penal el principio de «Justicia Universal» se encuentra plasmado en el artículo 2° inciso 5) «la ley peruana podrá aplicarse cuando el Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales», principio que será desarrollado con más extensión en un capítulo posterior.

173 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *El Principio de Cooperación Internacional y el rol del Ministerio Público en la lucha global contra la Impunidad*. En: Suplemento "Jurídica" del Diario Oficial El Peruano, Marzo 2005.

174 Así, conforme las instituciones de Derecho Internacional Público, comprendidas en el Libro Séptimo del nuevo CPP.

175 A. CALDERÓN J. A. CHOCLÁN MONTALVO; *Derecho Procesal Penal*. Dykinson, Madrid, 2002, cit., p. 672.

CAPÍTULO III

ÁMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

Sumario: 1. Consideraciones Generales. 2. El Principio de Territorialidad. 2.1 Principio Real o de Defensa. 2.2 Principio de Personalidad. 2.3 Principio Universal. 2.4 De Extradición.

1. CONSIDERACIONES DE ORDEN GENERAL

La ley penal es la más pura expresión de la soberanía estatal, a fin de ejercer un orden coactivo contra todos aquellos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados.

El poder con el cual se encuentran revestidos los Tribunales Nacionales, se encuentra sustentado en la delegación del *ius puniendi* estatal en base a un mandato constitucional, que tiene su origen en el pacto social. Empero, el poder represivo del Estado peruano tiene límites y, estos límites vienen dados por elementos geográficos y territoriales.

La soberanía del Perú, en principio, se extiende sólo en su territorio, de conformidad con la extensión especial que se le reconoce a nuestro país en el Hemisferio Sudamericano. Al ser el derecho de castigar (*ius puniendi*), emanación de la soberanía del Estado, la eficacia de las leyes penales está vinculada a la extensión del territorio de la nación¹⁷⁶. Las leyes penales nacionales se aplican a todo aquel que delinque en el territorio patrio, al margen de la nacionalidad del autor y de la víctima del delito, siempre y cuando no se superpongan intereses suscritos en el ámbito del Derecho Internacional Público.

La ley penal tiene fuerza obligatoria, y se aplica dentro de los límites del territorio del Estado que la dicta; es el resultado de la aplicación de un con-

176 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 194; Así, CARBONELL MATEU, J.C.; *Derecho Penal...*, cit., p. 165.

junto de principios jurídicos que delimitan el ámbito espacial de validez de la ley penal¹⁷⁷.

La legitimidad de los Estados Nacionales para aplicar la ley penal nacional, a los agentes que cometen un hecho punible dentro de su territorio, no sólo puede legitimarse desde una perspectiva *ius constitucional*, pues, desde los propios fines esenciales del Derecho penal puede adherirse una justificación axiológica valedera.

Dicho lo anterior, los fines de la pena están condicionados a la intimidación y aplicación efectiva de las leyes penales por parte de los Tribunales.

La prevención general, sea en su faz disuasoria o, en su versión positiva -como confirmación del orden jurídico a fin de preservar su validez- supone que el hecho punible cometido en territorio peruano sea juzgado y sancionado por los Tribunales de la Nación; de no ser así, la confianza hacia el orden jurídico, así como el sentimiento de seguridad se debilitarían de forma significativa. Así también, la prevención especial, de ejercer un tratamiento penitenciario acorde a las características del condenado, que si es nacional, qué duda cabe que su rehabilitación social está condicionada al mantenimiento de sus lazos sociales y familiares. En tal sentido, en el marco de la Cooperación Judicial Internacional, se ha estimado conveniente el traslado de condenados extranjeros a su país de origen y a la inversa, justamente para garantizar la prevención especial positiva¹⁷⁸.

En tanta expresión de soberanía, las reglas que establecen la extensión del propio derecho penal no pueden conceder al Estado un derecho a intervenir dentro del ámbito propio de la soberanía de otro Estado¹⁷⁹. En tal virtud, en base a los compromisos de orden internacional, los Estados democráticos suscriben una serie de Tratados Bilaterales o Multilaterales, a fin de viabilizar la persecución penal del Estado requirente, lo que adquiere el nombre de Extradición.

Debe ponerse de manifiesto, que del mismo modo que la aplicación de la ley penal (en general) se encuentra sometida al principio de legalidad (por lo que no puede aplicarse analógicamente a supuestos que vayan más allá de su letra), las reglas que condicionan la aplicación de la ley penal en el espacio, en cuanto presupuestos de la aplicación de la ley penal misma, se encuentran también sometidas al principio de legalidad, por lo que no es posible que el intérprete cubra posibles lagunas legales aplicando dichas reglas a supuestos que escapen de su letra, aunque sean análogas a los en ellas previstos¹⁸⁰.

177 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 131.

178 Así, el nuevo CPP del 2004, que en su Libro Séptimo - Sección V, regula todo lo concerniente al Traslado de Condenados.

179 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 47.

180 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; *Fundamentos de Derecho Penal...*, cit., p. 332.

Empero, la aplicación de la ley penal nacional puede traer dificultades en algunos casos, en la medida que pueden aparecer ciertos elementos que provoquen contiendas de jurisdicción entre los Estados.

La problematización descrita se deriva de la propia naturaleza de los injustos penales, pues la secuencia con la cual se desarrolla el *iter criminis*, importa que el lugar del disvalor de la acción no coincida con el lugar del disvalor del resultado. El delito puede haberse iniciado en Venezuela, la víctima fue envenenada en Caracas, pero el resultado muerte se produce en territorio peruano. De otro lado, puede que tanto el autor como la víctima sean de nacionalidad extranjera, y el delito sea reprimible sólo en el Estado al cual pertenecen ambos sujetos. El agente comete un delito contra el orden monetario nacional, y luego fuga a los Estados Unidos de Norteamérica. Asimismo, en el ámbito de la criminalidad transnacional, se perpetran delitos que se consuman en varios territorios, una banda internacional de trata de personas que recluta mujeres de distintos países para colocarlas al comercio también en varios países. Estas problemáticas no pueden ser resueltas únicamente con los dispositivos de ordenación punitiva nacional, sino que ameritan una conjunción valorativa de acuerdo a los Tratados Internacionales sobre la materia suscritos por el Estado peruano.

La situación antes descrita, crea un doble problema: primero determinar el Estado cuyos tribunales serían competentes para conocer el delito y castigar a los responsables, y segundo, cuál es la ley aplicable: la del que instruye el proceso, la de aquel en que se cometió el hecho o la del país cuya nacionalidad detenta el delincuentes¹⁸¹.

2. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

El «principio de territorialidad» importa que la ley penal nacional, se aplica a todo aquel que delinque en el territorio peruano, sin interesar la nacionalidad del autor y la nacionalidad de la víctima. De conformidad con este principio la ley penal rige en el territorio del Estado peruano¹⁸². No importa, entonces, la nacionalidad del titular del bien jurídico vulnerado, de la gravedad del injusto, del número de víctimas afectadas¹⁸³.

Dicho en otros términos: *la aplicación de la ley penal en virtud del principio de territorialidad, implica la concepción más pura de la soberanía estatal, en orden a ejercer una coexistencia pacífica entre sus súbditos.*

El territorio peruano comprende:

181 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARAN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 142.

182 PEÑA CABRERA, R.; ob. cit., p. 131.

183 ASÍ, GARRIDO MONTT. M.; *Derecho Penal*, cit., ps. 130-131.

El artículo 54° de la Ley Fundamental, establece lo siguiente *"El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado. El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado"*.

El precepto constitucional, delimita entonces el territorio nacional conforme a los conceptos de dominio territorial, marítimo y aéreo. La aplicación del principio de territorialidad exige la determinación del concepto jurídico de territorio que no coincide con el geográfico¹⁸⁴.

En cuanto al mar territorial de las 200 millas marinas, importa una demarcación artificial, por cuanto no existe en realidad un espacio geográfico de tal magnitud delimitado de forma concreta. Parece ser en realidad, la simbolización de una aspiración patriótica de contenido prosaico, aunque algunos diplomáticos y expertos en la materia consideran que esta aspiración podría adquirir mayor rigor, si es que el Estado peruano suscribe la Convención del Mar. Una posición discrepante tienen los hermanos CHIRINOS SOTO, al señalar que la Convención del Mar, en su artículo 3°, establece *"Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas, de conformidad con esta Convención"*. Si el mar territorial, según la Convención del Mar, solamente puede tener hasta doce millas de ancho o anchura, y la Constitución del Perú consagra un mar territorial o un dominio marítimo de doscientas millas marinas, la incompatibilidad entre una y otra es irremediable¹⁸⁵.

En definitiva, el Perú goza de una reserva ictiológica envidiable, cuyas reservas marinas y fauna merecen la mayor de las protecciones, a fin de que no sean depredadas por potencias extranjeras.

El artículo 1° del CP, reza de la siguiente manera: *"La Ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional"*.

También se aplica a los hechos punibles cometidos en:

184 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 194.

185 CHIRINOS SOTO, E., y otro; *La Constitución...*, cit., p. 132.

1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y,
2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en el espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

De conformidad con el precepto anotado, el principio de territorialidad implica extender el ámbito de aplicación de la ley penal nacional, fuera del territorio patrio cuando se cometa un hecho punible en el interior de una nave o aeronave nacional pública, esto es, debe tratarse de un buque o barco de bandera nacional perteneciente al Estado peruano. Sólo resulta aplicable esta excepción en el caso de aeronaves o naves públicas y no de propiedad privada, será aplicable ante buques de la armada peruana, de la marina de guerra del Perú, aeronaves de la Fuerza Aérea, el avión presidencial, helicópteros, misiones de expedición científica -siempre que representen al Estado peruano-, marina mercante, etc.

En el ámbito de la aeronavegación, de la aeronáutica, debe distinguirse la aviación comercial de la estrictamente militar o de seguridad del Estado.

El Estado puede intervenir en la aeronavegación comercial, con una línea de bandera, pero considerando la naturaleza jurídica de la empresa, en este caso no sería aplicable la excepción en comento, pues se trata de una actividad típicamente empresarial. Si bien no lo dice el precepto, consideramos que el hecho punible debe ser entendido desde una dimensión mixta: a partir de la configuración de la acción u omisión (disvalor de la acción) o cuando se materializa el resultado típico (disvalor del resultado). Mientras que la segunda hipótesis, supone la aplicación de la ley penal nacional más allá de nuestras fronteras, cuando el hecho punible se comete en naves o aeronaves nacionales privadas, siempre que se encuentren en alta mar o en el espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía, esto quiere decir, que a efectos de impedir una situación de impunidad, se extienda la competencia de los fueros nacionales, a los delitos que se cometan en el interior de una nave o aeronave nacional privada, cuando por ejemplo un avión peruano perteneciente a una empresa privada es capturado por delincuentes pertenecientes a una organización terrorista internacional, situación que podría también ser resuelta según los alcances normativos del inciso 5) del artículo 2° (*in fine*) - Principio de Universalidad.

Los locales de las representaciones diplomáticas peruanas en el extranjero no se consideran territorio peruano de acuerdo con las normas jurídicas penales; sí lo son, en cambio los recintos ocupados en el Perú por las representaciones diplomáticas extranjeras¹⁸⁶. Un caso emblemático, fue la toma de rehenes por parte del grupo Subversivo MRTA en la embajada del Japón en nuestro país (Operación "Chavín de Huántar"), donde la ley penal nacional era aplicable en este caso no sólo por los fundamentos antes expuestos, sino tam-

186 PEÑA CABRERA, R.; cit., p. 133.

bién por la naturaleza del bien jurídico tutelado, esto es, la Seguridad y Tranquilidad Pública, cuya tutela es potestad irrenunciable del Estado peruano. Los excesos en los cuales pudieron haber incurrido los agentes policiales y militares (ejecuciones extrajudiciales), han sido de competencia por parte de los Tribunales nacionales.

Al principio de territorialidad se oponen una serie de excepciones, los Principios: Real, de Personalidad y el Universal.

2.1. Principio Real o de Defensa

La ley penal emana, de la propia auto-constatación del Estado en base a su soberanía inherente, la cual se dirige a preservar una coexistencia pacífica entre sus súbditos. Aplicación de la ley penal nacional que se extiende a todo lo largo y ancho del territorio patrio. Sin embargo, pueden surgir otras razones, no menos poderosas que legitimen la jurisdicción del Estado Nacional para reprimir con penas, a delitos que se cometen fuera del territorio nacional.

Es de verse, que la política criminal acoge otros criterios, que son de relevancia en orden a proteger bienes jurídicos que por su naturaleza determinan una extensión de los derroteros del ius puniendi estatal. Un Estado Democrático de Derecho debe priorizar la seguridad interna y externa de la Nación, así como todos aquellos intereses jurídicos en que se basa su estructura organizativa. El orden público, la seguridad nacional, la tranquilidad pública, el orden monetario, etc., son bienes estaduales, en cuanto afirman un contenido material cuya intangibilidad compromete directamente al Estado. Básicamente se considera que este principio se refiere a la protección de bienes jurídicos del propio Estado y que afecta su integridad como tal (...) ¹⁸⁷. Son principios reconocidos en el Derecho Internacional Público, en cuanto tratan de concesiones que se comparten por más mayoría de Estados agrupados en la Comunidad Internacional.

El principio real, de la defensa o de protección de intereses permite al Estado castigar delitos cometidos en el extranjero, con independencia de que su autor sea nacional o extranjero, cuando lesionen sus intereses ¹⁸⁸.

Mientras que el principio de territorialidad sigue la suerte de la dimensión geográfica, el principio real o de defensa sigue la suerte de la nacionalidad del bien jurídico. En tal virtud, la ley penal peruana es aplicable a los delitos cuyas

187 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 51.

188 Cfr. CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 204; Así también BACIGALUPO, E.; cit., p. 51; POLITOFF L., S. y otros, cit., p. 122; NOEL COSTA, M. / BUTELER, E.R.; *Ámbitos de validez de la ley penal*, cit., p. 224.

consecuencias deben producirse en el territorio o en el lugar bajo la jurisdicción de la nación¹⁸⁹.

El principio de protección -como lo denomina CARBONELL MATEU- intenta colmar la laguna que se produciría por la falta de interés de persecución del delito por el Estado donde se hubiere cometido¹⁹⁰.

La aplicación de este principio fortalece de forma notoria la protección de bienes jurídicos nacionales, más aún por la falta de incriminación de estas conductas por parte del Estado donde se encuentra el criminal, lo cual supone a su vez la ausencia de Tratados de Extradición. La falsificación de moneda nacional o la ofensa de los símbolos nacionales sólo será constitutivo de delito por parte de la ley penal nacional. Con todo, este principio despliega una labor de primera línea sostenida básicamente en la supervivencia del propio Estado, de conformidad con sus intereses que se compaginan de su propia estructura organizacional.

De común idea con este principio, puede aplicarse la ley penal nacional a los Injustos siguientes, a los delitos cometidos en el extranjero cuando¹⁹¹:

- a) El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo, quiere decir, que el autor del delito se encuentra residiendo en el extranjero, representando al Estado peruano en una concreta actividad pública

El Estado peruano en el ámbito de las relaciones diplomáticas con el resto de países de la Comunidad Internacional, instala una serie de representaciones diplomáticas y consulares, así como agregadurías militares en otras Naciones a fin de intensificar las relaciones internacionales que se extienden a una serie de ámbitos. Por consiguiente, designa embajadores, cónsules, agregados militares, representantes ante la ONU, la OEA, la Corte Internacional de Justicia, etc., cuya excelsa misión es representar al Estado peruano en el más alto nivel de las relaciones internacionales; en tal virtud, debe precisarse que esta extensión de la soberanía nacional para aplicar la ley penal nacional, sólo se circunscribe a aquellos injustos que se cometan en razón del cargo ejercido (usurpación de funciones, peculado, malversación de fondos, abuso de autoridad, enriquecimiento ilícito, cohecho. etc.), delitos que importen la infracción de los deberes funcionales, pues de no ser así el Estado peruano estaría invadiendo fueros que no le competen, en la medida, que un delito de asesinato, robo o secuestro no lesiona intereses propios de la Nación peruana, a menos que la víctima sea también un nacional, pero en dicho supuesto sería de

189 PEÑA CABRERA, R.; ob. cit., p., 134.

190 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 172.

191 Artículo 2° del CP.

aplicación el inciso 4). Debemos recordar que este principio nace para tutelar bienes jurídicos esenciales para el Estado nacional, ante delitos que se cometan en el extranjero.

- b) Atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública, o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República

En el ámbito de los bienes jurídicos que tutelan la seguridad de la ciudadanía, en cuanto estado de paz y de seguridad en la cual debe desarrollarse las diversas interrelaciones sociales, aparecen injustos¹⁹² que precisamente por su peligrosidad objetiva pueden perturbar dicho estado de cosas, como los disturbios (art. 315°), la asociación para delinquir (art. 317°) y sobre todo, los delitos de terrorismo que se encuentran comprendidos en el DL N° 25475 de 1992. Son injustos penales, que por su especial dimensión antijurídica, tienen la aptitud lesiva para provocar daños de significativa relevancia para los bienes jurídicos tutelados, pues detrás de este bien jurídico colectivo, se identifican concretos intereses jurídicos, como la vida, el cuerpo, la salud y el patrimonio.

Dispone el inciso en cuestión, que las consecuencias lesivas de la conducta criminal deben materializarse en el territorio nacional, lo cual supondría adoptar el criterio del «resultado».

En el caso, de los delitos de Terrorismo, basta que la zozobra y el pánico de estas acciones violentas se produzcan en el territorio nacional a partir de un estado de alarma en la población, pues los resultados de muerte o lesión podrían producirse en el extranjero, lo cual no interesa a efectos de dar por consumado el delito en mención.

Con posterioridad a la entrada en vigencia del CP, el legislador sancionó la Ley N° 26926 del 21/02/98, que incorpora el Título XIV-A - Delitos contra la Humanidad, comprendiendo en su ámbito de protección los delitos de Genocidio (art. 319°), Desaparición Forzada (art. 320°) y el de Tortura (art. 321°). Injustos que tienen una connotación muy importante en una política criminal tendiente a reforzar la tutela de los bienes jurídicos máspreciados por la Comunidad Internacional¹⁹³. Por consiguiente, cuando se cometan estos injustos, el Estado peruano también estará revestido de competencia para perseguir y sancionar estos delitos, de conformidad con los dispositivos legales nacionales en vigor.

192 Título XIV del CP.

193 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 473-484.

A partir de la sanción del Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio del 2007, en el marco del paquete legal que el Gobierno sancionó, -sin la discusión previa que amerita cualquier proceso de reforma penal y procesal penal-, incluye en este dispositivo legal, en cuanto al principio de Extraterritorialidad, que la ley penal puede aplicarse también: «tratándose de conductas tipificadas como lavado de activos». En este caso, el Poder Ejecutivo, pues no podemos decir que el legislador, en tanto se ha legislado en base a un decreto legislativo, ha considerado necesario extender el principio real o de defensa, a un delito que si bien es cierto manifiesta graves efectos antijurídicos al sistema financiero y económico, estragos por no menos decirlo a la economía nacional en su conjunto, no es menos cierto que no es catalogado como un injusto que repercuta directamente en las bases sistémicas del orden jurídico-constitucional y/o de la seguridad nacional, como un delito de terrorismo o de asociación ilícita para delinquir.

El lavado de activos importa siempre la perpetración de un delito antecedente, en este caso, un delito de tráfico ilícito de drogas, secuestro, proxenetismo, tráfico de menores, defraudación tributaria y otros; tal como se desprende del artículo 6° de la Ley N° 27765 (Ley de Lavado de Activos). No se puede negar que el combate contra esta fenomenología criminal, resulta importante para enfrentar de forma eficaz el conjunto de injustos que se relacionan con el lavado de activos, sobre todo el tráfico ilícito de drogas y los delitos de corrupción, pero dicha condición no es suficiente como para poder dar lugar a su inclusión en el inc. 2 del articulado en análisis; pues de ser así, no encontramos explicación valedera, de porqué otras figuras delictivas como el tráfico ilícito de drogas y la trata de personas no estén incluidos en este precepto. No advertimos una exposición de motivos en el Decreto Legislativo N° 982, de ahí que no podamos hurgar en la voluntad del gobernante.

De todos modos, las conductas tipificadas como lavado de activos, son aquellas previstas en el artículo 1° (acto de conversión y transferencia), artículo 2° (actos de ocultamiento y tenencia), artículo 3° (formas agravadas) y artículo 4° (omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas). Todas ellas, resultan ahora, el marco aplicable para reclamar la aplicación extraterritorial de la ley penal nacional.

- c) Agravia al Estado y la defensa nacional, a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario. El Sistema Jurídico-Estatal en el Perú, se encuadra bajo la ordenación política de una Democracia Social de Derecho, donde la Ley Fundamental constituye la norma básica basililar, que irradia todo el proceso formativo de la normatividad en nuestro país.

La Constitución no sólo consagra la sujeción de la ley por parte de todos los poderes públicos, sino también reconoce el principio de separación de poderes como vértice esencial del Estado de Derecho. La defensa por la democracia pasa necesariamente por el respeto a la Institucionalidad autónoma que se agencia en los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La forma de gobierno que adopta la Ley Suprema es la democracia representativa, que manifiesta el poder soberano del pueblo para elegir a sus gobernantes y la forma de gobierno. Entonces, cuando se ataca el orden constitucional se atenta no sólo contra la Institucionalidad democrática, sino también contra la decisión soberana del pueblo, que rechaza cualquier injerencia -cívica o militar- que pretenda constituir un Gobierno de facto, por lo tanto, espurio por su origen ilegítimo. El Título XVI tipifica aquellos injustos penales que atentan contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, como la rebelión (art. 346°), la sedición (art. 347°), etc.

Por otro lado, el Título XV, tipifica aquellos injustos penales que afectan el Estado y la Defensa Nacional, que atentan contra la seguridad nacional y suponen una afrenta a los valores símbolos de la patria. Actos que comprometen la seguridad interna, a partir del develamiento de secretos nacionales o de secretos de Estado, así como un típico caso de traición a la patria por favorecer a un Estado extranjero en pleno conflicto bélico. Así también, los delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado. Son delitos que por su propia naturaleza antijurídica importa que su estado consumativo se produzca por lo general en el territorio nacional.

Finalmente, el Estado expresa también su soberanía cuando acuña su propia moneda y los billetes que son objeto de circulación en el circuito económico, quiere decir entonces, que sólo el Estado, por medio del Banco Central de Reserva, tiene la potestad de emitir los billetes y de acuñar la moneda nacional, de acuerdo al respaldo fiduciario con que se cuenta. De tal modo, que ninguna institución o persona puedan irrogarse dicha atribución, pues estarían usurpando una facultad que en régimen de monopolio detenta el Estado. La fabricación o circulación de monedas y billetes sin autorización del Estado peruano, entonces, es un delito que sólo puede lesionar los intereses de nuestra Nación¹⁹⁴. Consecuentemente, se extiende la aplicación de la ley penal nacional más allá de nuestro territorio, precisamente para cautelar dicho interés y para asegurar los efectos preventivos de la pena. Los delitos monetarios se encuentran comprendidos en el Capítulo II del Título X del CP (Delitos contra el Orden Financiero y Monetario).

194 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, cit., ps. 410-415.

2.2. Principio de Personalidad

No les falta razón a aquellos que consideran esta regla como contraria a la solidaridad entre las naciones, pues por este principio se deberá aplicar al nacional la ley del Estado peruano, es decir, en virtud de este principio prima la vinculación jurídica entre el autor y el Estado¹⁹⁵, dejándose de lado la potestad punitiva del Estado en cuyo territorio se cometió el delito. En palabras de CARBONELL MATEU, es expresión del antiguo *ius sanguinis*, obediente a una hoy superada relación Estado-ciudadano, de naturaleza ciertamente feudal¹⁹⁶. Con arreglo al principio de la personalidad, la ley penal de un país se aplica únicamente a sus ciudadanos, cualquiera que sea el lugar donde se realicen las conductas delictivas, aunque las hayan realizado en un país extranjero¹⁹⁷; puede adoptar dos modalidades: "activa", la ley que se aplica al autor de un delito es de su país de origen, y "pasiva", se aplica la ley de la nacionalidad de la víctima¹⁹⁸. La idea fundamental del principio en su aspecto activo es la obediencia exigida al súbdito de un Estado respecto de la legislación de éste, cualquiera sea el lugar en que se encuentre¹⁹⁹.

Según las ideas esbozadas, es que debe entenderse que el principio de personalidad debe regir de forma supletoria o dígase subsidiaria del principio de territorialidad²⁰⁰, en la medida, que la soberanía estatal para imponer penas y medidas de seguridad a todos aquellos que cometen un delito sobre su territorio es un criterio que está por encima de consideraciones que sólo en antaño podrían tener una justificación atendible o como una forma de evitar la impunidad.

Este complemento es necesario porque los Estados se niegan generalmente a entregar a sus nacionales que han delinquido en el extranjero por ver en ello un menoscabo a su soberanía²⁰¹. Sea como fuera, consideramos que la vigencia de este principio es necesario para fortalecer la vinculación del Estado para con sus nacionales, a efectos de paliar las deficiencias de la persecución del Estado donde se produjo el crimen.

Requisitos: a) Que el delito sea cometido por un peruano (ora como autor, ora como partícipe) o en su defecto que la víctima sea peruana, pudiendo coincidir la nacionalidad peruana en la pareja criminal. b) Que el hecho sea punible

195 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 134; Así también, NOEL COSTA, M./ BUTLER, E.R.; cit., p. 227.

196 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 170.

197 CEREZO MIR, J.; ob. cit., p. 201.

198 GARRIDO MONTT, M.; cit., ps. 137-138; Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; cit., p. 91.

199 BACIGALUPO, E; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 52.

200 Así, CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 170; GARRIDO MONTT, M.; cit., p. 138.

201 CEREZO MIR, J.; ob. cit., p. 201.

en el Estado donde es cometido y en el Estado que reclama la jurisdicción a fin de aplicar la ley penal nacional; lo que se denomina principio de la "doble incriminación". c) Que, el delito sea susceptible de ser extraditado conforme la ley peruana (Ley N° 24710 del 26 de junio de 1987), esto último quiere decir, que se cumpla con los requisitos (formales y materiales) de dicha Ley; y, d) Que, el agente del delito se encuentre en el territorio nacional, habiendo podido ingresar de manera lícita o ilícita.

Entendemos, que la aplicación de este principio tiene una mayor vigencia en el caso de la modalidad pasiva, pues tratándose de la activa, el Estado donde se produjo el delito, tendrá más interés de perseguirlo y reprimirlo, sobre todo, cuando se trata de una víctima nacional del país extranjero. Por ejemplo, en el Japón se produjo un hecho delictuoso de violación y muerte de una niña por parte de un peruano, hechos criminales que ya son objeto de persecución por la Justicia nipona. Sin embargo, la modalidad activa podrá tener aplicación, cuando el agente fuga de algún modo del país, en el cual perpetró su acción criminal.

2.3. Principio Universal

El crimen es un germen que corroe las estructuras internas del ser humano, contaminando progresivamente las vísceras de la sociedad, que va destruyendo lentamente las bases mínimas de convivencia social. Este proceso degenerativo de la raza humana, es aún más perturbador cuando los crímenes afectan bienes jurídicos, que toda la humanidad reconoce como fundamentales. La perturbación en la sociedad es significativa, y que estos crímenes no sean debidamente perseguidos y sancionados provoca una grieta de desesperanza en los congéneres, fruto de su desazón se conmueve todos los cimientos de la estructura del Sistema Jurídico-Estatal en el marco de su confiabilidad. Es por ello imperativa la sanción al autor de un delito cometido en cualquier parte del orbe²⁰².

No cabe duda, que el principio de territorialidad se torna en insuficiente, para poder alcanzar la justicia que todo pueblo civilizado ansía, por lo menos castigar a aquellos crímenes más indolentes, más crueles, aquellos que no provocan más que espanto y estupor. De ahí, que la política criminal se reoriente hacia coordenadas espaciales que van más allá de su territorio, que abran las fronteras de la desgastada soberanía nacional, a fin de propiciar una persecución penal de orden universal. Este principio cuenta con la adhesión de la doctrina y de los acuerdos internacionales; dadas las particularidades de la nueva delincuencia en el mundo (el terrorismo, el narcotráfico, los fraudes financieros,

202 PEÑA CABRERA, R.; cit., p. 135; CEREZO MIR, J.; cit., p. 206; CARBONELL MATEU, J. C., cit., p. 173; NOEL COSTA, M. y otro; cit., p. 228.

etc.), está dirigido a evitar la impunidad de acciones delictivas que afectan a la comunidad a nivel planetario²⁰³, son normas de *ius cogens* las que se vulneran con estos comportamientos criminales, por lo tanto, se genera una actitud solidaria entre los pueblos hermanos.

En este orden de ideas, el principio de Justicia Universal se constituye en un instrumento fundamental para la persecución de los crímenes internacionales, tal como se establece en el artículo 2º inciso 5 del CP, la ley peruana podrá aplicarse cuando el Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales. En palabras de BUSTOS RAMÍREZ, se aplica la ley del Estado a los hechos que van dirigidos contra los intereses culturales de todos los Estados -contra la humanidad-, indiferentemente de por quién, contra quién o dónde sean cometidos²⁰⁴; son hechos que recogen bienes jurídicos cuya tutela compromete a toda la humanidad. De conformidad con este precepto, los conceptos de soberanía, territorio y nacionalidad se relativizan, los cuales dejan de ser un obstáculo para que la Justicia pueda alcanzar sus objetivos, de conformidad a un orden social regido por el Derecho.

El principio universal es un principio dogmático que es recogido en escasas legislaciones. Normalmente se opta bien, por un Tribunal Penal Internacional o, bien, por atribuir jurisdicción en ciertos delitos, al *iudex deprehensionis* conjugándolo con el principio *aut dedere aut judicare*²⁰⁵. Nuestro derecho positivo vigente ha seguido ambos senderos, tal como lo sostendremos más adelante.

El principio de «Justicia Universal» se plasma a través de los diversos Tratados y Convenios Internacionales, que ha suscrito el Estado peruano en el marco de la cooperación judicial internacional, a efectos de reprimir los graves crímenes contra la Humanidad, como la tortura, desaparición forzada de personas, genocidio, v.gr., Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre la Desaparición forzada de personas, Convenios de Ginebra de 1949 en el marco del Derecho Internacional Humanitario²⁰⁶. En tal virtud, debe dejarse en claro que el principio de Justicia Penal Universal sólo es aplicable para aquellos injustos de tipificación internacional.

203 Cfr., GARRIDO MONTT, M.; cit., p. 140.

204 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989, cit., p. 92.

205 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Arazandi S.A., Navarra, 2004, cit., p. 571.

206 Fueron ratificados por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 12412 de 31 de octubre de 1955, depositando asimismo el instrumento de ratificación que surtiría efectos jurídicos a partir del 15 de agosto de 1956. Posteriormente, se decidió agregar lo dispuesto en los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra mediante Resolución

Asimismo, el CP en su artículo 3º recoge el principio *aud dedere aud judicare*, que significa que la ley peruana podrá aplicarse, cuando solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero. Este principio se aplica cuando habiéndose cursado un procedimiento por Extradición pasiva, no se cumplen ciertos requisitos, es decir, cuando el Estado solicitante no está en condiciones de cumplir con algunos de los requisitos comprendidos en el Tratado de Extradición. En este sentido, es frecuente la aplicación del principio del derecho penal por representación cuando un Estado deniega la extradición de un nacional reclamado por otro Estado competente en razón del principio territorial²⁰⁷.

En consecuencia, el principio *aud dedere aud judicare* se constituye en un mecanismo que viabiliza la realización de la justicia, por medio de una persecución penal que deja de lado el principio de territorialidad para convertirse en una justicia sostenida bajo los alcances del Principio de Cooperación Judicial Internacional. Bajo esta perspectiva, la suscripción de Tratados de Extradición en materia de Cooperación Judicial, se constituye en un mecanismo esencial a fin de activar la persecución penal extraterritorial²⁰⁸.

En otras palabras dicho: la fuente principal de la cooperación jurídica internacional son los Tratados²⁰⁹, son instrumentos jurídicos que dotan de eficacia a la Justicia Penal. A tal efecto, la ausencia de un Tratado de Extradición entre dos países se constituye en un obstáculo para la efectiva persecución de la justicia, máxime cuando uno de los Estados, aferrándose equivocadamente en su soberanía, se muestra renuente a la aplicación del *aud dedere aud judicare*.

Valgan verdades, la verdadera Cooperación Judicial Internacional implica una manifiesta voluntad política que debe traducirse en hechos concretos, mas no en la declaración de discursos políticos que constituyen pura demagogia.

Cabe destacar a este nivel el esfuerzo de carácter internacional de los Estados Nacionales de contar con una Corte Penal Internacional de forma permanente, a fin de afianzar la persecución penal de los crímenes que afectan bienes jurídicos de alcance universal.

La prioridad en el nuevo milenio es de cerrar espacios a la impunidad, de no permitir que la historia vuelva a repetir la profesa impunidad de aquellos

Legislativa N° 25029 del 23 de mayo de 1989, complementada por el depósito del instrumento de ratificación que, a su vez desplegaría efectos jurídicos para el Estado peruano, desde el 14 de enero de 1990.

207 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 54.

208 Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; *ibid*.

209 CALDERÓN CEREZO, A./ CHOCLAN MONTALVO, J. A.; *Derecho Procesal Penal*. Dykinson. Madrid, 2002, cit., p. 672.

agentes que cometieron execrables crímenes contra la humanidad, y que no fueron debidamente sancionados por falta de voluntad política, sobre todo por Estados fuertemente enraizados en el mal concepto de "soberanía".

El juzgamiento de los crímenes cometidos en Ruanda y la ex Yugoslavia por parte de Tribunales *Ad hoc*, instituidos por el Consejo de Seguridad, si bien son pasos firmes en la lucha contra la criminalidad más grave, no es suficiente para construir una Justicia Penal Internacionalmente lo suficientemente disuasiva.

El Estatuto de Roma, que fuera ya suscrito y ratificado por el Estado peruano, se constituye en una Justicia Penal complementaria o dígame subsidiaria de las Justicias Nacionales, que importan el compromiso de los Estados suscriptores de adecuar su legislación penal interna a los dispositivos legales contenidos en dicho instrumento normativo internacional.

El Perú, precisamente avanza en esta tarea, en la medida, que la Comisión Revisora del Código Penal -la cual integré-²¹⁰, ha presentado hace poco un Proyecto de Ley a fin de adecuar la legislación penal nacional al Estatuto de Roma.

2.4. La Extradición

En principio los Estados únicamente están legitimados para aplicar la norma jurídico-penal a todos aquellos individuos que conscientemente cometen una acción u omisión antijurídica en la circunscripción espacial del territorio nacional sujeta a la soberanía del Estado nacional, es decir, el *ius imperium* que se expresa en una norma de derecho público, confiere al Estado las potestades subjetivas de perseguir y de sancionar penalmente (*ius puniendi*) a los agentes que infringen la norma bajo el espacio territorial de la jurisdicción penal.

Las líneas precedentes fundamentan el principio de territorialidad, que en definitiva no es absoluto, pues ante determinadas circunstancias y particularidades el Estado nacional se encuentra legitimado para imponer sus normas jurídico-penales ante hechos criminales cometidos en el extranjero.

Nuestro CP (art. 5º), establece tres criterios para determinar el lugar de ubicuidad del delito: el lugar donde se desplegó la acción antijurídica, el lugar donde el garante omitió prestar su prestación positiva de salvamento o en su defecto, aquel lugar donde se produce el efecto lesivo de la conducta antijurídica (delitos de resultado) en razón al bien jurídico vulnerado.

210 Mediante la Ley N° 27837 del 04 de octubre del 2002, se creó la Comisión Especial Revisora del Código Penal.

Los antecedentes judiciales, demuestran de forma significativa, que el agente en aras de eludir la acción de la justicia y de tender un puente de impunidad, se cobija en territorios de países extranjeros a fin de que los órganos predispuestos nacionales no puedan efectivizar su función persecutora. Ante dicha situación, los países miembros de la comunidad internacional suscriben acuerdos y pactos bilaterales, con la finalidad de cohesionar políticas públicas dirigidas a combatir el delito, la plasmación de convenios y tratados internacionales implican una juridización integral de normas y una comunidad de intereses basada en ideales de justicia material.

Consecuentemente, la suscripción de estos tratados en base a intereses recíprocos, significan tender puentes y eliminar barreras de contención en el combate contra el crimen, de realizar esfuerzos conjuntos y globales que permitan que un determinado Estado pueda finalmente hacer recaer sobre la persona del culpable el *ius poenale* como fundamento máximo de una justicia preventiva y de una sociedad cohesionada bajo los fundamentos políticos e ideológicos del ordenamiento jurídico, la ejecución de la condena transmite al colectivo una significativa comunicación simbólico-normativa, que tiende a interiorizar en la psique de los ciudadanos el respeto hacia los bienes jurídicos ajenos.

Una sociedad que tiene en la impunidad un denominador común, es una sociedad que se aleja de los valores de la justicia y que convierte al ordenamiento jurídico en una positivización de puro simbolismo.

Con el cometido de evitar la impunidad, surge entonces la institución jurídica de la Extradición, la cual en palabras de PEÑA CABRERA es una institución por medio de la cual un Estado obtiene de otro la entrega de una persona que se encuentra en su territorio y que es solicitada para someterla a un proceso penal, o a la ejecución de una sentencia penal.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN definen a la extradición como un procedimiento de cooperación internacional destinado a impedir que responsables de delitos, todavía no juzgados o bien ya condenados, eludan la acción de los Tribunales competentes para enjuiciarlos o ejecutar la pena, mediante su refugio en otro país. Es mediante la extradición que los países dan muestra palpable de una integración normativa basada fundamentalmente en la justicia penal internacional y dan cabida a esfuerzos mutuos que estructuran un sistema comunitario de naciones bajo las aristas de solidaridad y de cooperación recíproca.

En la doctrina nacional, ÁLVAREZ CHAUCA, sostiene que la extradición constituye no sólo el acto de entrega formal de requerimiento de entrega, sino también el procedimiento encaminado desde el Estado requirente que se materializa con la presentación de una petición de carácter formal al Estado requerido, con el fin de que entregue a una persona ubicada en su territorio, para ser juzgada o que cumpla una sanción impuesta por sus autoridades competentes, a su vez importa la activación de una serie de actos en el Estado requerido, destinado

al estudio, análisis y decisión de la petición formulada, que podría acabar con la aprobación favorable del requerimiento de entrega y el posterior traslado del sujeto al Estado requirente para el cumplimiento de los fines reclamados²¹¹.

La «Cooperación Judicial Internacional» adquiere plasmación última, cuando se activan los procesos de Extradición, tal como lo ha concebido el nuevo CPP, en su Libro Séptimo.

La actual coyuntura socio-política, refleja que la modernidad ha traído a colación nuevas fenomenologías criminales de estructuras organizativas complejas y de ramificaciones delictivas internacionales, se habla entonces de una nueva Criminalidad de la Globalización en la perspectiva del Derecho Penal moderno, que es de naturaleza fundamentalmente económica por su contenido, y empresarial por otro lado, comprendiendo también como escribe GIMBERNAT, ilícitos *ab initio*: moneda falsa, tráfico internacional de drogas, armas, órganos humanos, prostitución, blanqueo de capitales.

Son actividades criminales que por traspasar las fronteras territoriales de los países, exigen políticas criminales conjuntas y en esta labor la institución de la extradición cobra una vital importancia. Asimismo, en el caso de los delitos de lesa humanidad en los cuales se vulneran bienes jurídicos protegidos por toda la comunidad internacional, los esfuerzos globalizados de los países democráticos ha avanzado sobremanera en constituirse una Corte Penal Internacional fundada por el Estatuto de Roma; instituyéndose *per se* en una política criminal integral, que se orienta a eliminar las fronteras espaciales, ante aquellos delitos que suponen un desprecio profundo hacia los valores más esenciales de la humanidad y de la comunidad democrática.

La Extradición en nuestro país está reglada por la Ley N° 24710 del 26/06/1987; es importante recalcar que en defecto de un convenio bilateral de extradición los países podrán aplicar subsidiariamente el principio de reciprocidad. Entonces, en el proceso de extradición intervienen dos Estados, uno de ellos es denominado Estado requirente, es pues, quien solicita al otro Estado la entrega del agente delictivo, al considerarse competente para perseguir y juzgar el supuesto delito cometido o de hacer efectiva una condena ya impuesta, y por otra parte, se encuentra el Estado requerido, en cuya circunscripción territorial soberana se encuentra el agente jurisdiccionalmente requerido.

Existen dos clases de Extradición: 1.- Extradición Activa, la cual en palabras de VALLE RUESTRA consiste en la mera petición formal que el Estado requirente dirige al Estado requerido, solicitándole la entrega de un delincuente refugiado en el territorio de éste, con el objeto de aplicar el ordenamiento penal vigente en aquél, a la conducta delictiva del sujeto evadido, específicamente

211 ÁLVAREZ CHAUCA, M.; *Extradición*, cit., p. 42.

consignada en la solicitud de extradición; y, 2.-La Extradición Pasiva que se configura cuando el Estado requerido hace la entrega formal de un agente delictivo solicitado por un Estado que reclama jurisdicción a fin de hacer efectivo el derecho punitivo sancionador, según el artículo 5° del Dec. Ley 24710, es indiferente que el agente sea residente, turista o de paso.

MUÑOZ CONDE hace referencia a una Extradición de Tránsito cuando el Estado concede autorización para que un delincuente reclamado por otro a un tercero, sea trasladado a través de su territorio, es decir, un tercer Estado hace de puente comunicador entre el Estado requirente y el Estado requerido. Mientras que la Extradición doble o reextradición como bien argumenta VALLE Riestra, es la segunda entrega del delincuente, realizada por el inicial Estado requirente, una vez que ya la obtuvo en virtud de extradición del Estado de refugio, que a su vez lo reclama de aquél.

Es importante relevar, que para que proceda la extradición ante un agente ya condenado, se necesitará acreditar tal situación jurídica mediante la sentencia de condena respectiva y en el caso de ser imputado, mediante el auto apertura de instrucción²¹² que fije como medida coercitiva personal la detención efectiva. En determinadas circunstancias, bastará con que el Estado solicitante ordene la captura del fugitivo vía Interpol-Lima en el caso de la Extradición Pasiva, para que proceda a su detención y lo ponga a disposición del juzgado penal competente en el plazo de veinticuatro horas.

Requisitos relativos a la Extradición:

- a) Principio de la doble Incriminación, este principio se deriva directamente del principio de legalidad penal, del *nullum crimen sine lege*, en virtud de este principio la acción u omisión imputada al agente, debe estar tipificada como delito -tanto en la legislación punitiva del Estado requirente como en la legislación penal del Estado requerido-. La doble tipificación conductual debe prolongarse a todo el procedimiento de la Extradición, por lo tanto, si antes de ejecutarse materialmente la entrega del agente delictivo, el tipo penal es descriminalizado no procederá la extradición. El principio de la doble incriminación, no debe interpretarse en un *nomen iuris* idéntico, bastará una identidad de sus elementos constitutivos que definen a la conducta humana como típica. En síntesis como señala PEÑA CABRERA, esta identidad es trípode: por un lado se toma en cuenta el Código penal del país requirente, el tratado de extradición por otro, y el Código penal del país requerido.
- b) Principio del Non bis in idem, el hecho materia de extradición no puede haber sido ya objeto de substanciación en otro proceso con la calidad de

212 En términos del nuevo CPP, la formalización de la Investigación Preparatoria.

cosa juzgada, sin importar que haya sido absuelto o condenado, o en su defecto indultado o amnistiado. Se debe tratar de una triple identidad: de los hechos, del sujeto y de la fundamentación jurídica.

- c) Principio de Identidad delictiva, este principio es en suma relevante, pues aquel agente que es formalmente extraditado, ya encontrándose en territorio del país requirente, únicamente podrá ser procesado y juzgado por aquel delito que fue imputado en el expediente de extradición, no procederá entonces un pretendido procesamiento por un delito ajeno al procedimiento administrativo de extradición.
- d) El delito debe ser común, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los delitos políticos, en este sentido se pronuncia el inc. 6 de la Ley de Extradición al señalar: "La extradición no es admisible si el delito fuere puramente militar, contra la religión, político, de prensa o de opinión...". Los delitos no puramente comunes, como los militares o los de la prensa tienen un sustrato material distinto y una naturaleza jurídica diferenciada, pues no se dirigen directamente a vulnerar bienes jurídicos, sino que resultan de una protesta contra el orden político y contra el orden jurídico, son estimados como contestatarios ante un determinado régimen político-gubernativo, ante una acción política que caracteriza a los gobiernos totalitarios y a dictaduras cívico-militares, donde la institucionalidad democrática es resquebrajada y perversamente dirigida a preservar el *statu quo*.

En dichos regímenes pseudo-democráticos se vulneran los derechos fundamentales y se coartan las libertades públicas, se trata de maniatar y manipular a la prensa y a todos aquellos que se muestran disidentes a sus fines, son finalmente perseguidos, procesados, encarcelados e injustamente sancionados.

Cuando es el mismo Estado, que a través de los poderes públicos, vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, se produce un quiebre del orden constitucional y ante tal coyuntura situacional los ciudadanos ya no le deben respeto a ese orden gubernamental, el artículo 46° de la Constitución Política del Estado consagra el derecho de insurgencia al establecer que: "*Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional...*".

En tanto, que el «delito militar», es aquel circunscrito a la función militar o policial, aquel en el cual se protege la funcionalización y optimización de la función castrense como un servicio público de primer orden en un Estado Democrático de Derecho. Por lo tanto, para su configuración deberán identificarse los siguientes elementos a fin de no confundirlo con el delito común: -el agente debe cometerlo en el pleno ejercicio de la función encomendada-, debe vulnerar bienes jurídicos estrictamente castrenses, debe tratarse de una deficiente ejecución, de una omisión en el deber encomendado o una desproporción en los

efectos producidos. En el caso, de que se vulneren abiertamente bienes jurídicos -de orden elemental- en una sociedad democrática, como la vida, el cuerpo y la salud (delitos de lesa humanidad), la jurisdicción competente será la común, pues estos bienes vitales son protegidos en la primera escala valorativa -tanto en la codificación penal como en la Ley Fundamental del Estado-. Empero, es esta jurisdicción la que ofrece mayores garantías para los justiciables y se somete a la aspiración de una plena realización de la justicia material acorde con los fines preventivos de la pena.

Finalmente, es sabido que el Estado peruano en defecto de procederse a la entrega material del fugitivo, es decir, en el caso del compatriota que delinque en el extranjero, el Estado nacional tendrá la potestad jurisdiccional de procesar y de juzgar al agente, siempre y cuando el hecho constituya delito en nuestra ley penal, la acción o la pena no hayan prescrito y éste no haya sido absuelto, condenado, amnistiado o indultado, en estricta aplicación del principio personal; al respecto el artículo 8 de la Ley de Extradición establece que en los casos en que el Perú deniegue la extradición puede someter al inculcado a proceso, para lo cual pedirá al Estado solicitante los elementos de prueba pertinentes en concordancia con el artículo 6° inc. 3 in fine, que prescribe que la extradición no es admisible si hubiera transcurrido el término de la prescripción del delito o de la pena, conforme a la ley del Perú o del Estado solicitante. Asimismo, el artículo 7° del C de PP, establece que: el extranjero que fuera del territorio del Perú sea culpable, como autor o cómplice, de un delito contra la seguridad del Estado o de falsificación de monedas, billetes o documentos nacionales, será juzgado conforme a las leyes peruanas si es detenido en el Perú o si el gobierno obtiene su extradición.

El artículo 38° del Código de BUSTAMANTE, niega la posibilidad que pueda procederse a la ejecución de la pena de muerte por el delito materia de extradición, ésta deberá ser automáticamente conmutada por una pena menos gravosa y aflictiva. Su negación admisorias encuentra su sustento argumentativo en que la pena de muerte es considerada como una sanción infamante que niega el ontologismo humano y vulnera la dignidad humana, como sujeto de derechos en su relación Estado-ciudadano como individuo importante en razón al rol que desarrolla en una comunidad social, comunidad que debe realizar todos los esfuerzos necesarios para su rehabilitación ciudadana y al retorno a sus principios mínimos de convivencia social.

El «Derecho Internacional Público», así como el «Derecho penal globalizado», son contestes en sus fundamentos normativos al excluir del catálogo de sanciones a la pena capital, pena que por su contenido material implica un retorno a las épocas más nefastas de la civilidad humana, un retroceso a un oscurantismo punitivo del Antiguo Régimen, plagado de torturas e infortunios, la programación de un Derecho penal liberal, fruto de la Ilustración fue expresión de la negación de la venganza y germinación de las semillas que en la actualidad conocemos como la cultura de los «Derechos Humanos».

CAPÍTULO IV

LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

Sumario: 1. Generalidades. 2. La Irretroactividad de las Leyes Penales. 2.1. *Concepto de la Ley Penal más Favorable.* 2.2. *Leyes Temporales y Excepcionales.* 2.3. *Leyes Intermedias.* 2.4. *Momento de Comisión del Delito.* 3. La Retroactividad en las Leyes Procesales Penales. 4. La Naturaleza Jurídica de las Normas de Ejecución Penal. 4.1. *La Irretroactividad de las Leyes de Ejecución Penal desde las Teorías de la Pena.* 4.2. *El Tribunal Constitucional como Ente Rector de la Constitucionalidad Normativa y su Función Garantista de los Derechos Fundamentales.*

1. ASPECTOS PRELIMINARES

El Derecho como ordenación legal positiva, se dirige a regular la conducta del hombre en sociedad, a fin de establecer, un clima de paz y seguridad jurídica entre los ciudadanos.

Las normas se proyectan, entonces, a establecer diversas formas de regulación jurídica, cuyos efectos jurídicos y dictado, es incumbencia estricta de los Tribunales de la judicatura. Empero, en el marco del Estado de Derecho, es el Poder Legislativo quien asume la política jurídica, que se manifiesta a partir de una serie de leyes que se incrustan en el entramado social, de acuerdo a su naturaleza y especie.

A tal efecto, el legislador se nutre de las incesantes dinámicas de los actores sociales, incidiendo en una reacción normativa por parte de aquél, en orden a regular las relaciones, hechos o consecuencias que de tales conductas pueda ocasionarse.

La explicación de su génesis y su transformación nos muestra que las normas jurídicas no nacen de la nada y tampoco se gestan en el vacío, sino que, por el contrario, el legislador trata de plasmar en ellas los valores predominantes

de la sociedad que le es contemporánea en virtud de los cuales ciertas acciones son aprobadas o reprobadas y por tanto, fomentadas o castigadas²¹³. Por consiguiente, la norma jurídica nace para regular relaciones y hechos que nacen con su vigencia, y con aquellos que acontecen en el futuro.

El fundamento básicamente es uno: la seguridad jurídica como elemento esencial de un orden democrático de derecho, que debe establecer reglas claras, precisas y sobre todo, deben ser conocidas por el destinatario, a partir del puente comunicativo que se tiende entre el Derecho positivo y el ciudadano, a partir de su promulgación y entrada en vigencia²¹⁴.

El Derecho se nutre de una serie de conocimientos que son proporcionados por las diversas áreas del saber científico, que importan ámbitos de intervención por parte de la política jurídica del Estado.

El Derecho como producción normativa, es la obra cultural de un pueblo, que se incardina en sus raíces, en sus tradiciones, en sus vivencias y en sus costumbres, para luego transformarlas en una respuesta revestida de normatividad; importa la expresión de un colectivo que ansía vivir en ordenación y en reglas, que permitan su normal desenvolvimiento. Constituye la dimensión axiológica que orienta la regulación legal de la conducta humana.

En el ámbito de la política jurídica, la política criminal despliega un rol esencial, a fin de alcanzar los fines primordiales del Derecho penal sustantivo: la protección preventiva de bienes jurídicos, que se plasma con la dación de concretas leyes penales, que importan la criminalización de comportamientos socialmente negativos y a veces también la despenalización de conductas por criterios criminológicos. En tal sentido, resulta lógico que en una sociedad imperfecta -como la de los hombres- esta actividad política sea ejercida de forma intensa. Lo importante a todo esto, es que la sanción de la norma jurídico-penal sea legítima en cuanto al respeto por los valores que limitan el ejercicio del *ius puniendi* estatal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Como primer eslabón de su validez normativa es que se han conocido por el colectivo social, pues, es un derivado del principio de legalidad, la *lex praevia*, la cual presupone la cognoscibilidad normativa que fundamenta finalmente la motivación del directivo de conducta que pretende establecer modelos valiosos de comportamiento. Sienta las bases, por consiguiente, para que aquél se encuentre en condiciones reales de acomodar su comportamiento a la norma²¹⁵. No se le puede exigir al ciudadano, comportarse de tal o cual manera si éste

213 J. FIERRO, Guillermo; *Legalidad y Retroactividad de las Normas Penales*. Hammurabi José Luis Depalma Editor, Argentina, 2003, cit., p. 18.

214 Así, GARRIDO MONTT, M.; cit., p. 108.

215 Díez RIPOLLÉS, J. L.; *La Racionalidad de las leyes penales*, Cit., p. 146.

no sabía con anterioridad que se trataba de una prohibición o de un mandato, despojando la relación normativa del efecto disuasivo.

La previsibilidad de la actuación pública rige en toda su amplitud, como principio político-criminal, que condiciona la intervención del Derecho penal a un proceso decisorio por parte del legislador, esto quiere decir, que la ley penal se dicta para prever situaciones futuras, y no las pasadas, que tenían sus propias normas de regulación jurídico-penal. Es una cuestión que tiene que ver fundamentalmente con el dictado de seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, a través de la vigencia del principio de legalidad, demanda, por de pronto, que se aplique la ley vigente en el momento de la comisión del delito, pues no en vano es la única que rige el suceso en el momento relevante para su acaecimiento²¹⁶.

Las leyes despliegan sus efectos positivos en las relaciones intersociales desde que adquieren rigor de vigencia, no siempre desde su promulgación, pues puede que su entrada en vigencia se suspenda a una fecha posterior. El artículo 109° de la Ley Fundamental establece que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

2. LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES

No es baladí sostener que la aplicación de la norma *jurídico-penal*, supone una particular visión del Derecho, tomando en cuenta las consecuencias jurídicas que emanan de su imposición a quien se le encuentra judicialmente "*culpable*"; incidiendo en una consagración ius-constitucional singular.

La ley penal, como cualquier norma jurídica, tiene su ámbito de vigencia señalado por su momento de aparición y extinción²¹⁷; esto quiere decir, que el ámbito de aplicación temporal de las normas jurídico-penales queda sujeto a una serie de valoraciones que vienen informadas por la dinámica, con la que se mueven las configuraciones sociales. Se van produciendo nuevos focos de conflictividad social o a la inversa se diluye el conflicto; este margen temporal de las leyes se patentiza en el proceso de criminalización primaria de concreción normativa.

De conformidad con el principio de legalidad en materia penal, rige el principio de reserva, que importa que la descripción típica de la conducta prohibida

216 LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.; *Sobre la retroactividad penal favorable*. Civitas Ediciones, Madrid, 2000, cit., p. 19.

217 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. 3era. edición completamente corregida y aumentada. Editorial Grijley. Lima-Perú, 1997.

o mandada haya estado expresamente contenida en una ley penal antes de la comisión del hecho punible. De modo que el principio general es que todo delito debe juzgarse con la ley que estaba vigente al tiempo de su ejecución. Queda marginada -continúa señalando GARRIDO MONTT-, en general, la ley dictada con posterioridad a esa ejecución, porque la ley penal no tiene efecto retroactivo²¹⁸.

La previsibilidad de la actuación pública es un factor fundamental en un Estado que debe garantizar la libertad al máximo, es decir, conocer de antemano cuáles son las consecuencias de su acción u omisión, cabe diferenciar dentro de la seguridad un contenido insoslayable, no sometible a otros valores o intereses, que es el constituido, en su vertiente objetiva, por la previsibilidad para los ciudadanos, de las consecuencias jurídicas de sus comportamientos que sean relevantemente negativos para ellos²¹⁹.

El principio de irretroactividad (*ex tunc*) de las leyes penales es un principio rector fundamental de un derecho penal democrático que emana del principio de legalidad, y que tiene por fin primordial tutelar las garantías del individuo frente a pretensiones penales expansionistas del Estado²²⁰, surge como una necesidad de poner coto a la pretensión de aplicar leyes penales más severas que se sancionan posteriormente a la comisión del hecho punible, ante propuestas criminalizadoras que en un afán exclusivamente político-criminal tratan de someter al autor a nuevos elementos penalizadores desfavorables a su situación jurídica.

En palabras de ROXIN "La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político-jurídica por el hecho que a todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a *posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables"²²¹; dicha prognosis adquiere ribetes relevantes, en sociedades como la nuestra, que ante determinados fenómenos de corrupción o de otra forma criminal, suponen el ejercicio de un efecto cognitivo de efectos asegurativos utilizables para con el legislador por medio de la politización normativa.

Así su fundamento va unido al significado material del principio de legalidad, pues -como señala LUZÓN PEÑA- aunque se respetaría este último principio

218 GARRIDO MONTT, M.; cit., p. 107; Así también, FIERRO, G.J.; *Legalidad y Retroactividad de las normas penales*, cit., ps. 254-255.

219 LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; *Sobre la retroactividad penal favorable*, cit., p. 21.

220 Así, POLITOFF L., S. y otros; *Lesiones de Derecho Penal Chileno...*, cit., ps. 125-126.

221 ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General. Tomo I* ("Fundamentos. La estructura de la teoría del delito"). Traducción de la 2da. edición alemana y notas, por: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 161.

si una ley posterior declarara delictiva una conducta que en su momento no lo era o aplicara a una acción anterior una pena no prevista en el momento de su comisión, y aunque se habría cumplido con la exigencia de que sólo el poder legislativo como representante de la soberanía popular establezca la responsabilidad penal, sin embargo, materialmente se habría vulnerado la *garantía de seguridad jurídica* para los ciudadanos de no poder ser sorprendidos *a posteriori* con una prohibición desconocida, o al menos desconocida en cuanto a clase y gravedad de la sanción, en el momento de actuar (...) ²²², las leyes penales sólo tienen actuación preventiva respecto a futuro; lo *pretérito tuvo ya su ámbito de aplicación temporal normativa*.

La doble dimensión política y técnica, del principio de legalidad vuelve a mostrarse en toda su expresión, en este punto: políticamente, constituye una garantía, podemos decir que la más característica garantía del principio de legalidad, que el ciudadano no puede verse sorprendido por la aplicación de una norma que prohíbe y castiga una conducta cuando no estaba en vigor en el momento de la verificación de la misma; técnicamente, la no entrada en vigor de la ley no obliga a su conocimiento, en el caso de que estuviera en *vacatio legis*, no lo permite, cuando no se haya llegado a publicar, por lo que será imposible que despliegue sus efectos preventivo-generales o de motivación frente a los ciudadanos ²²³.

Como regla general, rige en materia jurídico-penal, el principio "*tempus regit actum*", inherente a la legalidad penal, cuyo sentido, en cuanto tal, no prejuzga la retroactividad ni la ultractividad ²²⁴. Esta proscripción es excepcionalmente convertida, cuando la ley penal posterior sancionada produce una situación favorable para el agente criminal, tal como lo preceptúa el artículo 103 de la Constitución Política del Estado, de la forma siguiente: "*Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo*" en consonancia con lo establecido en el artículo 6º del CP, al contemplar a la letra que: "*La Ley Penal aplicable es la vigente al momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales*".

Una primera afirmación cabe hacer -como señalan M. COBO DEL ROSAL, y T.S. VIVES ANTÓN-: la retroactividad de la Ley penal sólo podrá tener lugar a través de la existencia de una Ley más favorable, esto es, estará inspirada necesariamente en el principio de legalidad ²²⁵, es la simbolización de una ley

222 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 181.

223 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 139.

224 POILANO NAVARRETE, M.; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Edit. Bosch, Barcelona, 1991, p. 501.

225 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, 5ta. edición, corri-

penal ulterior de naturaleza benigna. Empero, resulta razonable inferir que la retroactividad penal favorable no está inspirada en el mandato de legalidad y de seguridad jurídica, justamente este principio político-criminal importa que la ley penal aplicable sea aquella vigente al momento de la comisión del hecho punible (*tempus comissi delicti*), y no aquella norma que por su posterioridad al hecho delictivo cometido, no podía ser conocido por el agente²²⁶.

Carece de todo sentido preventivo el castigo de una conducta cuya prohibición sólo era cognoscible con posterioridad a su comisión, pues en modo alguno incide la amenaza penal a la tarea preventiva con respecto a un comportamiento que en ese momento no podía ser disuadido, precisamente, por falta de una conminación específica²²⁷.

La aplicación de una ley posterior más favorable como apunta LASCURAIN SÁNCHEZ, -posterior al momento de la comisión del delito y más favorable para los intereses de su autor que la ley vigente en dicho momento- no es una opción demandada por el valor de seguridad jurídica no por el principio de legalidad que lo encarna²²⁸.

¿Cuál es entonces el fundamento de aplicar una ley posterior más favorable al autor o condenado? Su sustento reposa en una dimensión esencialmente axiológica, derivada del reconocimiento material de la dignidad humana y de la autonomía de la persona humana frente al Estado, en una orientación reductora del poder punitivo del Estado que se contrae del principio de mínima intervención y de la tutela de la libertad individual.

El principio general de libertad, el principio de intervención mínima, y, en general, la función preventiva del Derecho penal obligan a considerar la no aplicación de una norma penal menos favorable en un momento posterior al de su vigencia, en el que rigen criterios o bien menos rígidos o simplemente valoradores positivamente de la conducta realizada²²⁹; si la sociedad ya no reprueba

da, aumentada y actualizada. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 194; Así, ARROYO ZAPATERO, Luis, al sostener que "sólo el fundamento político-criminal -el de la función de motivación de la norma penal- está en condiciones de explicar y exigir la irretroactividad de las normas sancionadoras (penales) no favorables y la retroactividad de las favorables y, esto último, no sólo como facultad que se atribuye al legislador, sino como exigencia vinculante"; Principio de legalidad y *reserva de la Ley* en materia Penal..., cit., p. 16.

226 En contra CEREZO MIR, J.; para quien "(...) el fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, las exigencias de seguridad jurídica, no se oponen a la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables"; *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I*. Quinta edición, Tecnos, Madrid, 2000, cit., p. 185.

227 FIERRO, G. J.; *Legalidad y retroactividad de las normas penales*, cit., p. 303.

228 LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.; cit., p. 25.

229 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 141.

el acto humano, que justificó la imposición de una sanción, es lógico que esa nueva valoración tenga efectos positivos para el autor.

La racionalidad de un sistema de normas no sólo radica en su sujeción a un orden formal establecido en su formación normativa, sino la cohesión con un conjunto de valores que debe inspirar la intervención de un derecho coactivo (penal) en la esfera de libertad ciudadana. De otra posición es LASCURAIN SÁNCHEZ, para quien la aplicación de la ley posterior más favorable en ciertos casos es una exigencia del principio de proporcionalidad²³⁰.

El principio de proporcionalidad establece así un razonable tratamiento de la libertad, de la autonomía personal, por parte de las normas sancionadoras y, en general, restrictivas de derechos²³¹.

Ambos fundamentos descansan en criterios político-criminales que despliegan efectos limitadores al *ius puniendi* estatal; en todo caso, siempre resultara preferible dejar de lado el castigo a pocos culpables, que incidir en una sanción punitiva a quienes ya no merecen ser castigados.

Asimismo el artículo II del Título Preliminar del *corpus* punitivo (principio de legalidad), reconoce a la ley como única fuente productora de delitos y que garantiza que el ciudadano sólo puede ser reprimido penalmente por un hecho (acción u omisión) que al momento de su comisión se encontraba sancionado como «delito o falta», en la ley penal vigente y por los marcos penales previamente previstos en el tipo penal correspondiente.

Se enfatiza pues, que el ciudadano pueda tender un puente comunicativo con las normas a partir de una previa esfera de *cognoscibilidad*, de ahí aparece la legitimidad de penar a aquel que sabía que su *dirigibilidad* conductiva estaba infringiendo una norma jurídico-penal -mediante la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados-.

El significado de la irretroactividad penal lo encontramos como una garantía política fundamental en el Estado de Derecho: la seguridad jurídica, que se entiende como el derecho a saber lo que está prohibido penalmente y la pena que con ello se conmina²³²; comporta una garantía rayana en la seguridad, que las condiciones normativas vigentes al momento de la comisión del hecho punible, susceptibles de modificación en un tiempo ulterior, no sean aplicables a hechos anteriores a su vigencia ideal, siempre y cuando signifiquen una mayor afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales. Esta garantía es de valor fundamental en un Estado de Derecho, si el derecho penal es el me-

230 Cfr., LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.; cit., p. 31.

231 Cfr., LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.; cit., p. 33.

232 URQUIZO OLAECHEA; *El principio de legalidad*. cit., p. 48.

dio de control social que manifiesta una mayor expresión de coactividad estatal, como lo es la pena, es lógico que su actividad represora en los bienes jurídicos de los ciudadanos, tenga límites constrictores y este límite viene definido por la imposibilidad de aplicar una ley penal *ex post facto* que suponga una injerencia de más intensidad.

La inaplicabilidad retroactiva reposa bajo la panacea del Estado Social y engarzado en el paradigma de un derecho penal mínimo, de que las esferas interventoras del derecho penal ingresen lo menos posible en la esfera de libertad de los ciudadanos.

El *nullum poena, sine lege praevia*, la irretroactividad de la ley penal, es decir, la prohibición de retroactividad de la ley *ex post facto*, ha sido una proclama programática en las Cartas Políticas y en los Instrumentos y Convenios Internacionales, se trata de impedir el uso arbitrario de poder criminalizador por parte del legislador, de evitar que el ciudadano pueda ser sorprendido por previsiones legales no abarcadas por su esfera cognitiva al momento de la comisión del delito.

En ese sentido -dice BUSCOS RAMÍREZ- la ley previa es justamente una expresión de rechazo a la arbitrariedad, una protección al ciudadano, de la intervención abusiva del Estado. De ahí, dice el autor, que también haya excepciones y este principio de la *lex praevia* no sea absoluto, por eso la retroactividad de las disposiciones favorables²³³ (*favor rei*). Resulta comprensible que en el marco de un Estado de Derecho, se propicien márgenes favorables al imputado, a partir de la sanción ulterior de una norma que dispone un mejoramiento de su situación jurídica, fundamentada pues, en un Derecho penal que debe descargar lo mínimo posible en las libertades individuales.

Por consiguiente, consideramos que la prohibición de retroactividad en materia penal apunta a dotar el sistema penal a un conjunto de garantías, de imponer barreras de contención ante una pretensión punitiva expansionista, traída a más según argumentos político-criminales.

Las leyes penales no sólo sirven para reprimir al delincuente, no como decía VON LISZT que el Código penal era la Charta Magna del delincuente, sino las leyes penales sirven al ciudadano como fuente de tutela y de garantía ante sus relaciones con el poder penal estatal, a la conformación de un Derecho Penal del Ciudadano. Parece, por tanto, evidente, que la naturaleza irretroactiva, como regla general, de la Ley penal, debe ser un dictado de la vigencia material del *principio de seguridad jurídica*, que constituye el soporte de todo Derecho penal evolucionado²³⁴. La infracción de este principio significa que el ciudadano

233 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 62.

234 M. COBO DEL ROSAL / T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 195.

que delinque o, en general, todo aquel sobre quien pesa una imputación, no sabría a ciencia cierta a qué pautas atenerse. Estaría librado a lo imprevisto, a lo contingente y variable como a los cambios de valoración del legislador²³⁵, creándose un marco fecundo de inseguridad jurídica, lo cual produce inevitablemente una desconfianza del colectivo hacia el ordenamiento jurídico; en este sentido la eficacia de la prevención general positiva quedaría anulada en sus efectos preventivos, al defraudarse las expectativas del colectivo se promueve la desintegración social y se debilitan las instituciones democráticas y con ello se desalienta el sentimiento confirmatorio de conciencia hacia el derecho (*prevención general positiva*).

2.1. Concepto de la Ley Penal más Favorable

Determinar la norma jurídico-penal más favorable no es empresa fácil, en la medida que la ley posterior (ultractiva) puede presentar una serie de circunstancias que no sólo rodean la tipicidad misma de la conducta incriminada, sino también puede revelar otros elementos que incidan en las otras categorías del delito (injusto, culpabilidad, responsabilidad y punibilidad).

La cuestión está clara cuando se trata de una ley despenalizadora; esto es, cuando la conducta ha dejado de ser considerada delictiva y, por consiguiente castigada²³⁶. Una decisión político-criminal del legislador ha despojado el carácter "delictivo" recaída sobre la conducta humana por una serie de consideraciones. Sin embargo, el asunto no siempre estriba en dicho sentido.

El artículo 6° del CP nacional estipula que: "*La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales*".

De acuerdo al primer enunciado, rige entonces, el principio de legalidad en todo su esplendor, esto quiere decir, que la irretroactividad de la ley penal, pues la ley penal aplicable es aquella vigente al momento de la comisión del hecho punible; no obstante, el precepto reconoce más adelante que se aplicará la ley penal más favorable en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales, esto es, concurren en el tiempo más de una ley penal, cuya aplicación se determina según sus incidencias jurídicas sobre la esfera de libertad del reo (autor). En esta primera hipótesis la sanción de la nueva ley penal más favorable para los intereses del autor se concretiza en el ámbito de la persecución penal, cuya interpretación es potestad exclusiva del Tribunal sentenciador. Mientras que la segunda hipótesis acontece cuando sobre el autor ya ha recaído una sentencia condenatoria firme y/o consentida, por lo cual procederá una remisión de pena

235 URQUIZO OLAECHEA; *El Principio de Legalidad*, cit., p. 51.

236 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 142.

o un proceso de adecuación normativo. El precepto reza de la siguiente manera *"Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la pena impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley"*.

El artículo 109° de la Ley Fundamental, estipula que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

«Favorable» es todo aquella ley penal que despliegue consecuencias positivas para la situación jurídica del agente. El artículo 7° (*in fine*) establece que: *"Si según la nueva Ley, el hecho sancionado es una norma anterior, deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho"*. La circunstancia descrita importa la despenalización del hecho punible, la conducta deja de ser "delictiva", por la tanto la pretensión punitiva decae en sus efectos retributivos. En este caso puede acontecer dos situaciones: que el Parlamento sancione una ley que despenaliza el acto anteriormente considerado como «delito» o en su defecto, que el Tribunal Constitucional, en un proceso de Acción de Inconstitucionalidad declare inconstitucional una norma que prevé una conducta delictiva.

El artículo 81° del Código Procesal Constitucional establece que: *"Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos"*.

Ahora bien, una ley extinguida y sustituida por otra, presenta el fenómeno conocido con el nombre de sucesión de leyes penales²³⁷. Se presenta el fenómeno de sucesión de leyes penales en el tiempo cuando varias leyes penales han sido dictadas durante la comisión de un hecho punible hasta el momento de la condena. Es decir que el problema de la sucesión de las leyes penales en el tiempo abarca el periodo comprendido entre la comisión del hecho delictivo y el momento en que se extingue la pena²³⁸.

La modificación de una ley penal por otra (sucesión de leyes penales), genera en palabras de G.J. FIERRO, cuatro hipótesis:

- a) La ley nueva incrimina a un hecho anteriormente impune.
- b) La ley nueva desincrimina a un hecho anteriormente punible.
- c) La ley nueva agrava de algún modo (penalidad, descripción típica, régimen de prescripción, condena de ejecución condicional, etcétera) a un delito menos grave.

237 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 143.

238 MARÍA NOEL COSTA / ENRIQUE R. BUTELER; *Ámbitos de validez de la ley penal*, cit., p. 196.

- d) La ley nueva atenúa de algún modo a un delito anteriormente más grave²³⁹.

En las dos primeras hipótesis no se presenta problema alguno, a efectos de determinar la ley penal más benigna, tanto cuando la nueva ley incrimina un hecho anteriormente impune y cuando la nueva ley despenaliza un hecho anteriormente punible. En ambos casos la ley penal más favorable será aquella que incida en la sustracción del ámbito de punición a la conducta humana. Sin embargo, las hipótesis restantes sí pueden llevar al intérprete a una serie de dificultades a fin de establecer la ley penal más favorable²⁴⁰.

El agravamiento de la penalidad puede manifestarse en varios sentidos. La noción de pena menos rigurosa no suscita dudas si la sanción que establece la nueva ley es de igual naturaleza que la que imponía la ley anterior, pero menor en su monto o duración; mas ello puede no ser así o, de serlo, puede la nueva pena ir acompañada de circunstancias que lleven a calificarla como más favorable²⁴¹.

Nuestro CP no sólo reconoce la pena privativa de libertad, pues aparecen también las penas limitativas de derecho y la multa, que pueden ser impuestas de forma *autonómica*, también como sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad. Asimismo, se debe relevar que la Inhabilitación como pena limitativa de derecho puede ser impuesta como principal o accesoria.

En algunas oportunidades, la imposición de una inhabilitación como pena principal puede resultar más perjudicial que una pena privativa de libertad de efectos suspendidos; como la privación de un derecho a seguir ejerciendo una determinada profesión, oficio o cargo público; puede darse el caso que para el concreto autor sea más favorable la privación de la libertad que la multa (v. gr. porque el dinero que tiene ahorrado piensa invertirlo en el montaje de un negocio para ganarse la vida) o viceversa (porque tiene capacidad económica y pagando la multa evita ingresar en prisión)²⁴².

Se debe tener mucho cuidado, si es que se piensa introducir criterios individuales en base a la estimación personal de la pena, pues se podría vulnerar el principio de igualdad. Si la nueva ley suprime una pena antes impuesta como accesoria, y sólo queda la principal, no habrá duda alguna que ésta es la más favorable para el autor.

239 FIERRO, G. J.; *Legalidad y retroactividad de las normas penales*, cit., p. 271.

240 Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; cit., p. 327; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 189.

241 GARRIDO MONTT, M.; cit., p. 110.

242 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; cit., ps. 328-329.

La Parte General describe una serie de instituciones que redundan de forma significativa en el ámbito de responsabilidad penal y, consiguientemente en la esfera de determinación judicial de la pena. Por ejemplo, el legislador a fin de ejercer una mayor prevención general en determinadas fenomenologías criminales (terrorismo agravado, violación a la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, etc.), excluyó a estos injustos penales de la comprensión normativa del artículo 22° del CP (responsabilidad restringida). Si la sanción de la Ley N° 27024 se produjo en un momento que no se puede precisar con exactitud la comisión del hecho punible, no habría problemas para no aplicar la restricción.

Las constantes reformas penales que nos tiene acostumbrado el legislador, vía las Leyes Nos. 28726 y 28730, significó la introducción de Instituciones como la Reincidencia, Habitualidad y un sistema acumulativo de penas (jurídico) en el caso de Concurso de delitos (ideal, real y real retrospectivo). Son, entonces, nuevas leyes que han incidido en un agravamiento de la pena en su etapa determinativa, que resultan desfavorables para el autor o partícipe. En el caso de la prescripción, consideramos apropiado su análisis en los acápites posteriores.

La descripción típica puede significar una mayor cobertura del tipo penal, esto quiere decir, la adecuación de un mayor número de conductas a los alcances normativos del tipo penal.

El caso de la Ley N° 28190 que incorpora un nuevo párrafo al tipo penal del artículo 128° (exposición a peligro a personas dependientes, o la inclusión de una nueva agravante en el ámbito normativo del tipo penal del artículo 152° (secuestro) vía la Ley N° 28189; así como las inclusiones de nuevas agravantes en el caso del Hurto, Daños y Receptación, vía la dación de la Ley N° 29583 del 18 de septiembre del 2010. En todo caso, lo autorizado es aplicar la ley más favorable, sea la anterior o la nueva, indistintamente, pero en su globalidad²⁴³.

(...) Es necesario advertir que no existen criterios generales y uniformes para determinar la mayor benignidad de una ley sobre otra, sino que deberá ser, en cada caso particular, el juez quien determine qué ley aplicar, debiendo tomar en cuenta las penas principales, las consecuencias accesorias, las modificaciones del tipo penal y de las reglas de la parte general, como la prescripción, las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, etcétera²⁴⁴.

En suma, es el juzgador que en potestad de su ámbito de decisión autonómica, deberá evaluar caso por caso, y aplicar la pena penal más favorable, tomando también en cuenta los demás intereses objeto de tutela por el Derecho penal.

243 GARRIDO MONTT. M.; cit., p. 110.

244 MARÍA NOEL COSTA / ENRIQUE R. BUTLER; *Ámbitos de validez de la ley penal*, cit., p. 198; POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 131.

Ahora bien, se encuentra cierto nivel de difusión en la doctrina y a nivel jurisprudencial, el denominado principio de combinación de leyes penales en el tiempo, supuestamente previsto en el artículo 6° del CP; esto quiere decir, que la ley A conmina con marco penal más leve el hecho punible, y la ley B establece ciertos beneficios penales, como reducción de la pena si el agente restituye voluntariamente los bienes objeto material del delito. Esta postura importa en realidad el reconocimiento de un principio que no es recogido por el derecho positivo vigente, que bajo la excusa de favorecer al reo a toda costa, desencadena la vulneración del principio de legalidad²⁴⁵.

Nuestro CP, en cuanto al conflicto de leyes penales en el tiempo, no contempla el principio de combinación, que es fruto de una mala *praxis* jurisprudencial. Así se desprende del Exp. N° 1719-2001-Lima, donde se expone que: *"Se tiene que, en la fecha en que ocurrieron los hechos, éstos se encuadraban en el artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo ochocientos noventa y seis, que sancionaba el ilícito con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años; posteriormente, dicha norma es modificada, encontrándose dicha conducta sancionada con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años, por lo que resulta de aplicación al caso de autos, la segunda norma legal, en atención a la garantía señalada tanto en la Constitución como en el numeral sexto del Código Penal, que prescribe que en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales, se aplicará lo más favorable al reo"*²⁴⁶.

Sobre el principio de combinación, las Salas Penales de la Corte Suprema, reunidas en pleno, en uso de las facultades y atribuciones que le confiere el artículo 301°-A del C de PP, han sentado precedente vinculante (Acuerdo Plenario N° 2- 2006/CJ-116 del 13/10/06; Asunto: Combinación de Leyes o unidad en la aplicación de las leyes), destacando lo siguiente: "9.-(...) la ley penal aplicable a una relación jurídica será la que se encuentre vigente cuando sucedió la *quaestio facti* -como regla general- o, en su defecto, la que se promulgue con posterioridad, siempre que sea más beneficiosa. Para establecer la mayor benignidad en la sucesión de leyes aplicables a un caso concreto -cuando concurra más de una ley desde el momento de ocurridos los hechos- debe efectuarse una comparación entre el contenido de los dispositivos que contengan y sobre ese mérito decidirse por la que sea más favorable al reo. 10.- Sin embargo, también es posible que se pueda elegir entre dos leyes penales sucesivas en el

245 Así, el Exp. N° 2476-98: *"El principio de combinación no puede aplicarse irrestrictamente a todos los casos, ya que el juzgador debe evaluar la trascendencia e impacto social del perjuicio ocasionado por el delito"*. En: Víctor PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal. Jueces y Jurisprudencia*. Palestra Editores, cit., p. 452.

246 En: *Jurisprudencia Penal*. Asesor José URQUIZO OLAECHEA, Jurista Editores, Lima. 2005, cit., p. 88.

tiempo los preceptos más favorables, en virtud al "*principio de combinación*" que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo. 12.- Cabe enfatizar que con ello no se está creando una tercera Ley o *Lex tertia*, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad. Por lo demás, esta concepción guarda concordancia con el principio de necesidad de la intervención penal, porque cuando se producen varios en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo, es evidente que el legislador ha estimado necesario regular -en sentido benéfico- la intervención penal. Nadie niega que los principios generales del Derecho penal contemplados en la Parte General del CP se dirigen a reducir al máximo la intervención punitiva del Estado, lo cual tiene fiel reflejo en el principio de *retroactividad* y *ultractividad* benigna, pero otra cosa distinta, es que bajo dicha línea argumental -el Tribunal Supremo-, en este caso pretenda sustituir vía un criterio interpretativo al legislador positivo, creando una nueva ley bajo la mixtura de varias a la vez, lo que provoca una mella considerable al principio de legalidad material.

La decisión jurisprudencial anotada generó un Voto en discordancia, en minoría por parte de cuatro vocales supremos, de cuyos fundamentos puede relevarse lo siguiente: "4.- (...) No es posible aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra -comixti3n de ambas leyes- pues con ello el 3rgano jurisdiccional estar3a creando una nueva ley o *lex tertia* que no existe con fragmentos de otras dos, asumiendo de ese modo funciones legislativas que no le competen y que la Constituci3n entrega al Congreso de la Rep3blica, obviando adem3s los criterios generales establecidos por el legislador. 6.-Por consiguiente, no cabe invocar el principio de combinaci3n de leyes penales para resolver un conflicto de leyes penales en el tiempo. Nuestra Constituci3n y el C3digo Penal asumen la concepci3n de unidad de la aplicaci3n de la ley penal material, esto es, el criterio de alternatividad estricta".

2.2. Leyes Temporales y Excepcionales

Por lo general las leyes son sancionadas a fin de regir determinadas situaciones de hecho, por un tiempo determinado, determinaci3n adecuada, de conformidad con el mandato de seguridad jur3dica. Sin embargo, en algunas oportunidades el legislador dicta una ley penal a regir en un lapso de tiempo establecido en su propio tenor literal. El contexto hist3rico-social de una sociedad puede revelar periodos de especial conmoci3n p3blica, estado de ingobernabilidad, protestas sociales, cat3strofes naturales, conflicto b3lico con una Naci3n extranjera, etc., situaciones todas ellas, que ameritan una postura pol3tica criminal espec3fica para aplacar las situaciones antes descritas. Son leyes, entonces, que pasadas las particulares circunstancias que fundaron su expedici3n, pierden su vigencia normativa.

Son leyes temporales aquellas que tienen previsto un periodo de vigencia concreto²⁴⁷, cuyo nacimiento y muerte están unidos bajo una secuencia de orden temporal. Se distingue entre temporal en sentido estricto, o sea la ley cuya vigencia se limita en el tiempo a un periodo determinado (días, meses), y aquella temporal en sentido amplio, que corresponde a la que su transitoriedad está determinada por su propia naturaleza, por los sucesos a que se refiere (durante una sequía, una epidemia)²⁴⁸.

El artículo 8° del CP, establece a la letra que: “Las leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplicarán a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieran en vigor, salvo disposición en contrario”.

El precepto en mención, importa la vigencia del principio de ultractividad, quiere decir, que no obstante la ley intermedia ha perdido reconocimiento normativo al momento de expedirse el fallo, ésta deberá ser aplicada por el juzgador al momento de expedir su sentencia, a fin de preservar sus efectos preventivos. La imposición de la pena es necesaria a efectos de cautelar la protección al bien jurídico que mereció una mayor intensidad de tutela, también para afianzar la conciencia jurídica del colectivo²⁴⁹ y para no contrariar el principio de igualdad, pues, puede que otros autores hayan sido efectivamente sancionados con la ley temporal, y que por factores únicamente atribuibles a la administración de justicia no se haya podido condenar a tiempo al otro autor que pretenda ser beneficiado con la ley permanente.

El principio general garantizador -como anota BUSTOS RAMÍREZ- es el de la ley previa y por tanto de la irretroactividad de la ley penal, con ello se cumple en el caso de la ley temporal anterior al hecho; el principio de favorabilidad es de carácter excepcional y sobre la base fundamental de la necesidad de pena (en conexión con los bienes jurídicos y la dignidad de la persona humana)²⁵⁰. Cuando la represión sólo encuentra justificación adecuada a la circunstancia de que sea imprescindible necesaria en determinada medida para cumplir el fin que por medio de ella se procura, parece lógico concluir que cuando dicho castigo ya no es más indispensable, o no lo es con la intensidad que anteriormente tenía, constituye una marcada injusticia imponer una restricción que en el momento en que se aplica carece de justificación alguna²⁵¹.

247 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 113.

248 GARRIDO MONTT, M.; cit., p. 113.

249 Así, BACIGALUPO al sostener que en la medida que estas leyes cederán a plazo fijo, el paso a otras por reglas más favorables, su autoridad, es decir, su capacidad intimidatoria se vería anulada o seriamente afectada: *Manual de Derecho Penal*, cit., ps. 60-61.

250 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 87; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 61.

251 Cfr., FIERRO, G. J.; cit., p. 310.

Dicho lo anterior, la aplicabilidad de la ley temporal -ya derogada-, no lesiona la retroactividad benigna, cuyo sostén es de naturaleza relativa.

Los problemas que suscita la punibilidad de los hechos que caen dentro de la órbita de la legislación transitoria se resuelven aplicando las mencionadas leyes ultractivamente, vale decir, las penas que las leyes temporales y excepcionales contengan deben ser empleadas para los hechos acaecidos durante su vigencia sin interesar que el juzgamiento sea realizado después de perpetrados los actos en cuestión, y cuando la ley transitoria se encuentre derogada²⁵².

Las leyes excepcionales son todas aquellas que son sancionadas en virtud de circunstancias muy especiales que ameritan su aplicación exclusiva, pero que ciertamente no tienen un plazo determinado y que no pueden tenerlo por su propia naturaleza, ya que no hay posibilidad de fijar un plazo a la situación que le da origen²⁵³. Estas leyes se denominan también leyes penales temporales en sentido amplio²⁵⁴.

Nuestro CP de 1991 revela un vacío en cuanto al régimen aplicable a las normas penales excepcionales; sólo en la Ley Fundamental se establece el Régimen de Excepción (art. 137°), en virtud del cual el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar por un plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, (...), los estados de excepción que contempla este articulado, v.gr., perturbación de la paz, del orden interno, de catástrofes o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

Es de verse, que durante este periodo de tiempo el Poder Ejecutivo puede dictar leyes penales de naturaleza excepcional, que de recibo significarán una mayor represión, una mayor severidad de los tipos penales u otras incidencias de marco y acento punitivo. Entonces, si se sanciona una ley excepcional B que reprime con mayor pena el saqueo a un supermercado, y luego de levantado el estado de emergencia, la ley B es derogada, antes de que el delito sea sancionado judicialmente, no creemos que deba aplicarse la ley penal más favorable, pues, aquello significaría debilitar los fines preventivos de la pena y la tutela de los bienes jurídicos fundamentales.

252 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 147; NOEL COSTA, M./ BUTELER, E. R.; *Ámbitos de validez de la Ley penal*, cit., p. 206; GARRIDO MONTT, M., cit., p. 114; ZUGALDIA ESPINAR; *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 329; en contra POLITOFF L., S.; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 134; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 192.

253 BUSCOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 88.

254 BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tercera reimpression. Editorial Themis S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1996, cit., p. 60.

Con todo, debe aplicarse las mismas reglas que el caso de las leyes penales temporales²⁵⁵.

2.3. Leyes Intermedias

En defecto de concurrir un conflicto de dos leyes penales en el tiempo, puede que esta conflictividad se torne más compleja cuando en el ínterin normativo de ambas aparezca una ley penal intermedia. Esto ocurre cuando el delito se comete bajo el imperio de una ley, y, en la etapa de sentencia existe otra, y entre ambas se interponga una o varias leyes que se denominan intermedias²⁵⁶, esto quiere decir, que la ley intermedia no estaba vigente ni al momento de la comisión del delito ni al momento del pronunciamiento de la condena²⁵⁷.

Estamos frente a lo que se denomina la ultractividad de la ley penal más benigna. Pues aun cuando no es la ley vigente al momento de la comisión, ni la vigente al momento del fallo, pues está derogada por otra ley, al ser la intermedia más benigna, se permite que actúe ultractivamente²⁵⁸.

Si la ley intermedia resultara más favorable que la vigente en el momento de la comisión del delito habrá que aplicarla aunque haya dejado de regir en el momento de la sentencia definitiva, porque así lo establece el principio de retroactividad de la ley más favorable (doctrina dominante)²⁵⁹.

Basta, entonces, que la ley penal aplicable haya regido por un tiempo determinado, para que el autor pueda acogerse a sus alcances normativos, por ende, se incide en sus efectos favorables al reo.

Se ha expuesto razones de justicia material, la necesidad de mitigar la descarga punitiva, la firmeza de la libertad como bien jurídico tutelado del Estado de Derecho; sin embargo, en el caso de las leyes intermedias se dice que los fundamentos expuestos no podrían sustentarla, en la medida, que justamente la nueva valoración de la sociedad conforme a los presupuestos anotados, importaría una respuesta jurídica más grave pero a su vez más justa. Lo que ocurre -escribe FIERRO- es que solamente razones de índole humanitaria o de benevolencia explican satisfactoriamente el régimen de aplicación de la ley intermedia más benigna, conforme lo reconoce un sector importante de la doc-

255 Así, CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 149; en contra BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 88.

256 PEÑA CABRERA, R.; cit., ps. 147-148; Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, Vol. I, cit., p. 191; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 87.

257 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, cit., p. 113.

258 NOEL COSTA, M./ BUTELER, E. R.; cit., p. 205.

259 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 59.

trina²⁶⁰. Cuestiones de orden procesal, respaldan también esta postura, pues, no sería justo que al procesado B, por factores de morosidad judicial no se le condene con la ley intermedia más favorable, mientras que el procesado A, que cometiera el delito contemporáneamente con B, gracias a un proceso de mayor celeridad haya sido condenado con dicha ley más favorable.

Sea cual fuera la justificación axiológica que sostenga la aplicación de la ley penal intermedia más favorable, su racionalidad, qué duda cabe, la encontramos en los principios legitimantes del Derecho penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. La Ley penal favorable se deduce de una orientación teleológica del texto *iusfundamental*, que tiene como máximo valor a la libertad humana y su dignidad inherente.

En nuestro país, surgió una situación en realidad paradigmática, pues ante la evidente intención de favorecer a algunos procesados por delitos de Corrupción, mediante la dación de la Ley N° 28577 del 03 de julio del 2005 se modificó el artículo 47° del CP (Abono del plazo de detención), a efectos, de dar una equivalencia matemática entre el tiempo de detención preventiva con el de arresto domiciliario (art. 143° del CPP). Empero, a los pocos días, exactamente el 09 de julio del mismo año, se expidió la Ley N° 28568 que derogaba la Ley N° 28577, por lo tanto, se restablecía el texto originario del artículo antes mencionado. Se identifican, entonces, tres estadios normativos, uno con el texto original del artículo 47°, otro con las incidencias modificatorias en el caso del arresto domiciliario, y otro último, cuando el artículo recobra su redacción originaria. Bastaría determinar la ley más favorable, conforme a su real vigencia en el tiempo, que sería la Ley N° 28577 y esto al margen de la forma subrepticia por la cual se sancionó esta ley en el Parlamento, de todos modos, se trataba de una ley penal más favorable. Pero, de forma inexplicable el TC de nuestro país, en una sentencia que advierte una serie de proyecciones político-criminales, vulnerando el mandato constitucional de retroactividad benigna²⁶¹, dispone de forma imperativa en su contenido resolutivo, la imposibilidad de que los Tribunales nacionales puedan aplicar la Ley N° 28577, amparándose en disposiciones legales de la Ley N° 28237 (Código Procesal Constitucional²⁶²). Una cuestión es la inaplicabilidad de una normativa, por ser incompatible con los valores constitucionales, en lo que se conoce como el «control difuso de la constitucionalidad normativa» y, otra muy distinta, la aplicación formal de la ley, que en tales casos no puede ser reputada como una conducta prevaricadora.

260 FIERRO, G. J.; *Legalidad y Retroactividad de las Normas Penales*, cit., p. 314.

261 Artículo 103° de la LFN.

262 Artículo VII del Título Preliminar; a más detalle sobre este tema, vide mi obra: *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. I, Editorial Rodhas, Lima-Perú, 2009.

2.4. Momento de Comisión del Delito

La determinación del momento (tiempo) de la comisión del injusto penal, conlleva una serie de problemáticas en su ámbito interpretativo, producto de las diversas maneras en que un delito adquiere concreción fáctica.

Los injustos penales revelan una serie de particularidades y de características que son descritas en la estructura normativa de los tipos penales en cuestión, donde el *iter criminis* debe ser establecido según criterios objetivo-materiales, que importa su normativización, a fin de dejar de lado criterios causal-naturalistas que impiden precisar con corrección el momento de comisión del delito.

En estrecha conexión con esta materia está la determinación temporal del hecho delictivo ("*tempus commissi delicti*") ya que de ello dependerá justamente cuál es la ley previa, cómo fijar entonces la irretroactividad y la retroactividad de la ley más favorable, para contar el plazo de prescripción, para problemas de participación, justificación, etc²⁶³. Por consiguiente, la elección de la ley penal aplicable (retroactiva o ultractiva), dependerá del grado de precisión que se derive del momento de comisión del delito.

El Injusto penal se desdobra en dos vertientes que fundamentan su contenido material (antijuridicidad): disvalor de la acción y disvalor del resultado. Es el disvalor de la acción la que fija la legitimidad de la punición, en orden a la función teleológica del Derecho penal (protección de bienes jurídicos), donde el disvalor del resultado cumple una función complementaria, a efectos de establecer la ley penal aplicable y como baremo de graduación de la pena aplicable en razón al grado de lesividad manifestado en el interés jurídico objeto de protección; lo que parece adecuado desde un punto de vista valorativo, pues es el momento inicial que determina la oposición contra el derecho (contra la norma prohibitiva) y da lugar a la tipicidad, punto de origen para el delito y todas sus consecuencias (materiales y procesales)²⁶⁴.

Finalmente, éste ha sido el criterio adoptado por el legislador en el artículo 9° del CP, al estipular que el momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca. El delito se comete, *entonces*²⁶⁵, en el momento de ejecución de la acción o en el momento en que debía realizarse la acción omitida o en el resultado no impedido²⁶⁶. De esta forma la caracterización normativa comprende las dos formas de conducta huma-

263 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 88.

264 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 89.

265 Lo subrayado es mío.

266 Vid., BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 57.

na penalmente relevantes: la acción y la omisión, a partir del núcleo que ingresa al ámbito de punición: el disvalor de la acción. Ambas formas de comportamiento pueden ser jurídico-penalmente significativas: la acción en tanto tiende a un resultado valorado jurídicamente en forma negativa y por lo tanto prohibido; la omisión cuando está ordenado actuar para la evitación de tal resultado²⁶⁷.

Cuando el injusto penal no supone en su comisión la separación temporal entre la acción y el resultado, no se presenta problema alguno; basta con la realización de una acción que vulnere una norma prohibitiva que sobrepase el riesgo no permitido; v.gr., serían los delitos instantáneos, la injuria, falso testimonio), conducción en estado de ebriedad, tenencia ilegal de armas, abandono o exposición de personas incapaces, etc.

En el caso de los delitos de resultado, media un espacio temporal definido entre la acción y la efectiva concretización del resultado; aunque en algunas oportunidades el resultado puede coincidir casi de forma perfecta con el disvalor de la acción. Es en particular, el delito de homicidio, que puede traer una serie de problemáticas, piénsese en el caso donde se suministra un fármaco letal a la víctima, pero cuya letalidad está condicionada a un lapso de tiempo determinado (un año), si recogemos el momento de la acción, podría en algunos casos darse prescrita la acción, por lo que la sanción punitiva vendría en inaplicable, lo cual es incorrecto desde cualquier punto de vista político-criminal²⁶⁸; máxime cuando el artículo 83° del CP, establece que el plazo prescriptorio en los delitos instantáneos (de resultado) se inicia con la consumación del delito. En tal virtud, queda claro que no puede adoptarse un único criterio valorativo a efectos de determinar el *tempus commissi delicti*, pues a pesar de ser la acción un correctivo adecuado, por consideraciones de orden político-criminal es necesario adoptar a veces un criterio mixto.

Como bien afirma POLITOFF, puesto que esta discusión afecta otras instituciones, como la prescripción, estimamos conveniente no adoptar una sola teoría a este respecto, y dejar al juez valorar cada caso diferenciadamente, con arreglo a la lógica, esto es, para evitar el absurdo de que el derecho del Estado a perseguir un delito se extinga antes de que pueda ejercerse, lo que puede

267 STRATENWERTH, Günther; *Derecho Penal. Parte General I*,... cit., p. 55.

268 Desde un aspecto procesal, la problemática no es menos interesante; mientras no se declare la cesación irreversible de las funciones cerebrales del agraviado, no puede hablarse de un homicidio consumado; por lo que, la imputación jurídico-penal y la eventual sentencia de condena, sólo puede recoger una tentativa de homicidio; pudiéndose producir inconsecuentes resultados de injusticia material, si luego de expedida la sentencia -con la calidad de consentida-, muere recién la víctima; el estatus temporal del delito, supone una serie de factores, que deben examinarse desde un plano sustantivo y procesal, según las garantías del modelo acusatorio (principio de correlación entre la acusación y la sentencia).

requerir varios años²⁶⁹. En este caso la ley penal aplicable será la vigente al momento de la consumación del injusto de homicidio, y no aquella vigente al inicio de los actos ejecutivos, por más que sea una ley penal más favorable; *contrario sensu*, en la tentativa, donde la voluntad a actuar no adquiere materialización completa, casos de imperfecta ejecución, será en definitiva la ley penal al momento del inicio de dichos actos la aplicable.

La determinación del momento de comisión del delito, plantea una problemática especial cuando nos encontramos frente a un delito continuado, es decir, el formado con un solo delito a partir de sucesivos hechos dependientes, idénticos o similares que se extienden en el tiempo, o frente a un delito permanente, el cual no se concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene, por la voluntad delictiva del autor, tanto tiempo como subsiste en el estado antijurídico creado por el²⁷⁰.

El delito permanente es aquel injusto cuyo estado antijurídico se prolonga por un tiempo determinado, esto es, trata de una actividad delictiva que no cesa en el tiempo, la consumación es un estado de identidad material lineal en el tiempo. En este caso podría acontecer una sucesión de leyes penales en el tiempo, una ley que rige al momento de iniciarse la conducta antijurídica y el dictado de una nueva ley al momento de que cesa dicho estado antijurídico; aquí son dos leyes del hecho, ciertamente se aplicará el principio de la favorabilidad²⁷¹. En efecto, no se produce en realidad un asunto de irretroactividad, en la medida que ambas leyes han regido durante el estado antijurídico de la conducta delictiva. En el caso de sucesión de leyes penales más desfavorables, se debe optar por la ley penal más favorable al inicio de la actividad delictiva que aquella ley desfavorable vigente al momento que cesó el estado antijurídico²⁷². Cuestión distinta es precisar el inicio del plazo prescriptivo, en cuyo caso se debe seguir la regla comprendida en el artículo 82° del CP, es decir, cuando cesa la permanencia.

El delito continuado supone una sistemática infracción de la ley penal en espacios temporales distintos, pero unida bajo una unidad de resolución criminal seguida de una prosecución material delictiva de naturaleza idéntica.

En los delitos continuados la acción se realiza desde el primero hasta el último hecho²⁷³. En este caso la ley aplicable es la más favorable de entre las

269 POLITOFF L., S. y otros; cit., p. 128.

270 NOEL COSTA, M./ BUTELER, E.R.; *Ámbitos de validez de la ley penal*, cit., p. 191.

271 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.; cit., p. 89; BACIGALUPO, E.; cit., p. 57.

272 Así, NOEL COSTA, M./ BUTELER, E.R.; cit., p. 193.

273 BACIGALUPO, E.; cit., p. 57.

que han estado vigentes durante la realización de la serie²⁷⁴. Es la solución correcta, pues al tratarse de una unidad delictiva desde un punto de vista formal, se debe aplicar aquella ley penal más favorable que rigió durante el periodo de la prosecución delictiva²⁷⁵.

En cuanto a la asociación delictiva, cuando aparte del autor intervienen otros individuos, en la calidad de co-autores, autor mediato o partícipe, lo que importa una serie de distinciones en términos jurídicos. El co-autor tiene el co-dominio del hecho que se manifiesta en un aporte decisivo en la fase ejecutiva del delito, entonces, el momento de la comisión del delito será el mismo que el autor, pues, el hecho punible debe ser considerado como la imputación recíproca de los diversos aportes desde un criterio unitario. En cambio, en el caso del partícipe (cómplice primario y secundario), la ley penal aplicable es aquella vigente en el momento que el cómplice realiza su aporte, rige la ley vigente al momento de la participación²⁷⁶.

Para BUSTOS, la ley penal aplicable será sólo la del momento de la participación, cuando es más favorable, pues el principio de accesoriedad debe ceder frente a las reglas de garantía respecto a la intervención del Estado²⁷⁷.

Finalmente, en el caso de autoría mediata, el momento de comisión del delito será aquel donde el instrumento da inicio material a la realización típica.

3. LA RETROACTIVIDAD EN LAS LEYES PROCESALES PENALES

Antes de abordar el tópico central del presente análisis, resulta importante destacar, todas las disciplinas jurídicas que versan sobre materia criminal deben ser analizadas desde una visión integral y sistemáticamente funcional.

A nuestro entender, el «Sistema Penal» lo integran, el Derecho penal material, el Derecho procesal penal, la política criminal y el Derecho de ejecución penal; únicamente a partir de una interpretación sistemática, es que puede abordarse un tema, de suma relevancia, como lo es la posibilidad o no de apli-

274 Cfr., POLITOFF L. S. y otros; cit., p. 129.

275 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; ob. cit., p. 89.

276 Cfr. BACIGALUPO. E.; cit., p. 57; en contra GARRIDO MONTT, para quien los actos ejecutados por éste son anteriores a la comisión del delito, no indican cuál es la ley vigente ni la ley posterior, para cuya determinación es imperativo considerar la "perpetración" del delito por el autor, cit., p., 117.; disintimos de esta postura, en la medida que es el propio principio de accesoriedad en la participación que indica la valoración de la contribución realizada por el partícipe, es la que debe fijar esta delimitación, de conformidad con el mandato de seguridad jurídica; no debemos pasar por alto que el cómplice puede intervenir en el momento de la ejecución del delito (cómplice primario).

277 BUSTOS RAMÍREZ, J.; cit., p. 90.

car la ley procesal penal (y luego la de ejecución penal) a hechos no vigentes al momento de la comisión del delito, como cometido de política-criminal.

Particulares problemas presenta la retroactividad de las leyes más favorables en relación con las normas que rigen el proceso penal, puesto que, como regla general, en materia de procedimiento, rige el principio "*tempus regit actum*"²⁷⁸, y no por tanto, al hecho delictivo (no al *tempus commissi delicti*).²⁷⁹

Al respecto, una corriente «procesal» que, salvo en materia de competencia, para el resto no es ley retroactiva la procesal posterior a la comisión, toda vez que el momento que debe tomarse en cuenta es el acto procesal y no el acto del delito²⁸⁰.

En principio, se admite que las normas procesales entran en aplicación práctica al momento de los actos procesales, sin tomar en consideración el momento de comisión del hecho punible. Sobre todo, la doctrina se ha esforzado denotadamente para poder explicitar correctamente, la aplicación retroactiva de leyes que suponían una agravación de los plazos prescriptorios. Al respecto, la zona fronteriza se sitúa en la naturaleza jurídica de la prescripción, pues para algún sector es de naturaleza material, para otros de naturaleza procesal y para un sector de sustentación dogmática más homogénea, se le percibe como una institución mixta (material-procesal)²⁸¹.

Estimamos, que el principio de legalidad garantiza que el ciudadano sea únicamente sometido a la aplicabilidad de leyes que se encontraban vigentes al momento de su comisión (*tempus commissi delicti*), pues una ley posterior, (ex-post facto) que significa una afectación de sus derechos adquiridos, sería considerada "infavorable" para los intereses jurídicos del imputado.

La prescripción importa una institución que se fundamenta sobre todo, en presupuestos materiales, la ofensa social provocada por el delito se diluye inexorablemente con el transcurso del tiempo, se aminora consiguientemente las necesidades retributivas de la sanción, expresada en la realización de la justicia, con mayor énfasis las necesidades -tanto de prevención general como de prevención especial-; general, pues ya los miembros de la sociedad no ne-

278 M. COBO DEL ROSAL / T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 205.

279 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 83.

280 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Derecho Penal. Parte General - Volumen I*. EDIAR (Sociedad Anónima Editora. Comercial, Industrial y Financiera). Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 116.

281 Así ROXIN, al referirse a determinadas instituciones aplicables al proceso penal: "Estos supuestos se sitúan en la frontera con el Derecho material, y no en pocos de ellos su ubicación es dudosa; así la prescripción se considera por unos como institución jurídica material, por otros como procesal, y por otros (actualmente la op. dom.) como institución "mixta"; *Derecho Penal. Parte General*, Tomo 1, ps. 164-165.

cesitarán ser intimidados con la fuerza cognitiva de la sanción punitiva, y un agente que con el devenir del tiempo, tal vez se haya corregido conductivamente mediante una expiación interna, por lo que se anulan las exigencias de *rehabilitación social*. Y, llevado a la esfera procesal, se presentan una serie de dificultades probatorias en razón a la posibilidad de recoger, adquirir y producir medios probatorios lo suficientemente idóneos para que el Proceso Penal pueda arribar a sus fines esenciales, con mayor vigor la pretendida «verdad formal judicializada».

De la argumentación descrita, se infiere claramente que la prescripción es de naturaleza mixta, en consecuencia, una ley penal que entre en vigencia ulteriormente al hecho punible ya configurado, que establezca por ejemplo mayores plazos prescriptorios en razón de la gravedad del injusto, significa *per se* una restricción de los derechos individuales garantizados por el Derecho penal material. En cambio, si en tal hipótesis, si se estimara que la prescripción es de naturaleza procesal, habría de estarse a la ley vigente al momento de los actos procesales²⁸², lo que resultaría una arbitraria e injusta aplicación de la ley penal vulneradora a las garantías materiales del derecho penal logradas por la ilustración.

Asimismo, leyes de naturaleza estrictamente procesal pueden significar una mayor afectación de los derechos individuales vigentes al momento del hecho punible, una ejemplificación lo constituye las sendas modificaciones de las cuales ha sido afectado el artículo 137 del Código Procesal Penal, tanto por la Ley N° 27553 del 13 de noviembre del 2001, como la Ley N° 28105 del 21 de noviembre del 2003²⁸³, han permitido ampliar sustancialmente el plazo, por el cual el imputado puede estar detenido provisionalmente sin haberse pronunciado sentencia, es decir, en la calidad jurídica de «procesado», extendiéndose hasta un plazo de 36 meses (tres años); lo cual ya consideramos en suma excesivo, en aplicación del principio de presunción de inocencia. Pero, eso no es todo, el articulado en mención hace una distinción entre la duplicidad de los plazos de detención y la prolongación de la detención, que suponen circunstancias distintas.

Al respecto, tribunales de nuestra administración de justicia, han interpretado de forma equívoca esta disposición, pretendiendo justificar que ambas circunstancias (duplicidad y ampliación) puedan aplicarse de forma sumatoria, mas no de forma excluyente. En tal merced, a partir de esta interpretación -que desborda el contenido finalista de las normas-, un imputado puede permanecer

282 Así, en referencia, M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 206.

283 Luego modificado por el Decreto Legislativo N° 983 del 22 de julio del 2007.

ahora recluso por el lapso de 72 meses, es decir, por seis años sin haberse pronunciado sentencia.

La desesperada y sedienta lucha contra la corrupción, así como una opinión pública sedienta de respuestas represivas, está significando toda una mala praxis normativa de alcances puramente político-criminales; utilización que paulatinamente está derrumbando todo el sistema, de garantías, -tanto materiales como procesales-, proclamadas hace ya más de dos siglos. Como expone SILVA SÁNCHEZ, (...) la nueva Política criminal intervencionista y expansiva recibe la bienvenida de muchos sectores sociales como reacción contra la criminalidad de los poderosos²⁸⁴.

Si bien es cierto, que una de las principales funciones de la administración de justicia en el marco del Estado de Derecho es la aplicación de la ley penal, aquello no debe suponer que por deficiencias administrativas y jurisdiccionales, se permita la afectación de normas fundamentales. Pues, quien está siendo procesado penalmente no se le puede hacer gravar mas, una situación que ya de por sí es criminalizadora²⁸⁵, es recaer -de forma intensa- las redes represivas del Derecho penal.

Ante la situación descrita, somos testigos de un enfrentamiento entre «garantismo» vs. «eficientismo»; sólo la primera posición, sin que ello suponga un debilitamiento a las necesidades preventivas de los bienes jurídicos más importantes, está en condiciones de no quebrar la legitimación del sistema penal en una comunidad democrática.

En palabras de HASSEMER, efectividad de la persecución penal *versus* formas protectoras de las garantías; determinación de objetivos de derecho material *versus* determinación de objetivos del derecho procesal: estas divergencias ocultas en las cuestiones básicas de política criminal y del sistema de derecho penal no sólo dificultan un acuerdo en orden a consecuencias, sino ya el acuerdo acerca de cuáles son las posibles consecuencias que pueden regir como criterio de corrección o racionalidad²⁸⁶.

284 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de La política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 40.

285 La privación de la libertad supone la afectación de uno de los bienes jurídicos de mayor prevalencia valorativa en el Estado de Derecho, sólo en libertad de locomoción los individuos están en posibilidad de interactuar con sus pares y lo más importante, participar activamente en los diversos procesos sociales, tal como lo demanda una sociedad democrática. La prisión preventiva debe siempre constituir la *ultima ratio* y su aplicación judicial debe sujetarse estrictamente a los presupuestos normativamente sancionados en el artículo 135 del Código Procesal Penal, es una sanción personal, cautelar, provisional e instrumental. Si ésta se prolonga más allá de los plazos estrictamente necesarios, se convierte en una sanción punitiva anticipada al fallo final, que a veces puede resultar mayor que el grado de pena finalmente impuesta en la condena.

286 HASSEMER, Winfried; *Crítica al derecho penal de hoy*. Universidad Externado de Colombia.

La racionalidad de un Sistema Penal supone extender sus garantías, a todas sus esferas componentes del sistema, de principios privativos de un Derecho penal democrático; las pretensiones persecutorias, de que el Proceso Penal llegue a todas sus consecuencias jurídicas, es una manifestación importante del Estado de Derecho, pero su consecución no puede dirigirse únicamente por valoraciones político-criminales, una administración de justicia eficiente de poner freno a la criminalidad no puede desbordar la panacea de garantías que fundamenta el Estado de Derecho; por lo tanto, la prisión preventiva, que implica *per se* una restricción de derechos fundamentales, sólo debe servir como medida de aseguramiento (*cautelar*), para que el Proceso Penal llegue a los fines propuestos; no para dar la imagen de una administración de justicia penal eficiente. No olvidemos, que la prisión preventiva es privación de libertad respecto de un inocente²⁸⁷.

El problema de la retroactividad, va más allá de la prescripción, como reconocen Cobo y Vives, ya que como se ha señalado no sólo la institución de la prescripción puede implicar una restricción de los derechos individuales, sino muchas otras de carácter procesal penal²⁸⁸.

Es importante al respecto, proponer una diferenciación entre aquellas normas procesales penales únicamente dirigidas a hacer más expeditivo el procedimiento así como las de funcionamiento interno de la jurisdicción, con aquellas que implican una afectación de derechos fundamentales, sólo a estas últimas se prohíbe la aplicabilidad retroactiva, a menos que éstas sean favorables al procesado (*favor rei*). Por lo tanto, en nuestra consideración la aplicación retroactiva en materia de leyes procesales penales debe ser relativa²⁸⁹, dependiendo de su naturaleza instrumental.

En consecuencia, en el caso propuesto, y en todos aquellos en que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o implique cualquier clase de restricción de la libertad, no regirá la regla "*tempus regit actum*", sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción, presupuesto material al que tales consecuencias "procesales" se hallan, indiscutiblemente, ligadas²⁹⁰.

Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Traducción de Patricia S. Ziffer. Primera Edición, marzo de 1998, Colombia, ps. 98-99.

287 HASSEMER, Winfried; *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, cit., p. 109.

288 Citado por BUSTOS RAMÍREZ; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 143 y ss.

289 Así M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN al referirse a la regla del *tempus regit actum*, "En nuestro derecho positivo dicha regla ha de tener, necesariamente, un carácter relativo. La aplicación indiscriminada y absoluta de la regla "*tempus regit actum*", produciría consecuencias inconstitucionales"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 206-207.

290 M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTÓN; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 207.

En cambio, para otros autores como BUSTOS RAMÍREZ, la prohibición de retroactividad debe ser absoluta, al señalar lo siguiente: "Es por eso entonces que la irretroactividad en relación al hecho delictivo cometido (no sólo respecto a los actos anteriores del proceso) debe regir plenamente, conforme el precepto constitucional, respecto a las leyes procesales penales (de igual forma, prisión provisional)"²⁹¹.

Se debe conciliar, en que las normas *procedimentales* sirven para la *plasmación* de las normas materiales, sólo a través del Proceso Penal es que legítimamente se le puede imponer una pena a la persona del culpable, materializada en una privación de la libertad, cualquier interpretación que sobre esta materia se quiera realizar al margen de la interdependencia funcional del derecho penal material con el derecho procesal penal va a estar destinada al fracaso.

La problemática surge, pues, cuando se pretende realizar un análisis exegético del Procesal penal desligándolo del Derecho penal, lo cual conduce a equivocidades interpretativas al pretender reconducir la materia procesal penal a una unificación teórica con el proceso civil a partir de la teoría general del proceso, como si los bienes jurídicos en conflicto fuesen de naturaleza análoga. Como bien dice Maier, es por ello que el Derecho penal material y el Derecho procesal penal deben ligarse estrechamente en la teoría y en la práctica, aspecto que, lamentablemente ha sido descuidado en nuestro ámbito jurídico²⁹².

La tendencia en las culturas jurídicas latinoamericanas es de querer explicitar las instituciones del Derecho procesal penal y sus efectos, conforme a una unificación de la teoría general del proceso, al precio de la decoloración política de ambas disciplinas y de la escasa claridad de las soluciones propuestas²⁹³. Además -como argumenta ZAFFARONI- de esta consideración (teoría de las normas), existen dos argumentos constitucionales que neutralizan esta posición: a.-Un proceso penal tiene una conclusión binaria (pena o no pena); y si al momento del hecho que se juzga las disposiciones procesales llevaban a una no pena, no había conminación penal en concreto respecto de la persona comprometida²⁹⁴, es decir, no existía una criminalización vigente al momento de los hechos.

291 BUSTOS RAMÍREZ; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 84; En tanto que Maier señala lo siguiente "Se discute acerca de la admisibilidad de la aplicación retroactiva de las reglas procesales penales que disciplinan las medidas de coerción, en especial las privativas de libertad, cuando esa aplicación no favorece al imputado (*in malam partem* Derecho Procesal Penal. Tomo I - "Fundamentos", cit., p. 247. Reglas no sólo procesales sino también de naturaleza administrativa que pueden significar un endurecimiento preventivo más severo que el vigente con anterioridad.

292 MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal*. Tomo I- "Fundamentos". 2da. edición, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1999, p. 147.

293 MAIER, Julio; Cfr., *ibid*.

294 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General* - Vol. cit., p. 116.

En el marco de un Proceso Penal, entran en conflicto intereses jurídicos fundamentales de una sociedad democrática; Estado, imputado, sociedad y víctima pretenden que se amparen sus legítimas pretensiones ante la jurisdicción penal, de este procedimiento se pueden derivar las consecuencias más gravosas con las que se puede afectar a un individuo: una pena, que consiste en la privación de la libertad, es en efecto una relación delito-pena.

El procedimiento penal tiene por fin esencial la aplicación de una norma material de naturaleza pública, el órgano persecutor no ejercita el derecho de acción por cuenta propia, sino a nombre de la sociedad, distinta situación ocurre en el proceso civil, donde cada actor interpone su acción en ejercicio de sus derechos subjetivos, solicitando para ello el amparo de la tutela jurisdiccional efectiva.

Cada vez cobra más vigencia la necesidad de sistematizar un Sistema Penal integrado, en aras de obtener un rendimiento óptimo del sistema, acorde con las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho.

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS DE EJECUCIÓN PENAL

La naturaleza de las normas de ejecución penal es un tema escasamente abordado -tanto por la doctrina nacional como extranjera-, pero aquello en nada debe hacer suponer que su estudio no sea relevante a diferencia de las otras esferas del saber jurídico-penal, la ejecución penal implica en el espectro de la legalidad, una composición social, de acuerdo a los efectos simbólicos-comunicativos que toda norma debe desplegar hacia la comunidad.

Es pues, en el periodo de ejecución penal donde el poder punitivo alcanza su mayor esplendor, en el cual la privación de la libertad constituye la máxima expresión del poder penal configurante.

En nuestro derecho positivo las normas de ejecución penal se encuentran reguladas autónomicamente por plasmación del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N° 654) y demás normas complementarias. La doctrina discute acerca de la naturaleza jurídica de las normas que regulan la ejecución penal, adscribiéndolas algunos al Derecho administrativo, otros al Derecho procesal, algunos al Derecho penal, mientras que otros, finalmente atribuyen al Derecho penitenciario estatuto de autonomía²⁹⁵. El entramado discursivo se origina a partir de las múltiples disciplinas que entran en interacción en toda la fase desarrollativa del periodo de ejecución penal; tanto materiales, procesales como administrativas. La opinión dominante en la teoría es que el derecho ejecutivo

295 GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinador); *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*. Tirant lo blanch. Valencia, 1996, p. 284.

penal se incluye en el ámbito del derecho penal procesal, teniendo en cuenta que éste encierra aquellas reglas de procedimiento que determinan la forma de actuar en las distintas etapas de un proceso penal y que la ejecución de las sanciones privativas de libertad -como derivación de una sentencia condenatoria emitida en el curso de un proceso- constituyen un aspecto esencial de dicho proceso²⁹⁶.

A nuestra consideración no debemos confundir dos cosas en sumo distintas: la efectivización de la sentencia condenatoria en su contenido, integrado por la reclusión efectiva del condenado en un establecimiento penitenciario y para hacer viable el cobro del monto fijado por concepto de Reparación Civil, es decir, por plasmar en la realidad social los efectos de la sentencia condenatoria sometida al control jurisdiccional, con lo que significa en realidad el periodo de ejecución penal, pues éste trasciende un mero estadio ejecutivo, es donde cobra vigencia la función de prevención especial asignada a la pena, como una dinámica del proceso legal sancionatorio.

Nosotros asignamos a las normas de ejecución penal una naturaleza jurídica material de carácter autónomo, pues implica toda una serie de regulaciones que tienen que ver con derechos fundamentales, en concreto, con la libertad personal y sus derechos conexos, otra cosa muy distinta es la regulación que se realiza a efectos de obtener determinados pronunciamientos de la administración penitenciaria (INPE), que en definitiva es de naturaleza administrativa²⁹⁷. Asimismo, MAPELLI "actualmente la doctrina entiende a considerar al Derecho penitenciario como un Derecho material y autónomo distinto del Derecho penal y procesal, por cuanto cada uno tiene su propio contenido, pero que, sin embargo, junto a ellos forma el sistema jurídico penal guardando entre sí una relación inmediata. En este sentido afirmamos que la autonomía del Derecho penitenciario es una autonomía integradora"²⁹⁸. Nuestro derecho positivo es concluyente

296 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 404-405.

297 Esta definición de nada implica dejar de reconocer al Derecho de ejecución penal como una ciencia jurídico-penal autónoma en su contenido y en su objeto de estudio, mas su interpretación amerita una interpretación sistemático-integradora desde una visión global del Sistema Penal. El Derecho Penitenciario (Ejecución Penal) se ocupa del cumplimiento o ejecución de una clase de penas, las privativas de libertad, la semilibertad y de la liberación condicional. El enfoque de la penología es multidisciplinario, pues, combina el estudio dogmático de las normas constitucionales y reglamentarias sobre el régimen y tratamiento penitenciario, se analizan pormenorizadamente los aspectos criminológicos y sociológicos, a partir de una vida en reclusión, de efectos indudablemente perniciosos y prisionizantes para el penado, entran en vigencia una serie de aspectos que desbordan el derecho penal material, en tanto, toda la administración penitenciaria debe impulsar toda una maquinaria en el tratamiento penitenciario, que dados los efectos negativos de la prisión, exigen una integración multisistemática en sus respuestas.

298 MAPELLI CAFFARENA, Borja/ TERRADILLOS BASOCO. Juan; *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3era. edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 115; otorgarle un lugar autónomo junto

al proclamar la función resocializadora de la pena y de la medida de seguridad, tal como lo establece el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Estado: *"El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"* en concordancia con lo preceptuado por el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, que señala: *"La pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines curación; tutela y rehabilitación"*²⁹⁹.

La ejecución penal está sometida también al principio de garantía de ejecución (art. VI del Título Preliminar del C.P.), el cual establece que la ejecución de la pena será intervenida judicialmente, principio que tutela el principio de legalidad penal aplicable a la ejecución penal. Toda la actividad penitenciaria debe desarrollarse dentro de un marco de garantías materiales, procesales y administrativas, de acuerdo a los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, pues la privación de la libertad no significa la pérdida de los derechos fundamentales, la dignidad humana es un valor inalienable e intrínseco de la persona humana, valor que se reconoce también a quien legalmente fue privado de su libertad.

4.1. La Irretroactividad de las Leyes de Ejecución Penal desde las Teorías de la Pena

A fin de sustentar con mayor argumentación dogmática la presente hipótesis de trabajo, nos vamos a remitir brevemente al excursus teórico de los fines -que tanto doctrinariamente como positivamente- se le asignan a la sanción punitiva. Desde los inicios del saber jurídico-penal son varias las tipologías que se han elaborado a fin de dotar a la pena de determinadas funciones y de justificaciones, pues aquella representa la especie pública más grave con la que se puede gravar los bienes jurídicos de los ciudadanos. Desde la Escuela Clásica se elaboró la teoría absoluta de la pena, representada por Kant y Hegel, proposiciones metodológicas más profesas a una orientación filosófica que dogmática y político-criminal. Para estos autores, el orden social alterado por el delito -cometido libremente (libre albedrío)- debía ser restablecido por la pena, ora como un imperativo categórico, ora como la afirmación de la negación producida por el delito. Es decir, la pena tenía la misión de restablecer el orden

al derecho penal material y el procesal -señala BUSTOS RAMÍREZ, que pareciera lo más adecuado, ya que junto con cuestiones procesal-penales también en la ejecución hay que atender a los aspectos materiales de imposición de la sanción, pero todo ello dentro de un conjunto de reglas específicas referidas al sistema de ejecución"; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 405.

299 Así también el Código de Ejecución Penal, artículo II del Título Preliminar: *"La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"*.

social, manteniendo la conservación del sistema y estos efectos, el penado era utilizado como un mecanismo idóneo, donde la sanción únicamente se retrotrae al pasado y recoge el injusto a fin de aplicar una pena al culpable (*punitur, quia peccatum est*). Tipologías ampliamente superadas por la ideología -tanto filosófica como política- del Estado de Derecho.

El Derecho penal es un medio de control social institucionalizado destinado a preservar un orden jurídico, a fin de proteger bienes jurídicos no -como dice MIR PUIG- pretender establecer la justicia absoluta sobre la tierra³⁰⁰.

Posteriormente, con la instauración del Estado de Derecho, surgen teorías penales democráticas de corte liberal como la de VON FEUERBACH, quien propugna la teoría de la prevención general negativa, teorías que *per se* intentan reorientar la pena a todo un programa de evitabilidad, es decir, a evitar la comisión de delitos en el futuro (*punitur, ne peccetur*).

La teoría de VON FEUERBACH está destinada a contra-motivar el estímulo delictivo mediante la amenaza de la sanción, que en su grado máximo representa el «terror penal», mediante una concepción psicologista de la culpabilidad, asentada sobre los frenos inhibitorios del impulso delictivo del ser humano; en tal sentido, se necesitará tanta pena en cuanto imprescindible para disuadir a los posibles infractores de la norma. Más allá de las múltiples objeciones que se alzan contra la prevención general negativa, ésta sola no puede fundamentar el porqué de la sanción punitiva, pues instrumentaliza al hombre a fines ajenos a sí mismo, en este caso al control de la criminalidad. Como bien, apunta ROXIN, la proclama de «mayor intimidación a través de penas más graves» puede conducir a un sistema de penas draconianas incompatible con los principios de un Estado Liberal de Derecho³⁰¹.

Luego, con la irrupción del positivismo criminológico, el delincuente pasa a ser el foco de atención en esta nueva ideología penal, surgen los conceptos de rehabilitación, corrección, reeducación y finalmente el de «resocialización». De esta forma, se pretende evitar la comisión de delitos en el futuro, sometiendo al penado a un tratamiento rehabilitador, con el fin de reinsertarlo a la sociedad.

Mediante esta formulación el concepto de «peligrosidad» va sustituyendo paulatinamente a la «culpabilidad», concibiéndose al primero como el presupuesto de pena. Esta confusión conceptual se derivó en la pretendida formulación de un derecho penal de medidas y del autor, es decir, un sistema de punición monologante³⁰² que trajo a colación la imposición de medidas pre-de-

300 MIR PUIG, S.; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 51.

301 ROXIN, C.; *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, cit., p. 413.

302 Nuestro Sistema Penal (sistema de punición), se adscribe firmemente al Sistema Vicarial, es decir, la pena está reservada para los agentes imputables, y, la medida de seguridad

lictivas, hecho que en definitiva vulnera un «Derecho Penal del acto»; el «determinismo» es lo que sostiene el juicio de imputación individual.

Al convertirse el presupuesto de pena en la peligrosidad del autor, mas no en su culpabilidad se quiebra la relación entre delito y pena, vulnerándose las garantías penales del Estado de Derecho, pues a un individuo únicamente se le puede imponer una pena en proporción a su culpabilidad, en mérito *a lo que hizo*, y, no por lo *que es* ante la sociedad.

Con la finalidad de sintetizar las últimas teorías mencionadas, surge una ecléctica o sintetizadora, bajo la denominación de las teorías de la «Unión». Esta teoría combina las diversas incidencias legitimantes de la pena, concibiéndola como todo un proceso de concreción legal.

En el periodo conminativo, es decir, en la amenaza legal en abstracto, la pena asume una función de prevención general negativa. En la etapa de determinación judicial de la pena, la función será de prevención general positiva, reafirmando la vigencia del orden jurídico, pero sometida a la culpabilidad, principio político-criminal³⁰³ que el juzgador no podrá rebasar en su tarea determinativa. Y en la tercera etapa, la de ejecución penal, el fin es unidimensional: la ejecución de las penas privativas de libertad pretende únicamente resocializar al condenado (finalidad reeducativa)³⁰⁴.

En Alemania, escribe ROXIN, existe hoy unanimidad acerca de que la pena ha de ser limitada por la culpabilidad del autor y que, en consecuencia, las razones de prevención general o especial no pueden llevar imponer a nadie una pena de mayor gravedad que la que se corresponda con la del hecho cometido y con el grado de su culpabilidad personal³⁰⁵.

A las teorías de la unión se les reconoce su legitimidad, porque ha sabido combinar con una dinámica adecuada en las distintas fases de la sanción penal, las funciones asignadas teóricamente a la pena. Esto último es realizado con singular acierto por las teorías diferenciadora y dialéctica, que distribuyen las funciones mencionadas según los distintos momentos de la vida de la pena³⁰⁶.

para los inimputables absolutos y relativos. La principal que define a un sistema vicarial, es la posibilidad de aplicar una pena después de una medida de seguridad sólo a los imputables relativos (art. 77° del CP), e inclusive prescindir de aquélla cuando el Juez así lo considere.

303 La pena justa en el Estado Social y Democrático de Derecho, puede ser rebajada sustancialmente por fines de prevención -tanto general como especial-, pero poniendo mayor énfasis a esta última, de acuerdo a los arts. 45-56 del Código Penal.

304 Así, BERISTAIN, A.; *Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 200; ROXIN, Claus, *Sentido y límite de la pena estatal*, cit., p. 19.

305 ROXIN, C.; *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, cit., p. 413.

306 MIR PUIG, S.; *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 69.

Dicha teoría asume una posición legitimante en una perspectiva preventiva y limitadora del derecho penal en el marco del Estado Social de Derecho, donde la pena asume una función resocializadora en la etapa de ejecución penal, por lo tanto, no puede desligarse aquella de todas las fases anteriores, así como del principio de legalidad³⁰⁷.

Vemos, entonces, que una ley de ejecución penal -como la Ley N° 27770 del 27 de junio del 2002³⁰⁸-, que pretende limitar derechos individuales (fundamentales), no puede aplicarse retroactivamente, pues produce una agravación en las posibilidades de que el penado pueda acceder a los beneficios penitenciarios. No podemos cercenar sin más del principio de favorabilidad en materia de leyes penales en el tiempo, es decir, cuando entran en conflicto dos leyes penales, se aplica aquella más benigna a los intereses del reo, están incluidas también en este principio las leyes de ejecución penal o dígase de derecho penitenciario.

El mismo Código de Ejecución Penal es claro al preceptuar lo siguiente: "*La retroactividad y la interpretación de este código se resuelven en lo más favorable al interno*".

El fundamento de la retroactividad de la ley de ejecución penal más favorable reside en razones humanitarias y jurídicas³⁰⁹.

Si actualmente la cárcel es concebida unánimemente como un foco criminógeno, es decir, de eminentes efectos «desocializadores» para el penado; únicamente la ansiada *rehabilitación social* podrá lograrse en un ambiente de libertad, la cual puede viabilizarse, vía beneficios sólo podrá obtenerse -siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos establecidos para su concesión-. Entonces, la procedencia de un beneficio penitenciario no es de naturaleza

307 Así en los fundamentos del señor Vocal Dr. Eduardo Alberto Palacios Villar (Exp. N° A.V. 0142001; Semilibertad, caso Agustín Mantilla Campos), que en su acápite segundo señala lo siguiente: "*Que los beneficios penitenciarios, y como tal la semilibertad, forman parte del tratamiento progresivo del sentenciado a pena privativa de libertad, en la perspectiva de la ejecución de la misma, para alcanzar finalmente la resocialización cabal del agente, dentro de lo que en la doctrina se considera la dinámica de la pena, que se inicia con la prevención o amenaza, para luego concretarse en la sentencia, donde se determina la pena, y finalmente en la ejecución, como es el caso de autos, en donde adquiere especial fin la resocialización del agente, como ya se encuentra anotado*".

308 Si bien esta norma, en su 5ta. disposición derogatoria, señala "*Adecúense a la presente norma o derógase en su caso, las disposiciones legales que se opongan a la presente ley*". En efecto, esta proclama no tiene validez alguna, pues una norma de inferior rango no puede derogar una norma fundamental como es el precepto constitucional, en este caso los artículos 103 y 139 inc. 11 de la Constitución Política de 1993.

309 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R./ FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*. Edición revisada y actualizada. Editora "FE-CAT", Lima-Perú, 2003, cit. ps. 93-94.

automática y cuantitativa, más bien de naturaleza cualitativa, el peticionante deberá acreditar que cumple con todos los requisitos previstos en la ley; es el Consejo Técnico Penitenciario, que a través de sus oficinas competentes, es la entidad administrativa encargada de evaluar el éxito del tratamiento por medio de un Informe que comprende un análisis psicológico y uno social.

Si el penado, por más que haya cumplido con el tiempo de condena estipulado, pero si el Informe es negativo, pues no se evidencian rasgos de recuperabilidad, por lo que el penado revela aún indicios de poder reincidir en actividades delictivas, será considerado como "peligroso" para los bienes jurídicos de sus prójimos; a éste no se le concederá ninguna clase de beneficio, por no estar en condiciones óptimas de poder reinsertarse en la comunidad social.

A esta tesis se suma otra, existe una corriente que sustenta la tesis de que el principio de la *lex favorabilior* se limita por el de la *lex aptior*, es decir, por la más apta para la resocialización³¹⁰. Esta teoría -como apunta ZAFFARONI- debe ser rechazada con argumentos racionales y de derecho positivo: -Si la ejecución penal se traduce en una limitación de derechos, no puede quedar fuera de la legalidad, porque es la punición misma o su manifestación más importante³¹¹.

Es en dicha etapa de ejecución penal, donde la coacción estatal cobra una vigencia más efectiva en los bienes jurídicos del condenado, tal como apunta el famoso penalista argentino: "*el nulla poena sine lege* abarca la ley penal ejecutiva, porque nadie puede dudar que una ley de esa naturaleza que permite egresos anticipados, es más benigna que otra que no los admite y, por ende, da lugar a un ejercicio del poder punitivo de menor entidad, que forma parte de la conminación que debe ser anterior al hecho del delito y que era la única que podía conocer el agente en ese momento, que es la esencia de la razón de ser de la legalidad"³¹².

Según los dictados del Estado de Derecho, la esfera cognitiva del ciudadano debe abarcar todos los presupuestos de punición, entre aquellos las normas que regulan la ejecución penal, en cuanto estas normas son las que definen la posibilidad de recobrar un bien jurídico de especial valor constitucional, como es la libertad personal; por tales motivos, la reducción gradual del poder punitivo estatal, sólo puede garantizarse con su sujeción estricta a los principios legitimadores del Derecho penal.

Conforme lo anotado, el principio de «legalidad» exige una interpretación sistemática (*totalizadora*), a partir de una visión integral de todo el Sistema Penal en su conjunto; no podría decirse, que aplicar una pena más severa del

310 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*. Vol. I, cit., p. 117.

311 ZAFFARONI: Cfr., *ibid.*

312 *Ibidem.*

delito de Robo, en razón a una modificación posterior a la comisión del hecho punible, sí resulta proscrito y, no aquella normativa, que tiende a anular la admisión de un beneficio posterior, de dación posterior a la perpetración de la conducta delictiva.

4.2. El Tribunal Constitucional como ente rector de la Constitucionalidad Normativa

El Tribunal Constitucional (Carta Política de 1993), antes denominado Tribunal de "Garantías Constitucionales" bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979, se constituye en la actualidad en un ente vigilante y garante de la constitucionalidad del edificio normativo en el espectro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya función competencial se extiende a un ámbito «omnicomprensivo», -acorde a las nuevas exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho-, que es de garantizar el respeto de los derechos fundamentales por parte de los estamentos públicos, vía la acción de las «Garantías Constitucionales»³¹³.

Es de verse, que la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales, son funciones que adquieren un valor fundamental en democracias débiles como la nuestra, donde la institucionalidad no es plenamente respetada.

El Sistema peruano de control de la constitucionalidad es mixto: -por un lado rescata el control difuso asignado a los órganos jurisdiccionales para los casos concretos (art. 138 de la Constitución³¹⁴) y, por otro, instituye al Tribunal Constitucional, cuyas decisiones tienen el efecto jurídico de *erga omnes*, es decir, éste último asume funcionalmente el poder concentrado de la constitucionalidad.

El control difuso de la constitucionalidad, por tanto, es una facultad por la cual se reviste a la judicatura, a fin de preservar la primacía de la Constitución sobre todo el entramado de normas; de tal forma que el Juez se convierte en un celoso guardián de la constitucionalidad normativa, de conformidad con la potestad que el legislador ha consagrado en el artículo 138° de la Carta Magna, concordante con el artículo 51° de la Ley Superior, al consagrar el principio de «jerarquía normativa».

El Tribunal Constitucional, ha sostenido en el Exp. N° 0292- 2002-HC/TC³¹⁵. Fundamento.-Aplicación retroactiva de leyes procesales penales. Segun-

313 En concordancia con el art. 14° de la LOPJ.

314 Considerandos y fundamentos extraídos del Exp. N° 14-2001 A.V. (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema - Vocalía de Instrucción), materia: Beneficio penitenciario - Semilibertad.

315 Art. 139 inc. 2 de la Constitución Política de 1993.

do párrafo, que: *"El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. En primer lugar, la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto, y no como alega el recurrente, la que estuvo vigente cuando se cometieron los delitos"*.

Finalmente con criterio vinculante el Tribunal Constitucional, en su sentencia de fecha 03/01 /03, recaída en el Exp. N° 10-2002- AI/TC -Fundamento décimo tercero. La negación de beneficios penitenciarios. Doscientos once, ha establecido que, de acuerdo al artículo cincuentidós de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sus resoluciones son de carácter vinculante y deben ser cumplidas bajo responsabilidad. Resultando que la Ley N° 27770 es una ley especial, por lo tanto, deroga todas las disposiciones legales que se oponen a la presente ley.

Como hemos sostenido en líneas anteriores, las normas de ejecución penal son de carácter material, pues tutelan derechos individuales, en este caso los referidos al bien jurídico: libertad personal, situación distinta es el procedimiento petitionante que se interpone para que la administración jurisdiccional proceda a resolver la misma.

Si bien es cierto, que el artículo 52° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, prescribe el carácter vinculante de sus resoluciones para los órganos jurisdiccionales; podría decirse de *ineludible cumplimiento*. Sin embargo, los jueces como afirmaba MONTESQUIEU no son meros repetidores de la ley, es un órgano que tiene como principal función la interpretación teleológica de las normas, se le confiere también el poder difuso de la constitucionalidad concordante con el artículo 22 de la LOPJ. En tal sentido, los jueces no pueden sentirse coartados en sus poderes discrecionales, manifestados en el criterio de conciencia y en la independencia de la función jurisdiccional³¹⁶.

El legislador, en mérito a la sanción de la Ley N° 29570, que implica la anulación de los «Beneficios Penitenciarios», para los Reincidentes y los Habituales, ha dejado establecido en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley: *"son de aplicación exclusiva a los condenados por delitos que se cometan a partir de su vigencia. No se pueden aplicar de forma retroactiva a condenados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley"*.

Nos preguntamos ¿Si es que resultaba necesaria la aclaración expresa, de la vigencia en el tiempo de la modificatoria, en concreta, la anulación de los Beneficios Penitenciarios para los agentes Reincidentes y Habituales, que cometen los ilícitos penales contenidos en los artículos 46°-B y 46°-C? a nuestro parecer la respuesta es negativa, todo depende de conciliar adecuadamente la naturaleza jurídica de las normas de «ejecución penal», que al ser de carácter

316 FERRE OLIVÉ, J.C. y otros; *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, cit., p. 80.

«material» (sustantivas), se rigen por el principio de estricta legalidad, quiere decir, que sólo pueden ser aplicadas *ultra -activamente*, -para adelante-, sólo sobre aquellos hechos constitutivos de tipicidad penal, al momento de la vigencia de la Ley N° 29570.

Lo dicho, se condice perfectamente con una consideración *latu sensu*, del contenido programático del artículo 103° de la Ley Fundamental, cuando consagra el principio penal de «retroactividad benigna», *contrario sensu*, cuando no resulta favorable al agente, se proscribe su aplicación retroactiva. Prescripción constitucional concordante con el artículo II del Título Preliminar del CP y con el artículo VIII del Título Preliminar del CEP.

Se trata de un requisito imprescindible para gozar de seguridad jurídica, ya que impide la arbitrariedad del legislador, en caso de que ésta pretenda aplicar penas retroactivamente³¹⁷.

Una de las consecuencias de más importantes del neo-positivismo, es la de estar sometido a un orden constitucional, en cuanto estimar a la Constitución como norma fundamental. Asimismo, el mismo Tribunal Constitucional ha establecido en sus últimas ejecutorias que se aplica la ley vigente en los procesos en trámite desde su promulgación, pero siempre que no se limite «derechos constitucionales», por ende, el que posteriormente se sancione una ley que signifique una mayor restricción para la procedencia de un beneficio penitenciario, se constituye en una agravación de una situación pre-existente que impide que el penado recupere su libertad en un tiempo razonable, que sí vendría a limitar el contenido esencial de los derechos constitucionales.

En la dogmática constitucional se ha tomado como punto de partida la teoría liberal de los Derechos fundamentales, con algunas excepciones fundadas en la concepción de los Derechos fundamentales como un orden de valores y en la función de los Derechos fundamentales en el Estado Social³¹⁸, de tutelar los derechos individuales frente a las pretensiones punitivas expansionistas del Estado, y, sobre todo en el ámbito de las libertades individuales. Entre las leyes de ejecución penal y los derechos fundamentales existe una vinculación indisoluble, por lo que una interpretación sistemática de normas penitenciarias en conflicto, no podrán significar la vulneración de derechos fundamentales, aquello supone abrir espacios de arbitrariedad y de quebrantar la seguridad jurídica, como máximo valor del Estado de Derecho.

317 BACIGALUPO, E.; *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, cit., p. 253.

318 GARCÍA MORILLO, J. y otros; *Derecho Constitucional*. Vol. I., Tirant lo blanch, Valencia, 1994, cit., p. 159.

CAPÍTULO V

VALIDEZ DE LA LEY PENAL EN RAZÓN A LAS PERSONAS - LOS LÍMITES POLÍTICOS AL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI ESTATAL

Sumario: 1. Aspectos preliminares. 2. Inmunidades Basadas en el Derecho Público Interno. 2.1 *Responsabilidad Penal del Presidente de la República.* 2.2 *Responsabilidad Penal de los Ministros.* 2.3 *Responsabilidad Penal de los Congresistas.* a. *Inmunidad Parlamentaria.* b. *Inviolabilidad Parlamentaria.* c. *El Antejudio Constitucional (prerrogativa procesal).* 3. Excepciones del Derecho Internacional Público.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

En un orden Democrático de derecho rige el principio de «igualdad» y de «legalidad»; dicha declaración supone, en esencia, que todas las personas deben recibir el mismo trato por parte de las políticas públicas; nadie puede estar por encima de la *ley penal*; *todos aquellos que sucumben ante el estímulo delictivo, han de responder punitivamente, cuando dicho proceder haya lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos –merecedores de tutela penal-, siempre que la acción u omisión se encuentre al momento de su comisión, previsto como delito.*

El principio de igualdad, implica que las leyes no puedan hacer distingo alguno en razón de las personas, tomando en consideración el estatus social, económico o criterios étnicos y religiosos; según los dictados democráticos, no puede tolerarse privilegios penales en razón de las personas, ello conlleva abrir espacios de impunidad, a su vez, el recelo y la desconfianza hacia el sistema en su conjunto.

La tolerancia y la pluralidad es la base la coexistencia armónica de los ciudadanos bajo un sistema de valoraciones que se construyen en base a la idea de la democracia. Sin duda, una de las mayores conquistas de la ilustración fue de colocar los derechos civiles y políticos en la cúspide del edificio normativo. La igualdad ante la ley era de una de las reivindicaciones fundamentales de los revolucionarios liberales, hasta el punto que, como es sabido, quedó inscrita en el lema del Estado surgido de la revolución francesa³¹⁹.

Sin embargo, este reconocimiento fue puramente formal o si dígase puramente declarativo, pues hasta mediados del siglo pasado las discriminaciones en diversos ámbitos de las relaciones positivas, fue una característica constante.

Posteriormente, con la definición material (*consagrado normativamente*) del Estado Social de Derecho -en el desarrollo constitucional-, pudieron alcanzarse una serie de reivindicaciones sociales, que habrían de llenar de contenido material el principio de igualdad. La igualdad se configura hoy, pues, como una noción más compleja que la de la igualdad ante la ley que predicaron las revoluciones liberales: se construye, sobre todo, como un límite de la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad del poder³²⁰.

La consideración kantiana del ser humano supone un reconocimiento normativo, que encubre la igualdad a un nivel superlativo, que debe traducirse en las concretas relaciones que se establecen entre el Estado y el ciudadano; entre éstas, la política criminal como expresión del poder del Estado de imponer penas y medidas de seguridad, a quienes cometen delitos de forma libre y voluntaria.

La ley penal se dirige a encauzar la conducta humana de conformidad con estados valiosos de tutela hacia intereses jurídicos esenciales, como manifestación de la soberanía estatal para imponer un orden coactivo hacia los asociados.

La ley penal es general, esto es, se dirige a todos los ciudadanos y todos los ciudadanos están sometidos a ella, de acuerdo con los límites temporales y espaciales (...)³²¹; la norma tiende un puente comunicativo con los ciudadanos de forma anónima, sin establecer identidades subjetivas concretas.

Entonces, los mandatos y prohibiciones normativas son de estricto cumplimiento para todos los ciudadanos sin excepción; claro está, la norma en sus

319 GARCÍA MORILLO, J. y otros; *Derecho Constitucional*. Vol. I., Tirant lo blanch, Valencia, 1994, cit., p. 159.

320 GARCÍA MORILLO, J. y otros; *Derecho Constitucional*, cit., p. 161

321 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 186.

descripciones muchas veces ya define quién o quiénes son susceptibles de ser criminalizados.

La aplicación de la ley penal se proyecta hacia toda la generalidad del colectivo, se basa fundamentalmente en el uso soberano del *ius puniendi* estatal en el marco de la nacionalidad y del territorio patrio, como una muestra latente de soberanía nacional.

La ley penal se aplica a todos los habitantes de la República, nacionales o extranjeros³²². Así, en Chile, cuando se establece que la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República (Art. 19 N° 2 CPR)³²³.

La Ley Fundamental, en su artículo 2° parágrafo 2), establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Mientras que el artículo 103 (*in fine*), dispone en su primer párrafo lo siguiente: "*Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas*". Regla que debe traducirse en un Derecho penal democrático.

Dicho de otro modo: *un orden represivo como el Derecho penal debe garantizar que la descarga coactiva no se determine según las diversas caracterizaciones que puede revelar un individuo, nadie debe estar por encima de la Ley penal, ésta debe aplicarse a todos por igual.*

Empero, desde la época de las Monarquías Absolutas se fueron instituyendo ciertos límites al poder penal estatal, basados estrictamente en la investidura del cargo, como una especie de prerrogativa política. Es lógico que quien detenta el poder de forma omnimoda (*absoluta*), neutralice la aplicación del Derecho mediante la utilización política del cargo, como una forma de poner freno a las persecuciones políticas, y por qué no decirlo, algunas veces, para tender un puente de impunidad.

Son en realidad controles políticos del Derecho penal que son también controles políticos de la Justicia Penal, pues básicamente afectan la aplicación del Derecho penal realizada por el Poder Judicial y se encuentran entre la prerrogativa de otros poderes del Estado, que no sólo se explican históricamente como sobrevivencia de instituciones propias de la Monarquía absoluta, es decir, de un Estado de poderes concentrados, por oposición a un Estado basado en la división de poderes³²⁴.

322 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 149; así, NOEL COSTA, M./ BUTELER, E. R.; *Ámbitos de validez de la ley penal*, cit., p. 207.

323 POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., ps. 134-135.

324 BACIGALUPO, Enrique; *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. MARCIAL PONS, ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid-Barcelona, 2002, cit., p. 12.

Estos límites políticos que se trazaron normativamente desde la estructura estatal aludida, aún subsisten en el sistema político del Estado Constitucional de Derecho, que si bien pueden tener objeciones -más por su uso manipulador que por su legitimidad constitucional-, son en realidad trascendentes, a efectos de garantizar la libre actuación de los poderes del Estado, pues, un magistrado supremo o un congresista que se siente constantemente amenazado de ser denunciado, no podrá realizar su labor de forma efectiva y oportuna, de conformidad con el principio de legalidad y los intereses públicos que sustentan la finalidad del cargo.

El artículo 10' del CP, reza de la siguiente manera: "*La Ley Penal se aplica con igualdad. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales*"³²⁵.

De común idea con el precepto acotado, debe entenderse que las prerrogativas (inmunidades, inviolabilidades, indemnidades, etc.), no suponen vulneración alguna al principio de igualdad, pues éstas se fundan no en la persona sino en el *cargo público* que lo reviste de ciertos privilegios, comprendidos en el ámbito del «Derecho Público interno y en el Derecho Público Internacional».

Puede sostenerse -dice GARRIDO MONTT-, que no hay excepciones de índole personal respecto a la igual sujeción a la ley penal por todos los habitantes pero existen algunas situaciones de naturaleza funcional en que ello no sucede, que encuentran su fuente en el derecho internacional y en el derecho común, que persiguen el respeto de la soberanía de otras naciones o la seguridad del libre ejercicio de ciertas funciones públicas³²⁶. Se trata de una impunidad en razón de la función y no una verdadera inmunidad penal con relación a la persona³²⁷; la sustracción del individuo del ámbito de punición no se produce por obra de una circunstancia inherente a la persona del autor, sino de un privilegio de orden político -jurídico; por ello resulta importante aclarar, que la *prerrogativa constitucional del Antejudio o la Impunidad Parlamentaria, no importa un corsé de impunidad, si el Congresista da muerte a su cónyuge, debe ser perseguido y sancionado por el delito de Parricidio -de forma inmediata-, pero, si se le involucra en el delito de Peculado, debe ser enjuiciado previamente por sus pares del Congreso*.

En cuanto a su naturaleza jurídica, estas prerrogativas de la función pública no se fundan en elementos del injusto penal, sea de tipicidad o de antijuridi-

325 Así, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 61.

326 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, cit., p. 122; CARBONELL MATEU, J.C., cit., p. 187; NOEL COSTA, M./ BUTLER, E.R. cit., p. 210.

327 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 150.

cidad, tampoco en cuestiones de reproche individual (*Culpabilidad*), pues como se señaló líneas arriba, nada tiene que ver con las particularidades inherentes a la persona del autor.

Implican, en realidad, causas supresoras legales de punibilidad, una excusa absolutoria que se basa en fundamentos de la política jurídica del Estado, donde la salvaguarda de la función política de las máximas instancias del poder político se superpone a la debida aplicación de la Ley penal³²⁸.

Es decir, de una exclusión de pena sólo en relación a la persona del autor, pero que el hecho realizado es un injusto³²⁹, una exclusión de pena que se elimina cuando la persona cesa en el cargo público (a los cinco años, estipula la Constitución); por lo tanto, la exención de pena no se extiende a los partícipes (*instigador y cómplices*).

Dentro de estas excepciones importa distinguir nítidamente, las inmunidades de las prerrogativas procesales, escribe PEÑA CABRERA. Las inmunidades constituyen un privilegio cuya consecuencia es una limitación de la ley penal en relación a las personas. En cambio, las segundas son también privilegios, pero referidas al campo procesal y consisten en el establecimiento de ciertas condiciones, por ejemplo, el antejuicio político previo al procedimiento común³³⁰.

La «Inmunidad» tiene que ver directamente con la aplicación de la ley penal como reacción frente a la comisión de un injusto penal, que se instituye como una suerte de coraza frente al poder penal; mientras que las prerrogativas, inciden directamente en el ámbito de persecución penal como una Cuestión prejudicial.

En España, señala CARBONELL MATEU, que debe distinguirse entre inviolabilidades, que se corresponderían con las indemnidades alemanas, esto es, ausencia de responsabilidad penal respecto de los actos cometidos en el ejercicio de su función o cargo, e inmunidades, esto es, obstáculos procesales³³¹.

En Chile la inmunidad se encuentra prevista en el artículo 76 de la Constitución de los parlamentarios y de los miembros de la Corte Suprema y, la Carta Magna Argentina en su artículo 68° consagra la llamada inviolabilidad o indemnidad parlamentaria.

328 Cfr., Así, NOEL COSTA, M./ BUTELER, E.R., cit., p. 211: POLITOFF L., S. y otros, cit., p. 136.

329 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 102.

330 PEÑA CABRERA, R.; ob. cit., p. 150.

331 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., ps. 187-188.

2. INMUNIDADES BASADAS EN EL DERECHO PÚBLICO INTERNO:

2.1. Responsabilidad Penal del Presidente de la República

El Presidente de la República es el más alto funcionario del Estado, representa a la Nación y la personifica a la vez. En su alta investidura se encuentra reflejada la voluntad soberana del pueblo y los valores democráticos que emanan de la voluntad popular, que se incardinan armoniosamente en la estructura Republicana que acoge el texto *ius fundamental*.

En un Estado Republicano el Presidente no se encuentra revestido de la Inmunidad que gozaba el Rey o el Príncipe en las Monarquías Absolutas, que por su poder «omnicomprensivo» estaba por encima de todos y por lo tanto, por encima de la Ley. *Contrario sensu*, en un orden democrático de derecho, rige la separación de poderes, por lo que, el Presidente de la República no se encuentra totalmente inmune a la descarga sancionadora del Derecho penal.

Es de verse, que el Presidente de la República no puede ser perseguido ni sancionado penalmente, en el transcurso de su mandato, sólo a partir de ciertas excepciones que veremos más adelante y, una vez concluido su mandato presidencial o por haber sido suspendido durante el ejercicio de su alta investidura (Art. 114° de la CPE). Por tanto, no se acepta forma alguna de inviolabilidad para el Presidente de la República, quien está sometido a la ley penal, como cualquier ciudadano³³². Claro está, su investidura lo reviste de una inmunidad de carácter político, a fin de tutelar su digno y libre ejercicio.

El artículo 117° de la Constitución Política de 1993, establece que: "*El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su periodo, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral*". Por consiguiente, la posibilidad de que el Presidente de la República sea procesado judicialmente, se reduce a los injustos penales comprendidos en el precepto anotado, no pudiendo ser "acusado" por otros delitos que éste pueda cometer durante el ejercicio de la función pública.

Ahora bien, nos preguntamos lo siguiente: ¿De qué clase de «acusación» hace alusión el precepto constitucional, es una acusación constitucional o la acusación como fase previa al juzgamiento en el Proceso Penal? Parece que nos debemos inclinar por la primera opción, en la medida, que este precepto

332 POLITOFF L. S. y otros; ob. cit., p. 137; Así, PEÑA CABRERA, R.; cit., p. 150; NOEL COSTA, M./ BUTELER, E.R., CIT., p. 210.

debe interpretarse de forma sistemática con los artículos 99° y 114° de la Carta Magna³³³.

En el artículo 99° (*in fine*), se dispone que corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso al Presidente de la República; y el artículo 114° en su inciso 2) se establece que el ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por hallarse éste sometido a proceso judicial, conforme a los alcances normativos del artículo 117°. Se advierte conforme con estos preceptos una contradicción, pues, según el artículo 99°, cabría la posibilidad de acusar constitucionalmente al Presidente de la República por la presunta comisión de un injusto penal propio del deber funcional (delitos especiales propios), pero, por otro lado, el artículo 117° restringe esta posibilidad a los delitos que se contemplan en dicho articulado.

A nuestro parecer, debe primar la restricción del artículo 117°, pues, la *ratio legis* debe buscarse conforme a los fines perseguidos por la norma (justificación axiológica), en este caso revestir de un blindaje político al Presidente de la República ante persecuciones penales sin motivo justificado.

Como escribe PEÑA CABRERA la inmunidad presidencial tiene su justificación, en la elevada función que desempeña el Jefe de Estado, que no puede estar condicionada a pequeños obstáculos que interfieren el libre ejercicio de su mandato³³⁴. Luego el inciso 2) del artículo 114°, que contempla el proceso judicial, debe ser consecuencia de la acusación constitucional que genera la comisión de las ilicitudes descritas en el artículo 117°, por tales motivos, no podría afirmarse que la acusación de este dispositivo constitucional refiera a la acusación fiscal prevista en el artículo 225° del C de PP, en tanto, no tendría lógica y razón alguna, permitir que pueda investigarse al Presidente de la República en la etapa preliminar, luego someterlo a un procesamiento penal, para que toda la persecución penal cese en la culminación de la instrucción judicial (IP).

¿Qué sucede con el Presidente de la República si es denunciado por la comisión de delitos comunes, como una estafa o lesiones? En este caso, consideramos que debería seguirse el mismo tratamiento previsto en el artículo 93° de la Constitución para el caso de los Congresistas, a menos que se siga la postura más proteccionista, de que ante estos casos no se pueda realizar ningún tipo de actuación previa a la del Poder Judicial. Pongamos en el caso de un conyugicidio, sería absurdo que el caso finalmente se archive hasta que el Presidente cese en el cargo. Una posición de esta naturaleza puede condecirse con la inviolabilidad en los regímenes monárquicos pero, no es un Estado Republicano donde la justicia es un valor irrenunciable.

333 Así, CHIRINOS SOTO, Enrique / CHIRINOS SOTO, Francisco; *La Constitución. Lectura y Comentario*. Editorial Rhodas, Lima, 2006, cit., p. 304.

334 PEÑA CABRERA, R.; cit., p. 151.

En todo caso, si es que se advierten suficientes indicios de la comisión de un hecho punible, el Parlamento podría declarar la Vacancia de la Presidencia de la República, de conformidad con lo glosado en el artículo 113° de la Ley Fundamental, de este modo, el Presidente cesa en el cargo, quedando de esta forma desprovisto de la inmunidad presidencial, por lo que queda a merced de las instancias persecutoras del Estado como cualquier ciudadano, para ser procesado y juzgado penalmente.

Los hermanos CHIRINOS SOTO, señalan que tratándose de delitos que no sean de función, vale decir, de delitos comunes que el Presidente haya cometido o que existe muy verosímil presunción en ese mismo sentido, el Congreso podrá declarar la vacancia, recurrirá al artículo en comentario (*art. 114*)³³⁵, sin necesidad de juicio político³³⁶.

2.2. Responsabilidad Penal de los Ministros

Los Ministros de Estado detentan una responsabilidad individual y una responsabilidad dígame solidaria; la primera de ellas, a partir de sus propios actos, esto es, cuando su actuación pública es la plasmación de una conducta sólo atribuible al cargo funcional, en el caso, de la expedición de una Resolución Ministerial que da origen a una conducta delictiva, nombramiento ilegal de un funcionario público por ejemplo.

También los Ministros son responsables por los actos presidenciales que refrendan, de común idea con lo previsto en el artículo 120° de la Constitución, que sanciona con Nulidad los actos presidenciales que carecen de refrendación ministerial. En tal virtud, el Ministro será responsable de la expedición de un Decreto Supremo que da lugar a una infracción constitucional o la configuración de un injusto penal funcional.

Por otro lado, la responsabilidad solidaria da lugar cuando el Ministro concuerda o da su voto favorable, a una decisión emitida por el Presidente de la República o del Consejo de Ministros que importa la comisión de un delito, o violatorio de la Constitución o de las leyes, esto quiere decir, que es pasible de responsabilidad penal y de responsabilidad constitucional.

Dice el precepto que esta responsabilidad no se enerva aunque salve su voto el Ministro, a menos que renuncie de forma inmediata. A nuestro entender debería bastar con la salvedad del voto, pues, de esta forma se acredita su discrepancia del acuerdo adoptado en la PCM, pero, parece que la dignidad del cargo es más importante, por lo que amerita la renuncia del cargo.

335 Las cursivas son mías.

336 CHIRINOS SOTO, E. y otro; *La Constitución...*, cit., p. 298.

Ahora bien, tratándose de delitos comunes, cometidos por un Ministro de Estado, pues, parece que no le reviste de ningún tipo de inmunidad, por lo que responderá penalmente según las reglas aplicables a cualquier ciudadano y, no como sucede en el caso de los Congresistas.

2.3. Responsabilidad Penal de Congresistas:

a. Inmunidad Parlamentaria

En una democracia representativa, son los ciudadanos quienes a partir del voto libre eligen a sus representantes ante el Parlamento, conforme con el pacto social (estatutario) que importa la función legislativa.

Los Congresistas, entonces, representan los intereses del pueblo y ejercen su labor de conformidad con dicho mandato, a fin de orientar la política jurídica hacia el bienestar general. Siendo así, el Parlamento se constituye en una de las expresiones de mayor trascendencia democrática, de insustituible labor en el plano de la división de poderes y, como fuerza democrática que pone límites a la actuación del Poder Ejecutivo.

Conforme lo anotado, la labor Parlamentaria es una de las mas excelsas actividades humanas, que requiere ser revestida de una serie de protecciones a fin de cautelar su normal desenvolvimiento.

El artículo 93° de la Ley Fundamental, establece que los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación, quiere decir esto, que la actividad parlamentaria no está sujeta a control ni fiscalización por parte de otro organismo del Estado. En tal entendido, el Congresista no tiene que responder ante ninguna autoridad por los actos propios de su función legislativa, pues sólo responde ante sus electores -a los cuales representa-, cuando se presenta nuevamente en las urnas a fin de que los ciudadanos le renueven su confianza en la elección popular.

Seguidamente, el articulado en mención, dispone que los Congresistas, no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones. Sin duda, la labor parlamentaria debe ser inmune a las activaciones de los otros poderes o de la ciudadanía, que puedan perturbar su funcionamiento de acuerdo a los fines constitucionalmente atribuidos.

El legislador despliega dos funciones esenciales: de legislar y de fiscalizar la actuación de todos los funcionarios públicos y, para tal cometido debe emitir su voto y dar su opinión en tal o cual sentido, a partir de las discusiones que se abren en el Parlamento como una manifestación de índole democrática.

El Congreso se encuentra representado por una serie de fuerzas políticas, de cuyo interior, pueden converger discrepancias y consensos al momento de

aprobar una ley determinada, y sea cual fuere el destino del proyecto legislativo, la opinión dada por el Parlamentario no puede ser objeto de cuestionamiento, pues, es producto de la actividad que mayor libertad disfruta en comparación al resto de las funciones públicas.

Los legisladores con sus votos, muchas veces profieren juicios de valor, toman actitudes, gesticulan y una serie de manifestaciones, que en el calor de la discusión política muchas veces pueden caer en la ofensa, en la injuria, etc., cuya exención de responsabilidad penal se deriva de la naturaleza del cargo³³⁷. El bien jurídico protegido no es precisamente la persona del parlamentario, ni tampoco su libertad, sino sus opiniones o discursos como legislador³³⁸. El privilegio debe entenderse a partir de la relevancia del cargo, en cuanto a las bases fundacionales de un Estado Democrático de Derecho.

Empero, el privilegio anotado sólo adquiere vigencia, cuando las opiniones se profieren en el ejercicio propio de la función legislativa, en el calor y en el decurso del debate parlamentario; fuera del ámbito parlamentario, el Congresista debe guiar su conducta conforme al respeto hacia los bienes jurídico-personalísimos de los ciudadanos.

Si un Congresista interviene en una Comisión Investigadora, y fruto de su trabajo se desprende la concurrencia de indicios de la comisión de un delito por parte de un funcionario público y, éste en una entrevista periodística indica al funcionario como "delincuente" no estará amparado por esta exención de responsabilidad, en la medida, que dicha calificación desborda su ámbito de inmunidad parlamentaria, así como las expresiones injuriosas que pueda proferir en un ámbito social, cultural, etc³³⁹.

En un Estado de Derecho no se puede amparar el ejercicio abusivo de un derecho³⁴⁰, por lo tanto, los excesos en los cuales puede incurrir el Congresista no pueden ser amparados por dicha inmunidad, debiendo responder penalmente bajo los alcances del tercer párrafo del artículo 93°.

En todo caso se trata de una excusa absolutoria fundada en criterio de política general, haciéndola primar sobre la aplicación misma de la ley penal sobre todo aquel que cometa un injusto penal, pero, por otro lado, consideramos que la atribución de cualidades o la estimación de conductas en el marco de las opiniones del parlamentario, pueden ser comprendidas en el ámbito de las causas de justificación (ejercicio legítimo de un derecho).

337 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Los Delitos contra el Honor. Conflicto con el derecho a la información y la libertad de expresión*. JURISTA Editores, Lima, 2009.

338 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 152.

339 Así, NOEL COSTA, M./ BUTELER, E. R.; cit., p. 211; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., cit., p. 353.

340 Artículo II del Título Preliminar del CC.

Nos parece acertada la opinión que a este respecto esgrime ZUGALDÍA ESPINAR, al comentar que si bien la inviolabilidad parlamentaria (inmunidad) es vista como una causa personal como exclusión de pena, a fin de no hacerlo extensivo a los partícipes, la impunidad de todas las opiniones manifestadas por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones, es considerada una institución superflua y en crisis³⁴¹.

Puede que en algunos casos y, sucede muy a menudo, que la función parlamentaria sea utilizada como mecanismo de injuria y de difamación a fin, llevado por móviles políticos o dinerarios, que conducirían a una inexplicable impunidad del parlamentario corrupto y, sin admitir responsabilidad penal al tercero que indujo a esta conducta ilegítima del legislador. Por eso es preferible entender a la inviolabilidad parlamentaria como una causa de justificación (precisamente la de ejercicio legítimo de un derecho a la libertad de expresión y crítica) -expresa e innecesariamente legislada-, y sometida como tal causa de justificación, a las reglas generales que disciplinan -para todos los ciudadanos- las relaciones entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, o lo que es lo mismo, a las reglas que determinan hasta donde puede llegar con la libertad de expresión y crítica y a partir de donde se incurre en responsabilidad criminal sobre la base de los delitos de calumnia o injurias³⁴².

Esta última opción, nos parece la más adecuada a un orden democrático de derecho, pues no puede admitirse un debilitamiento significativo de la función *preventiva-tutelar* del Derecho penal, en cuanto a la protección de los bienes jurídicos más importantes para el ciudadano como el honor, ponderando su intangibilidad con los derechos de expresión y de opinión, lo que supone una restricción justificada del ámbito de permisibilidad de la actuación parlamentaria.

b. Inviolabilidad Parlamentaria

Todos los ciudadanos son susceptibles de ser sometidos a una persecución penal bajo las reglas de la ley procesal penal y de ser encontrados responsables ser pasibles de una pena estatal. Sin embargo, la Ley Fundamental a fin de tutelar la función parlamentaria, ha supuesto la procedencia de una excepción a la regla, cuando el autor o partícipe de un delito común es un Congresista. Así, lo ha establecido en el tercer párrafo del artículo 93°, al estipular que: *los Congresistas no pueden ser procesados ni presos, sin previa autorización del Congreso de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso de la Comisión Permanente*

341 Cfr., ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; cit., ps. 353-354.

342 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; ob. cit., p. 355; BACIGALUPO Z., E.; *Manual de Derecho Penal*. cit., p. 63.

dentro de las veinticuatro horas a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

Dicho lo anterior, se consagra una suerte de filtro político, para que el Congresista, que presuntamente ha cometido un delito común, sea efectivamente perseguido y sancionado penalmente por la justicia ordinaria.

La finalidad de esta norma es asegurar la libertad del ejercicio legislativo y, por ende, la eficiencia del mandato parlamentario³⁴³; de que la función congresal no sea obstaculizada o interrumpida por las denuncias penales que se interpongan contra sus miembros. La justificación axiológica no reside en la persona del Congresista, sino en razón del cargo *funcionarial*, en armonía con lo descrito en la Inmunidad parlamentaria.

Ahora bien, la inviolabilidad parlamentaria sólo rige, mientras dure la función congresal, hasta un mes después de haber cesado en el cargo. ¿Cuándo se produce la elección? Cuando luego del voto popular se produce el escrutinio de los votos por parte de la ONPE, y como resultado de dicha actividad el JNE declara oficialmente la lista de los Congresistas elegidos, que se materializa con la entrega de la credencial por parte de la máxima instancia en nuestro país del Sistema Electoral. A partir de dicho momento y no con la asunción efectiva del cargo, que se plasma en el juramento de honor que se realiza en el Pleno del Hemiciclo y que importa la instalación del nuevo Parlamento; cuestión distinta a saber, vemos en la posibilidad de inferir responsabilidad penal por el delito de Peculado o por el de Enriquecimiento Ilícito.

Siendo así, el Parlamentario no podrá ser procesado durante el ejercicio de la función parlamentaria, por lo que deberán suspenderse los procesos que se hayan abierto en su contra, los que podrán reanudarse ni bien el Congresista haya cesado en el cargo. En este caso se suspenden los plazos prescriptorios, de acuerdo a lo reglado en el artículo 84° del CP.

Conforme lo anotado, debe añadirse que la Inviolabilidad parlamentaria sólo rige en razón a los injustos penales que corneta el Congresista durante el ejercicio del cargo, los cuales no pueden suponer la infracción de deberes funcionales (delitos especiales propios), pues ante dicha hipótesis lo que procede es el «Antejuicio político» previsto en el artículo 99° de la Carta Política³⁴⁴. Por consiguiente, los delitos que haya cometido el Parlamentario antes de la elección popular, en principio no deberían ser comprendidos en este supuesto, en la medida, que la *ratio* de la inviolabilidad se deriva del cargo mismo, no de la persona. Si el Congresista cometió un delito de fe pública en concurso medial con un delito de estafa, debe ser tratado como un ciudadano común, pues fue

343 Vide., PEÑA CABRERA, R., cit., p. 153.

344 Así, CHIRINOS SOTO, E. y otro; *La Constitución...*, cit., p. 216.

bajo dicho estatus que perpetró el hecho punible. Extender los fueros esta inviolabilidad parlamentaria a dichos supuestos, importa la subversión de su sostén legitimador. Y parece que ésta es la tendencia mayoritaria en la actualidad, son más de uno los Congresistas que logran suspender los procesos penales ya instaurados en su contra o en fase de investigación preliminar, escudándose en una interpretación extensiva de este precepto constitucional, lo cual conduce a una puerta abierta hacia la impunidad. Sin embargo, en algunos casos, parece que el Congreso ha actuado con mayor rigurosidad, y ha procedido a suspender al Congresista "procesado" en sus funciones legislativas, hasta la culminación de la persecución penal, lo cual resulta justo a nuestro entender. De todos modos, debe regularse esta situación en el Reglamento del Congreso a fin de cautelar el principio de legalidad *penal*.

Finalmente, en caso de delito flagrante, cuando el Congresista es descubierto *in situ* en el lugar de los hechos con alguna evidencia u otro elemento que haga presumir la comisión reciente de un delito; cuando es aprehendido en las inmediaciones del lugar de su perpetración con el objeto material del delito o cuando es advertido en plena ejecución de su plan criminal (*iter criminis*). Ante tal supuesto, el Congresista deberá ser puesto a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las 24 horas de su detención policial, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad, en caso de ser positivo será puesto a disposición de las autoridades competentes; todo ello, sin perjuicio de las medidas disciplinarias de naturaleza administrativa que deba adoptar el Congreso. Empero, no consideramos acertado dejar en manos del Congreso o de la Comisión Permanente la suerte del Congresista, pues su destino debería ser ya de incumbencia directa del Poder Judicial y del Ministerio Público, en méritos a los principios de oficialidad, legalidad procesal y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal.

c. El Antejudio Constitucional (prerrogativa procesal)

El artículo 99º de la Constitución Política del Estado, reviste de un blindaje *pre-procesal*, a todos aquellos que ejercen los altos cargos públicos de la Nación, esto es, sobre ellos recae la prerrogativa del Antejudio Constitucional. Un juicio político previo a la instancia jurisdiccional penal, al cual es sometido el funcionario público por supuestamente haber cometido un injusto de carácter *funcionarial*; fungiendo este control político como una suerte de «Prejudicialidad administrativa».

Desde la época de las Monarquías Absolutas se fueron conformando ciertos límites al poder penal estatal, basados estrictamente en la investidura del cargo, como una especie de prerrogativa política. Es lógico que quien detenta el poder de forma omnímoda neutralice la aplicación del Derecho mediante la utilización política del cargo, como una forma de poner freno a las persecucio-

nes políticas, y por qué no decirlo, algunas veces para tender un puente de impunidad.

En el marco de estos controles políticos, se aparece el «Antejuicio Político», como un filtro de análisis jurídico, previo e indispensable, al cual hay que someter el hecho denunciado, *-supuestamente punible-*, para poder someter legítimamente al alto funcionario estatal a la persecución penal del Estado. Se manifiesta, entonces, como una especie de Prejudicialidad administrativa, como requisito previo, para pasar a una efectiva persecución del delito por parte de los órganos constitucionalmente encargados de dicha función.

En palabras de CAIRO ROLDÁN, el antejuicio consiste en la acusación que formula la Comisión Permanente ante el Pleno del Congreso, la cual, en caso de prosperar, habilita el inicio de un proceso penal en el Poder Judicial contra el funcionario acusado³⁴⁵. Y, esta etapa calificadora y, luego acusadora, si bien se permite el derecho de defensa del denunciado, no existe actuación de pruebas u otras diligencias susceptibles de poder desvirtuar categóricamente la acusación formulada; no comporta una etapa pre-jurisdiccional, como la investigación civil, en tanto el fuero parlamentario es una sede administrativa.

Se instituye un control político previo al control jurídico, legítimo según los principios rectores del Estado Constitucional de Derecho; control político que se orienta a proteger la función pública ante las posibles persecuciones de naturaleza política, de las cuales puede ser objeto el alto funcionario público.

Hasta lo anotado, no se proponen objeciones -sólo tal vez en el aspecto temporal³⁴⁶-; sin embargo, el legislador, que dio vida a la Carta Política de 1993, sobredimensionó sobremanera el poder político del Poder Legislativo, pues, tal como se expone en el artículo 99° de la Constitución, luego de formulada la resolución acusatoria por el Pleno del Congreso: el Fiscal de la Nación no tiene más opción que formular denuncia penal ante la Corte Suprema, y, de igual forma procederá el Vocal Supremo Penal al abrir la instrucción correspondiente. Por lo tanto, el carácter vinculante de la resolución acusatoria del Congreso es, sin duda, una excepción a la garantía de exclusividad jurisdiccional y, por tanto, muy opinable³⁴⁷.

En mérito a lo esbozado, podría decirse que la actual Constitución, sobrepone el Poder Político sobre el sistema jurídico, ejercido por los órganos que ad-

345 CAIRO ROLDÁN, Omar; *El antejuicio y la inmunidad*. En: diario "El Peruano". Suplemento de Análisis Legal. 18 de enero del 2005, p. 3.

346 En la medida, que según lo dispuesto en el artículo 99° de la Constitución, la prerrogativa se extiende hasta cinco años después de haber cesado la función pública.

347 SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; *El procedimiento penal por delitos contra la administración pública*. En: Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Jurista editores, Lima, 2002, cit., p. 335.

ministran justicia en nuestro país. Desde un plano valorativo, en *puridad* crítico, diremos que esta Constitución fue elaborada a partir de intereses estrictamente políticos, producto de un afán intervencionista de las instituciones públicas. De este modo se neutralizan injustificadamente, las funciones que constitucionalmente se le confieren -tanto al Ministerio Público como al Poder Judicial-; sobre todo, al Ministerio Público, quien como titular de la acción penal pública se le atribuye la potestad de calificar jurídicamente la *noticia criminis*, de conformidad con las evidencias probatorias, hasta este nivel formalmente adjuntadas (art. 159°, inc. 5 de la Constitución).

Muchas causas pueden caerse, por una pésima tipificación penal, que haya de formular el Congreso de la República, incidiendo en la imposibilidad de que el órgano persecutor pueda variar los términos de la imputación delictiva, con arreglo al Principio de Correlación entre la Acusación y la Sentencia, así como de los derechos de defensa y de contradicción, bajo las excepciones de la reglas previstas en el artículo 285°-A del C de PP y del artículo 374° del nuevo CPP. Aspecto en cuestión, que en algunos casos puede desencadenar intolerables impunidades.

El nuevo CPP, sentado sobre el modelo «Acusatorio», permite una salida, a dicho entrapamiento, al disponer en su artículo 450.6, que: *“La necesidad de ampliar el objeto de la investigación por nuevos hechos delictivos cometidos por el Alto Funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas, requiere resolución acusatoria del Congreso, a cuyo efecto el Fiscal de la Investigación Preparatoria se dirigirá al Fiscal de la Nación para que formule la denuncia constitucional respectiva. Si de la investigación se advierte que la tipificación de los hechos es diferente a la señalada en la resolución acusatoria del Congreso, el Fiscal emitirá una Disposición al respecto y requerirá al Vocal de la Investigación Preparatoria emita la resolución aprobatoria correspondiente, quien se pronunciará previa audiencia con la concurrencia de las partes. En este caso no se requiere la intervención del Congreso”*.

¿Cuáles son los injustos penales, que han de ser sometidos al Antejuiicio Constitucional? En principio, aquellas figuras delictivas, que manifiestan un ataque a la «Administración Pública», como bien jurídico tutelado en el Título XVIII del CP, donde el disvalor del injusto reposa precisamente, en el *prevalimiento del cargo funcional*, como son los delitos de infracción de deber como el Abuso de Autoridad, Peculado, Concusión, Malversación de Fondos, Colusión ilegal, etc., así como aquellos glosados en el Capítulo III de la misma titulación, afectando al majestad de la Administración de Justicia, como el delito de Prevaricato y la Denuncia Calumniosa.

La frase: «Delito en el ejercicio de sus funciones», parece no agotarse, con los hechos punibles mencionados, en la medida, que en el marco de una actividad funcional, como de Ministro de Estado, se puede también ordenar la

realización de delitos comunes, como las Lesiones, Homicidios, Secuestros, Daños, etc.; inclusive, no pueden descartarse, aquellos configurados como «Delitos de lesa humanidad» - Título XIV-A del CP. Lo importante a todo esto, es acreditar que el *injusto penal*, haya tomado lugar en el decurso de la actuación *funcionarial, en razón del cargo público* encomendado al funcionario público.

d. La infracción de orden «constitucional»

La contravención³⁴⁸ de artículos constitucionales, o infracción de disposiciones constitucionales, importa una figura de carácter esencialmente política, que forma parte de los mecanismos de control político que le corresponde ejercer exclusivamente al Congreso, frente a los actos realizados por funcionarios del más alto rango en violación de la Constitución Política del Estado, alejándolos obligadamente de la vida pública, para así preservar al Estado y a la confianza en que se funda la legitimidad de sus instituciones; asimismo, resulta necesario precisar que: resulta “independiente de los ilícitos penales que puedan cometer los funcionarios a los que se refiere el artículo 99° de la Carta u otros que en el futuro sean incluidos en la lista”.

Atañe fundamentalmente a “faltas políticas” o “contravenciones que no constituyen delitos” y, en consecuencia, dan lugar a sanciones políticas antes que propiamente punitivas, pues como se dijo, pretenden separar del cargo al funcionario que irrespete la Constitución y las leyes, (...) Por el contrario, la denuncia por los delitos de función que los altos funcionarios puedan cometer se encuentra ligada a los bienes jurídicamente protegidos por el Código Penal³⁴⁹.

Por consiguiente, la denominada “Infracción a la Constitución”, es una figura jurídica que no constituye un injusto previsto y sancionado en el Código Penal, sino que constituye una falta política, en virtud de la cual el Congreso de la República sanciona políticamente, únicamente a los altos funcionarios del Estado comprendidos dentro de los alcances del artículo 99° de la Constitución.

3. EXCEPCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Las normas que se desprenden de este ámbito de la normatividad internacional, determina ciertas excepciones a la aplicación de la ley penal nacional en el marco de su soberanía territorial, basadas en ciertas prerrogativas y en determinados estatus funcionales, y son los siguientes:

348 Contravención: “f. Acción y efecto de contravenir, infracción”. (SINONIMO. V. Desobediencia). Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse. París, 1988. p. 270

349 Autores varios. La constitución comentada: Análisis artículo por artículo. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Primera edición. Lima, 2005. cit., ps. 131-132.

- a. Los Jefes de Estado, son los gobernantes de las Naciones amigas, quienes representan a sus respectivos países como emisarios plenipotenciarios, de acuerdo a los máximos poderes que se derivan de su alta investidura. El artículo 279° del Código de Bustamante, declara exentos de las leyes penales de cada Estado contratante a los Jefes de otros Estados que se encuentren en su territorio. Exención basada en una suerte de prerrogativa que recae sobre la representatividad máxima de una Nación soberana, que supone a la vez, el fortalecimiento de las relaciones diplomáticas con el resto de países de la urbe. La exención como es de verse en el artículo 7° del Tratado de Montevideo de 1940, se extiende a la comitiva del Jefe de Estado y a los miembros de su familia.

El CP de 1991, concede una protección penal a dicha Inmunidad, a partir de los alcances normativos del artículo 335°, que reprime a aquel que viola las inmunidades del Jefe de un Estado o de algún agente diplomático, o ultraja en la persona de éstos a un Estado extranjero, o arrebatada o degrada emblemas de la soberanía de una Nación amiga en acto de menosprecio.

La tipificación penal anotada, es un manifiesto del alto nivel de tutela que recibe por parte del Estado peruano, la máxima investidura de una Nación extranjera.

- b. Los Representantes Diplomáticos de un País Extranjero, si bien no ostentan el mismo nivel de un Jefe de Estado, son personas que reciben el encargo de representar a una determinada Nación en nuestro país, por lo que se les concede también una Inmunidad, que se traduce en la imposibilidad de que les alcance los derroteros de la Ley penal nacional.

El artículo 298° del Código de Bustamante, declara inmune de las leyes penales a los representantes diplomáticos de los Estados contratantes de cada uno de los demás, así como a sus empleados extranjeros y a las personas de la familia de los primeros que vienen en sus compañías. La regla comprende a los Embajadores, Ministros Plenipotenciarios o Encargados de Negocios, Secretarios de Misión, Agregados o miembros de la familia del representante diplomático³⁵⁰; mas debe entenderse, que esta Inmunidad no importa una puerta abierta a la impunidad, en el sentido de que tengan una carta abierta hacia el delito.

La protección penal de los funcionarios antes anotados, encuentra correlato en el artículo 335° del CP.

- c. Tropas Extranjeras en el Territorio, en muchas oportunidades tropas de Naciones extranjeras se estacionan en el territorio patrio a fin de cumplir

350 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, cit., p. 155.

una serie de misiones, con arreglo a los Tratados y Convenios sobre la materia; misiones conjuntas que se comprenden en objetivos bilaterales o multilaterales, dependiendo de la envergadura del asunto de índole internacional; puede también que la estancia sea pasajera, en razón de tránsito, abastecimiento, equipamiento, etc., siempre con el consentimiento de las autoridades nacionales.

El artículo 299° del Código de Bustamante determina que tampoco son aplicables las leyes penales de un Estado a los delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares cuando autorice el paso por su territorio de un ejército de otro Estado contratante. Por consiguiente, la exención normativa, debe comprenderse al marco estricto de las operaciones militares, al ejercicio mismo de la misión encomendada, pues si el soldado rebasa los parámetros señalados y de forma individual o colectiva vulnera bienes jurídicos, no gozará de dicha Inmunidad de alcance internacional.

Igualmente, el art. 7° segundo párrafo del Tratado de Montevideo de 1940 declara la vigencia de los principios del Derecho Internacional para miembros de un cuerpo de ejército, cuando el delito haya sido cometido en el perímetro de su sede y tenga relación legal con dicho ejército³⁵¹.

351 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. cit., p. 156.

CAPÍTULO VI

LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Sumario: 1. Generalidades. 2. A modo de conclusión.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

El hecho delictivo no puede ser contemplado desde un plano estrictamente normativo, desde los renglones formales de la ley, conforme a una posición de pura hermenéutica jurídica; en la medida, que el delito importa una manifestación social, un producto sociológico, que toma lugar a través de las diversas actuaciones de los comunitarios.

Estamos frente a un fenómeno humano, que si bien es recogido por el legislador, para darle una configuración delictiva (*normativa*), no por ello pierde su esencia ontológica, natural; de manera, que la visión empírico-causal del hecho punible, es objeto de estudio por la «Criminología»; ciencia natural y humana, que nutre a la política criminal de aquellos datos e informaciones, que resultan esenciales para proceder a la penalización o despenalización de ciertas conductas. Son los «comportamientos socialmente negativos», los que envuelven el objeto de esta ciencia, no sólo desde su aspecto consecucional y experimental, sino que se encamina a hurgar sobre todos los factores que desencadenan dichos comportamientos; en cuanto a las deficiencias estructurales de la sociedad, que anidan en la generación de conflictividades sociales a su vez, en los procesos del propio sistema para canalizarlos, neutralizarlos y examinarlos.

El parangón *criminológico*, como lo queremos llamar, comporta una postulación que desborda un plano empírico o, si se quiera explicativo del fenómeno criminal, para adentrarse en un discurso más comprensivo del estado de la cuestión, que pueda incidir en la conformación de una visión científica lo más cercano a la realidad conductiva, que nutriéndose de las ciencias de la psicología, psiquiatría, de la antropología y de la sociología, permita construir

conceptos que coadyuven la labor de la política criminal, por tanto, del *Derecho penal*, en cuanto a la integración de un Sistema Penal, cuyo plataforma sea la dignidad de la persona humana así como la búsqueda de fórmulas adecuadas para prevenir la delincuencia en todas sus manifestaciones.

Ni una Criminología puramente «etiológica» ni una solamente «sociológica», requerimos de una ciencia criminológica que pueda comprender todos los aspectos que generan la producción de conductas delictivas.

La conciliación del factor «social» con el «normativo», supone sistematizar el Derecho penal con la Criminología, encaminando la orientación, a la construcción de una normatividad, que en esencia pueda lograr los objetivos preventivos, pero a su vez, sometidos a los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, según los valores de un orden democrático de derecho.

Para Silvestroni, la criminología en la actualidad ha de ser concebida de la siguiente forma: a) preponderantemente es un conjunto de opiniones políticas sobre la sociedad particular; b) incluye explicaciones empíricas sobre esos mismos tópicos; y c) en sus vertientes más avanzadas e ingenuas tiene como pretensión conceptualista y totalizadora de claro corte autoritario³⁵². En cambio para ZAFFARONI y otros, la criminología es la serie de discursos que explicaron el fenómeno criminal según el saber de las corporaciones hegemónicas en cada momento histórico³⁵³.

Es de verse que con los estudios la «Criminología Crítica», la ciencia criminológica dio un vuelco copernicano en su objeto de estudio, siendo que en el comienzo de la criminología clásica -en sus tres vertientes científicas- circunscribió el estudio de la criminología en investigar los factores y elementos que inciden en el individuo delincuente y que finalmente lo determinan a cometer actos delictuosos. Las ideas que han orientado las diversas teorías criminológicas se han producido siempre como consecuencia de los cambios y mutaciones acaecidas en los diferentes contextos histórico-culturales. En general, puede señalarse que la irrupción de las propuestas críticas en criminología fue provocada por acontecimientos que revelaban profundas contradicciones en el seno mismo de la sociedad.

Esta postura ideológica no viene sino a sintetizar los postulados del *labeling approach* con los de la teoría sociológica de conflicto, esta nueva ideologización del saber criminológico se orienta fundamentalmente a criticar al derecho penal, pues, esta rama del saber jurídico viene a constituirse como una especie de instrumento al alcance de los poderosos, al definir como «delitos», algunos comportamientos que se desarrollan únicamente en las capas sociales más po-

352 SILVESTRONI, M.H.; *Teoría Constitucional del Delito*, cit., p. 99.

353 ZAFFARONI, E.R. y otros; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 150.

bres. Según estas últimas, el delito no tiene lugar como tal en la realidad, sino que surge por medio de una atribución de *status* criminal³⁵⁴. Consecuentemente, el derecho penal es un arma de represión, opresión y de pura subordinación, que en definitiva sólo ha servido para reforzar la vigencia de la dominación de unas clases sobre otras, por ende, el derecho positivo así concebido vulnera el principio de igualdad y la justicia de un orden social democrático.

Si bien es cierto que la criminología crítica -como pensamiento doctrinal- irrumpe en Norteamérica y en Europa, no pasó mucho tiempo para que Latinoamérica sea contagiada con esta nueva corriente criminológica. Interesante se presenta la evolución de la criminología en América Latina, precisamente en los ámbitos donde tuvo su originario y veloz crecimiento y donde, por imperio de las fuertes demandas sociales o por flujo de la coyuntura internacional que impuso la II Guerra Mundial, se había agotado el modelo de equilibrio social.

La aparición en la superficie de las agudas tensiones y conflictos que provocaba este nuevo contexto situacional, por un lado, y la aparición de nuevas fenomenologías criminales originadas por la irrupción de la sociedad Post-industrial y urbanización, provocaron paralelamente crecientes exigencias de control social por parte del colectivo social. Surge así la pequeña y mediana criminalidad, que extiende su ámbito operativo en las grandes ciudades y en los barrios marginales -donde se concentran grandes masas poblacionales-; del mismo modo, con la irrupción de los grandes emporios económicos, que se expresa en la constitución de empresas nacionales y transnacionales, surge una criminalidad "blanca" o de "cuello blanco" (*white collar crimes*) compuesta por individuos altamente calificados, que instrumentalizan esta unidad orgánica económica para perpetrar una serie de ilícitos penales: «Derecho Penal Económico o de la Empresa»³⁵⁵.

Con la denominación de "radical" o "crítica" se conoce a la orientación que, abandonando el llamado "paradigma etiológico" esto es, la explicación clásica de la criminalidad como un fenómeno individual, debido a razones antropológicas o sociales, propia de la "criminología positivista", pasa a centrar su análisis en el sistema penal, en tanto que generador de criminalidad ("paradigma de control")³⁵⁶.

354 LASCANO, Carlos Julio; *Evolución histórica de las ideas penales*. En: Derecho Penal. Parte General. Carlos Julio Lascano (h) - Director. Córdoba, 2002, cit., p. 95.

355 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 241-244.

356 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, cit., p. 19; Así, LASCANO, C. J. *Evolución histórica...*, cit., p. 92.

BARATTA, principal representante de esta postura, formuló su crítica al derecho positivo desde la perspectiva de un derecho penal mínimo, para quien el punto de partida de su propuesta, es la radical injusticia e inutilidad de la pena, cuya función sería la reproducción de las clases de dominio preexistentes, recayendo fundamentalmente sobre las clases subalternas³⁵⁷.

A partir de estos postulados, BARATTA ha pretendido configurar una minimización del Derecho penal a partir de un constructivismo que ofrecen los derechos humanos en razón de una visión conflictiva del sistema social. Para este autor los derechos humanos pueden ser al mismo tiempo objeto y límite de la ley penal en una estrategia minimalista.

En tal sentido, se propugna que el proceso de criminalización se someta a la protección de las estructuras lógico-objetivas, a la tutela de la dignidad y de los valores fundamentales del ser humano; de esta forma, se evita la penalización de conductas que sirvan únicamente como atribución de un determinado *status* social, de ahí parten entonces las injusticias del sistema penal. BARATTA propone una división del delito en dos planos a saber: -diferenciando en delitos "naturales" y delitos "artificiales"; delitos Naturales son aquellos que atentan contra los valores e intereses que son percibidos como naturales, como universales en la conciencia de los ciudadanos normales, mientras que los delitos Artificiales, son aquellos que vulneran un determinado orden político y/o económico, que son castigados para su mantenimiento y estabilización.

Conforme lo anotado, se concibe al crimen como una cualidad ontológica (los primeros, al ser inherentes a las propias estructuras de la sociedad y del hombre, propiedad inmutable y histórica de la sociedad); mientras, que los segundos (artificiales), son creaciones legales producto de una selectividad socio-política, que es usada por el Derecho penal a partir de la construcción semántica de las normas. Los bienes jurídicos protegidos son valores e intereses fundamentales -tanto para el individuo como para la sociedad- estos bienes permiten el desarrollo de la personalidad del individuo en un ambiente de libertad y asegura su participación en los diversos procesos sociales.

Es sabido, que la criminalidad no es una cualidad ontológica, sino la normativización de las relaciones sociales concretas; la necesidad de tutela jurídico-penal parte de una definición sociológica que se sostiene bajo una información empírica, esto quiere decir, la norma jurídico-penal viene a recoger un referente sociológico. Y este proceso es dinámico, conforme se van configurando nuevas

357 BARATTA, Alessandro; *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland* (Investigación Criminológica en los años ochenta. Información sobre el proyecto de la República Federal Alemana). Freiburg, 1988, ps. 513 y ss.; Así también, en su obra *"Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal"*. Traducción de Alvaro Bünster, Siglo veintiuno editores sa, de cv, lera. Edición. Argentina, 2002.

relaciones sociales, se propicia muy a menudo nuevas formas de criminalidad que deben ser ingresadas al campo definitoria por parte del legislador.

Desde la perspectiva de la Criminología Crítica, frente a la actividad legislativa, es que se castigan los actos más graves, los que ponen en real peligro la subsistencia del sistema social, aunque cuestionaban algunos delitos, como los denominados "delitos sin víctima", donde la tipificación viene en función del etiquetamiento social, donde el delincuente es instrumentalizado para cohesionar el sistema social a partir de una ideología penal oficial.

Dicho de otro modo: *-puede que el delito en realidad no suponga una verdadera afectación a determinados valores fundamentales, sino, que presuponen la necesidad de garantizar la preservación del status político imperante.*

Consecuentemente, los criminólogos críticos combinan la teoría de la reacción social con la del conflicto; la crítica que se alza contra el Derecho penal, presupone una reacción social contra una actividad que fomenta un sistema social injusto y de inequidad social; lo que en realidad se centra y se focaliza sobre el sistema formal, sobre la forma y los procedimientos de aplicación de la ley penal. Así las cosas, se impone una transformación del modelo de sociedad como única vía real y profunda de eliminación de la criminalidad.

Pero en todo caso, afirma SILVA SÁNCHEZ, de ahí se sigue la necesidad de prescindir del sistema penal en que nos movemos, ineficaz, selectivo y criminógeno³⁵⁸.

La «Criminología Crítica», entonces, conduce inevitablemente al "abolicionismo", de eliminar la pena por ser ilegítima e injusta. Los reparos sobre esta pretensión son irrefutables, desde décadas atrás, se ha definido la insustituible labor del Derecho penal, ante una realidad que revela un individuo de por sí imperfecto, cuyas deficiencias se plasman en focos de conflictividad social; suprimir el Derecho penal supondría dejar indefensos a los ciudadanos, sustituyendo el orden estatal pero el libre albedrío de los individuos, lo que en otras palabras el caso y la anarquía conllevaría indefectiblemente a la destrucción del hombre por el hombre, a dejar de lado la fuerza imperativa de la ley, por la fuerza física de los más fuertes, algo inconcebible e intolerable, en todo sistema social que aspira a un mínimo de convivencia social pacífica. Parafraseando al famoso penalista español Gimbernat, diremos que la pena es una «amarga necesidad», que una Sociedad prescindiese de ella tendría sus días contados. Porque es esto –y solo esto– lo que justifica la potestad penal del Estado es un abuso de derecho la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa de una pena (e innecesaria quiere decir aquí:

358 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., ps. 19-20.

cualquier excedente de pena)³⁵⁹. O como expone, ROXIN, la solución a favor del control del crimen frente a las reglas impuestas por la Justicia y garantizadas estatalmente, borraría los límites del Derecho y el injusto, invitaría a tomarse la justicia de propia mano y de esta forma arrasaría con la paz social.

Finalmente tampoco se ve claro cómo debería poderse reaccionar sin un Derecho penal estatal de forma contundente y eficaz frente a delitos contra la colectividad (como en infracciones contra el medio ambiente o la hacienda pública u otros delitos económicos)³⁶⁰.

La misión tutelar del Estado de Derecho sobre bienes esenciales de los individuos, particularmente su vida, incolumidad física y libertad, hará necesario el mantenimiento del sistema penal (no obstante las dudas sobre su eficacia y legitimidad, inherentes a la "mala conciencia" del buen jurista) para afrontar todos aquellos casos no abordables, por ahora, de otro modo³⁶¹. En un orden social regido por el Derecho y la razón, la pretensión de abdicar en la función tutelar de bienes jurídicos, significaría renunciar a las propias bases existenciales de la sociedad.

La Criminología Crítica asume la posición de que los miembros de determinadas clases socio-económicas imponen siempre su voluntad legislativa. Pero, tal como argumentamos en líneas precedentes, los preguntamos lo siguiente: ¿No siempre la actividad legislativa, en concreto, la política criminal, presupone un conflicto de intereses, y, este conflicto no es acaso un derivado de una normal actividad democrática? Obviamente, sucede que a veces, esta legislación de cuño, sólo viene a enfatizar los intereses de determinados grupos sociales o políticos, que pretenden una reivindicación social a partir de las funciones cognitivas que despliega el derecho penal, que viene a constituir un Derecho Penal Simbólico; fenomenología que implica la vulneración de determinados principios del derecho penal democrático, así como una lectura equívoca de los datos sociales proporcionados por la ciencia criminológica.

Lo que pretendemos decir en todo caso, que la crítica, *legítima que se pueda alzar sobre el sistema punitivo*, en lo que respecta a los procesos de selectividad y graduación de los procesos de penalización, que vienen a contravenir los principios jurídico-constitucionales de un Derecho penal democrático, *nos referimos a la legalidad y a la igualdad de los ciudadanos frente a la ley*, importan deficiencias de los operadores jurídicos, de la perversión del sistema legal, por quienes ejercen el poder político criminalizador; *empero, eso no tiene nada que ver con el Derecho penal, como medio de control social formal del Estado*,

359 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, cit., ps. 28-29.

360 ROXIN, Claus; *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, cit., p. 340.

361 POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., ps. 47-48.

como único mecanismo legitimado para preservar la coexistencia pacífica de los ciudadanos. Las falencias del sistema legal de aplicación del Derecho penal así como su utilización subversiva por quienes detentan el poder político, no puede significar postular ideas trasnochadas y poco analizadas, pues a la postre, se estaría reemplazando el Derecho penal, por cualquier tipo de violencia, desencadenando más violencia y arbitrariedad, lo que precisamente pretende evitar el derecho punitivo.

Como bien se dice en la doctrina, los abolicionistas son conscientes de que la lógica que conduce la violencia delictiva y punitiva es propia de la naturaleza humana, pero tienen la aspiración secreta de modificarla. Saben que el hombre actual no puede responder a otra lógica, pero creen que un hombre nuevo podría estar en condiciones de hacerlo³⁶².

La ciencia del Derecho penal, la *dogmática jurídico-penal* es el método de la razón, de las ideas que se construyen en la meditación de las resoluciones, que los operadores jurídicos han de emplear en los casos concretos, para evitar la arbitrariedad, para difundir un mensaje de seguridad jurídica hacia el resto, donde los derechos de todos sean respetados, tanto del autor del hecho punible, como de la víctima ofendida como consecuencia de la conducta criminal. Todo lo demás es cualquier cosa, menos *Derecho penal*, cuando las decisiones políticas contaminan y corroen las bases legitimantes del sistema.

Así se dice en la doctrina más reconocida, que el Derecho Penal es la *rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho*³⁶³.

2. A modo de conclusión

El discurso de la criminología crítica se focaliza en la denuncia del carácter selectivo y discriminatorio del Derecho penal, sin establecer pautas de configuración a partir de un sistema explicativo; el discurso programático se orienta únicamente a la crítica de un determinado estado de cosas, sin profundizar en cuáles deben ser los cambios que permitan precisamente establecer pautas de definición legítimas. En concreto, cuál debe ser la función valorativa que el saber criminológico debe impregnar al Derecho penal, finalmente para poder construir un orden social más justo.

362 SILVESTRONI, M.H.; *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 51.

363 ZAFFARONI, E.R.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 24.

Observamos, que se elabora toda teoría crítica del control social formal, mas sin establecer pautas para una criminología valorativa; el objeto de estudio de la criminología no se limita a delimitar criterios de crítica, sino de fomentar el estudio por las causas de la criminalidad, por el análisis de los protagonistas del conflicto (víctima-victimario), y, por coordinar modelos de prevención social.

A nuestro entender no sólo interesa saber cuáles deben de ser las conductas humanas que merecen ser alcanzadas por la sanción punitiva, esto es, por una pena, sino cuál debe ser la estrategia social para prevenir la comisión de estas conductas, para delinear modelos de prevención al fenómeno delictivo.

En cuanto, al poder criminalizador selectivo, ZAFFARONI apunta, que en realidad tiene mayor poder selectivo dentro del sistema penal la policía que el legislador, pues ésta ópera más directamente sobre el proceso de filtración del sistema³⁶⁴; y esto es así, puesto que la *criminalización* no se efectiviza en realidad con la sanción de la norma, sino, con la aplicación del poder represivo por parte de las agencias estatales, cuando aquéllas hacen uso de ese poder de acuerdo con un criterio selectivo.

En países como el nuestro, es la policía quien interviene en primera instancia ante la supuesta comisión de un hecho punible, y, esta intervención se produce en la configuración de la criminalidad convencional, del delincuente marginal: el asaltante, el carterista, etc. Sin embargo, esta actuación represora se produce también en meras conductas desviadas o antisociales, el vagabundo, la prostituta, el mendigo, los manifestantes, etc.; la actuación de aquéllos provoca muchas veces la intervención de la policía sin haber cometido un hecho que pueda ser definido como delito, lo que en definitiva viene a suponer una afectación al principio de igualdad constitucional. Es decir, el problema no radica en la formalización del Derecho penal, sino en que las garantías materiales sólo son respetadas en un determinado tipo de delincuentes.

En resumen, los criminólogos críticos interpretan que el consenso social es el resultado de los mecanismos de dominación e imposición de valores que son dirigidos por la clase burguesa, la cual está claramente comprometida en la dirección del sistema productivo capitalista³⁶⁵; por lo tanto, de esta proposición se desprende que la criminología crítica se encuentra fuertemente influenciada por una ideología marxista, pues, el Derecho penal vendría a constituirse en una fuente de dominación de las clases poderosas hacia las clases o estratos sociales más bajos.

364 ZAFFARONI, E. R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. Con la colaboración de Alejandro Aliaga y Alejandro Slokar. Ediar (Sociedad anónima, editora, comercial, industrial y financiera). Buenos Aires, 2000, cit., p. 105.

365 FIGUEIREDO DOMÍNGUEZ, J. L.; *Sociología jurídico-penal y actividad legislativa*, cit., p. 258.

De ninguna manera se puede sostener que el crimen es producto exclusivo de las clases dominadas, y que la dialéctica de la sociedad explica la conducta desviada, en mérito a los postulados filosóficos de la teoría marxista.

El sistema social es cierto provoca determinadas estructuras desigualitarias, que inciden sobre la generación de focos de conflictividad social, pero, el hecho delictivo es una realidad concreta, desconectada a veces de las relaciones antagónicas de las clases sociales.

El delito no deja de ser un comportamiento normal y susceptible de ser cometido por cualquier clase de individuo, verificable en cualquier Estado y sociedad, lo propugnado por esta teoría provoca un divorcio entre la criminología y el Derecho penal, al proporcionar datos sociales sesgados y parciales de la realidad social.

Finalmente, puede decirse que es profesamente crítica, mas no valorativa, en cuanto su incapacidad de proponer verdaderas reformas político-criminales que tiendan a la configuración de un modelo de control social más justo y acorde a los postulados de un orden democrático de derecho, es decir, sólo es capaz de criticar el *statu quo* vigente, mas no de proponer el modelo deseado.

Conforme lo anotado, mientras los llamados *abolicionistas* no nos presenten una alternativa mejor al *Derecho penal*, *hemos de renunciar y rechazar todo intento de sustitución, pues a nuestro parecer la dogmática jurídico-penal —como ciencia y método—, es la única herramienta que puede garantizar los derechos fundamentales y así actuar como mecanismo de interdicción a toda manifestación de arbitrariedad estatal.*

CAPÍTULO VII

TEORÍA GENERAL DEL DELITO

PARTE INTRODUCTORIA

Sumario: 1. Conceptos Generales. 2. Función Objetiva o Formal. 3. Derecho de Penar (ius puniendi). 4. Disciplina Científica. *a. Parte General. b. Parte Especial.* 4.1 *La Dogmática Jurídico-Penal.* 4.2 *Política Criminal.* 4.3 *Teoría General del Delito.* 4.4 *Las Escuelas del Saber Jurídico-Penal.* 4.5 *Teoría del Bien Jurídico.* 4.6 *Derecho Penal del Acto.* 4.7 *Derecho Penal de Autor.* 4.8 *Delito. Niveles de Imputación.* 5. Conclusiones.

1. CONCEPTOS GENERALES

El Derecho penal importa 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»³⁶⁶.

366 En palabras de VON LISZT "El Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la persona, como legítima consecuencia". Mediante tal acepción, las medidas de seguridad no formaban parte del Derecho penal sancionador. Para el Positivismo, las Medidas de Seguridad como con-

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 estaría usurpando una función que sólo le compete a la majestad del Parlamento.

Sólo 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

secuencia jurídica de la infracción de la norma punitiva, detentaba una naturaleza sancionadora extrapenal. VON LISZT concebía que la extensión de la pretensión punitiva del Estado a otras situaciones que se caracterizaban por no ser reprochables al autor y que procuran únicamente la adaptación del individuo a la sociedad o la exclusión de la misma a los no readaptables no podía tener el mismo fundamento que la pena, pues las medidas de seguridad presuponen la peligrosidad del autor, y las penas presuponen la culpabilidad del autor. Desde que CARL STOOS propuso en 1894 en el Anteproyecto de Código Penal suizo un sistema doble de consecuencias jurídicas del delito, unas condicionadas por la culpabilidad del autor y otras que no presuponen dicha culpabilidad, se habla de sistema "dualista" o de "doble vía", queriéndose subrayar con esto que, junto a las penas, el sistema prevé también medidas de seguridad y corrección. En: BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1996, p. 17.

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 sistemas³⁶⁷.

La inflación del Derecho penal obedece a la enorme presión que los grupos mediáticos de presión ejercen sobre el legislador, asignándole tareas que van más allá de las legitimadas por la Ley Fundamental. Lamentablemente, un legislador muy proclive a satisfacer la demanda social, termina por acoger esta demanda criminalizadora, con la consiguiente pérdida de legitimidad y de eficacia de la norma jurídico-penal; máxime en coyunturas electoreras, con el afán de ganar más adeptos en las urnas de votación.

Por otro lado, el carácter social del delito se manifiesta en su propia materialidad, en cuanto 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*

367 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta. Madrid, 2003, cit., p. 75.

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 a saber:

2. 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 éste 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 (...)³⁶⁸; 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

368 CARBONELL MATEU, J. C.; *Derecho Penal*. cit., p. 45.

supone la frustración de un plan pre-concebido 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 al «Comunitarismo Social», que tiene como base la racionalidad de las normas en cuanto a los fines que persigue el Derecho penal.

En que ello atañe, 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.

Por ello, dice RUDOLPHI, la finalidad inmediata de las directivas jurídicas de comportamiento es siempre la omisión o realización de una determinada conducta humana³⁶⁹.

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 resultados³⁷⁰.

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

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

370 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 120.

perseguido (esto es, para la protección de bienes jurídicos como la integridad física, la vida, la libertad, etc.)³⁷¹.

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*.

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-.

Ahora bien, el tipo penal en la determinación de la conducta prohibida ejerce una función de motivación y de garantía; pero la norma de sanción ejerce otra función, la de incidir negativamente en la predisposición de los individuos hacia el crimen, de neutralizar los impulsos delictivos mediante la amenaza o el temor a la sanción (coacción psicológica). La inhibición de los frenos delictivos importa la disuasión, la amenaza que es interiorizada por los receptores del mensaje, determinado su abstención delictiva (*prevención general negativa*).

De todos modos, el principio de legalidad no sólo irradia la concreción de una norma bajo el mandato de estricta legalidad (*lex certa, lex stricta*), sino que también penetra en el ámbito de la sanción proscribiendo las penas indeterminadas y aquellas que no cuentan con un grado mínimo.

En el ámbito de las corrientes funcionalistas del Derecho penal, se ha asignado a las normas jurídico-penales la función de restablecer el reconocimiento fáctico del orden jurídico, en cuanto validez que ha de desplegar efectos

371 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..., cit., ps. 95-96.

cognitivos hacia la sociedad, para el mantenimiento del orden social y de la paz social. La norma de sanción se dirige directamente a reforzar la idea de que la valoración subyacente a la norma de conducta sigue siendo correcta. Este refuerzo, agrega FREUND, por parte de la norma de sanción resulta necesario porque la infracción de la norma es vista como un serio cuestionamiento de su vigencia y, si no se quiere correr el riesgo, aunque sea sólo a largo plazo, de que dicha vigencia acabe por decaer, la infracción de la norma no puede quedar sin respuesta³⁷².

De hecho, que la vigencia de la norma de conducta es cuestionada –por el sujeto infractor de la norma-, y su restablecimiento está condicionado a la efectiva sanción del agente infractor, pero los fines valiosos del Derecho penal van más allá de un restablecimiento cognitivo e instrumental, para adentrarse en conceptos de intersubjetividad humana.

En otras palabras dicho: *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.*

3. 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-.

372 FREUND, G.; *Sobre la función legitimadora...*, cit., p. 97.

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 moral³⁷³.

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, 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 (*regla 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 detenida 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 seguridad³⁷⁴.

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

374 MIR PUIG, S.; *"Introducción a las Bases del Derecho Penal - Concepto y Método"*. 2da. edición. Julio César Fairea - Editor, 2002. p. 98.

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

Lo preceptuado encuentra su retórica con la máxima Kantiana, según la cual la única tarea del Derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno; dicha orientación axiológica se corresponde a plenitud, con la definición del moderno Estado de Derecho.

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 sólo pueden emanar de los dictados de la razón, y justicia no es venganza.

El Derecho sólo 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 importantes³⁷⁵.

4. 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*.

Por Ciencia del Derecho Penal entendemos -escribe SAINZ CANTERO- la disciplina que tiene por objeto el estudio del ordenamiento penal positivo³⁷⁶. 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

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

376 SAINZ CANTERO, J. A.; *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*, cit., p. 14.

se analiza el Derecho positivo, se sistematiza y se obtienen las consecuencias que de él se desprenden³⁷⁷.

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 sinfín de variedad 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, importa un medio coercitivo que afecta a un bien jurídico tan importante en un Estado de Derecho, como lo es la libertad personal y sus derechos conexos, su aplicación, por tanto, deberá sujetarse a determinados presupuestos que no sólo 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 sólo 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 sistema³⁷⁸.

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,

377 CARBONELL MATEU, J. C.; *Derecho penal*. cit., ps. 229-230.

378 DE LAS MERCEDES SUÁREZ, M.; *El método integrado de ciencia penal*, cit., p. 55.

un orden de problemas y soluciones referidas a los casos en los que la ley debe aplicarse³⁷⁹.

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 impera³⁸⁰.

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

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 (sólo 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 tésitura, 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.

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

380 SÁINZ CANTERO, J.A.; *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*, cit., p. 15.

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 culposos sólo 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*³⁸¹) 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 Derecho³⁸².

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 (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*

381 La cursiva es del autor.

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

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 aquella 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 sólo 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 tercera³⁸³. 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.

En los últimos años el legislador nacional ha convertido la Parte Especial en la panacea de su actividad legislativa, en la medida, que en los últimos diez años las mayores modificaciones producidas han tomado lugar en este ámbito del texto punitivo. Reformas punitivas que han obedecido a específicas

383 DE RIVACOBA Y RIVACOBA, M.; *Elementos de Criminología*, cit., p. 45.

coyunturas de alarma social, de significativa presión por parte de los grupos mediáticos de presión como bien expresa DÍEZ RIPOLLÉS. Presión que se ha volcado sobre todo en el ámbito de los delitos convencionales del Derecho penal nuclear (*Kernstrafrecht*), en las figuras delictivas de secuestro, delitos sexuales, robo agravado, extorsión, etc.; con la consiguiente exasperación de los marcos penales, sin tomar en consideración los principios de culpabilidad, de proporcionalidad, de lesividad, de jerarquización del bien jurídico, etc.

Como bien expresa ZIFF, el Derecho Penal no es la palanca de la reforma social, sino el escudo del orden social³⁸⁴. Resulta de *lege lata*, que el delito de violación a la intangibilidad sexual seguido de muerte (art. 173°-A) es reprimido con mayor pena que el delito de asesinato (art. 108°); incongruencia penológica que tiene como asidero definidor los efectos simbólicos que dichas reformas despliegan cognitivamente en el colectivo social.

Por otro lado, esta hipertrofia o “*inflacionismo penal*”, se expresa también en la incorporación de mayor número de agravantes, sobre todo, en los delitos patrimoniales y contra la libertad personal. Casuismo compulsivo del legislador que no hace más que vulnerar el principio de legalidad (*lex certa* y *lex stricta*), generando zonas oscuras y ambiguas de interpretación normativa, que termina por dificultar la labor valorativa del juzgador. Empero, algunas incorporaciones normativas, han sido correctas desde una adecuada técnica legislativa, como los delitos de lesa humanidad (Título XIV-A), el tipo penal de manipulación genética, lesiones al feto, y otros más. Sin duda, el Derecho penal es una ciencia eminentemente dinámica, que debe adecuarse a las nuevas transformaciones sociales, penalizando aquellas conductas que signifiquen una alta probabilidad de lesión para un bien jurídico de importancia. La caracterización del Derecho penal moderno es la «Sociedad de Riesgo» (*Risikogesellschaft*).

Las bases de un Derecho penal del acto, reclaman que la reacción punitiva, debe ser proporcional, adecuada, conforme a la graduación manifestada por el disvalor del injusto y el reproche de Culpabilidad del autor; por tales motivos, podemos decir, que la pena ajustada a la *Culpabilidad por el hecho*, es aquella que se fija, conforme los marcos penales, que se regulan en los tipos penales.

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 fundamentales³⁸⁵.

Se pasa, primero, por el filtro del marco «legal imponible», que el legislador ha fijado normativamente, como consecuencia jurídica de todo hecho

384 ZIFF, Heinz; *Introducción a la Política Criminal...* cit., p. 74.

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

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 proporcionalidad³⁸⁶.

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 autor³⁸⁷.

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 psicológicas³⁸⁸. Aplicando 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 conducta³⁸⁹.

Las particularidades y singularidades que presenta el agente, al momento de cometer el delito (*tempus comissi 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.

386 GOLD SCHMIDT, J.; *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, T. I, traducida del alemán por Miguel Ángel Cano Paños y otros, Marcial Pons, cit., p. 520.

387 BACIGALUPO, E.; *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, T. I, cit., p. 795.

388 GOLDSCHMIDT, J.; *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, T. I, cit., p. 556.

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

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 hecho»³⁹⁰, por ende, comporta una prohibición para el legislador y para el juzgador.

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 mínimo³⁹¹.

4.1. La Dogmática Jurídico-Penal

Constituye el método científico-jurídico, que con 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 automática 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.

Uno de los pocos ámbitos de razonabilidad que le queda a la más irracional de las intervenciones estatales es la pauta dogmática de los presump-

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

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

tos que habilitan la reacción. Ello es en sí mismo un valor, una razón axiológica para preservar la lógica conceptual de las construcciones teóricas³⁹².

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 mas bien al oportunismo político, que exterioriza este proceder legislativo.

Al respecto, HASSEMER escribe que: "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.

Coherentemente señala RADBRUCH "No un derecho penal mejor, al respecto, sino algo mejor que el derecho penal"; un mejor derecho penal reduce el poder punitivo del Estado, y con ello, abre los espacios para modelos eficaces de solución de conflictos, que son algo mejor que el poder punitivo.

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 criterios para la determinación de qué casos son iguales y cuáles son distintos, y para la adopción del tratamiento adecuado para cada uno de ellos³⁹³.

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 sólo 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.

392 SILVESTRONI, M. H.; *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 94.

393 SILVA SANCHEZ, J. M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., ps. 49-50.

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 a futuro.*

SILVA SÁNCHEZ, comentando la obra de ROXIN, anota que en la actualidad pocos autores parecen dispuestos a rechazar la conveniencia 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 sociedad³⁹⁴.

La tarea del Estado (...) es de mejorar las 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 comunidad³⁹⁵.

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 normativo³⁹⁶.

394 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*, cit., p. 98.

395 ROXIN, C.; *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, cit., p. 323.

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

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 Social³⁹⁷.

4.2. Política Criminal

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

397 ROXIN, C.; *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, cit., p. 331.

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 criminalidad³⁹⁸. 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 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 sucesivamente³⁹⁹.

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.

¿Podemos hablar en la actualidad de una crisis del Sistema Penal, en la procura de la contención y prevención de la conducta *desviada* (comportamientos socialmente negativos), o es acaso, que la crisis obedece, a las tareas que el legislador le asigna a la violencia institucionalizada, que toma lugar a través

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

399 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 39.

del *punitivismo*, que de forma ciega, se ha patentizado en las continuas reformas legislativas, que nunca cesan en nuestro país? Con ello, lo que queremos decir, que el inicio del Tercer Milenio, nos muestra esa visión antagónica de la política criminal, por un lado se postula el reconocimiento y respeto por las libertades fundamentales y, por otro, se acentúa una *inflación punitiva*, cargada de una dosis de utilitarismo y de eficacia, manteniendo un discurso dramático de la violencia, que pretende legitimar esta agobiante e irracional orientación *neo criminalizadora*.

El discurso en cuestión, cala irremediabilmente en la «funcionalización política del Derecho penal». No pretendemos negar con ello, la necesidad de que el Estado pueda y deba garantizar una mejor seguridad co-existencial de los comunitarios, donde ha de imperar el respeto por los derechos del prójimo, de configurar modelos valiosos de comportamientos; sino de poner en relieve, de mostrar que tan equivocado está el Parlamento Nacional, cuando cree que con una mayor dureza punitiva va a poner coto a esta irrefrenable criminalidad, que cunde en todas las ciudades del territorio nacional.

Si la dirección apuntará por el norte proyectado por el legislador, de esta incesante reforma penal, no cabría más que rendirse a las instituciones del «Punitivismo», de la «Neo – Criminalización», al «Derecho Penal del Enemigo» y todas estas corrientes ideológicas que se adscriben férreamente en la maximización a ultranza de los fines sistémico-estatales (Seguridad Ciudadana, Seguridad Pública, Seguridad Nacional⁴⁰⁰, Nacional, Orden Público, etc.); lastimosamente, para sus incondicionales seguidores, esto no es así, pues ya han transcurrido más de una década, de que se implantará en nuestro país esta formulación «punitivista» y los índices de la Criminalidad no han sido reducidos ostensiblemente, todo lo contrario, han crecido de forma notable. Vasta con dar un vistazo en la capacidad hospedante, completamente abarrotada de nuestros Establecimientos Penitenciarios, para darnos cuenta que la excesiva prisionización no es una vía adecuada, para sentar las bases de una sociedad de incluidos.

Aparece también el denominado *Efficientismo penal*, que en opinión de BARATTA, es una nueva forma de *derecho penal de la emergencia*, que es la enfermedad crónica que siempre ha acompañado la vida del derecho penal moderno⁴⁰¹.

400 Concepto fielmente acuñado a CARL SCHMITT (polítologo nazi), que en palabras de APONTE CARDONA, la irreductibilidad de la concepción de lo político en este pensador, según la cual la política solo puede concebirse como la confrontación inevitable entre enemigos, servía como base para identificar al enemigo central: el comunismo internacional; *Derecho Penal de Enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra*. En: *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana – Homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez*, cit., p. 30.

401 Citado por APONTE CARDONA, A.D.; *Derecho Penal de Enemigo en Colombia...*, cit., p. 33.

Como lo proclamaba mi padre – el maestro Raúl PEÑA CABRERA, décadas atrás, si es que con más penas y Derecho penal se podrían resolver los problemas sociales, hace tiempo que la delincuencia hubiese sido desterrada de la faz de la tierra. A lo mas que puede aspirar un Estado Constitucional de Derecho, es de reducir racionalmente los márgenes de actuación del crimen y, si en verdad⁴⁰², ello se quiere hacer, se debe promover la instauración definitiva de un Sistema Acusatorio-Adversarial, amén de hacer de la Justicia Penal un método de resolución efectiva de la conflictividad social, conforme a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957, de implementación progresiva en nuestro país, que pueda combinar armoniosamente «garantías» con «eficacia»⁴⁰³.

Parece que la política penal ha ingresado a su faz más oscura, a un túnel sin salida, a un pozo profundo, donde las ideas carecen de toda razonabilidad, donde impera la respuesta inmedatista, la caja de resonancia de intereses estrictamente políticos; destacando la presión mediática por obtener réditos electoreros, que se canaliza mediante la norma jurídico-penal, que encuentra su mayor exaltación en coyunturas de conmoción social, y ello es lo que se vende a través de los spots publicitarios que se difunden en los medios de comunicación, resaltando el mensaje trasnochado que gracias a la última reforma legislativa, se acabarían de forma definitiva los hurtos y robos de auto-partes.

Resulta paradójal, que ese mismo legislador que flamea y defiende las banderas del sistema democrático, por otro lado, se agrupe al estandarte de un Maximalismo Penal, propio de Estados Dictatoriales y Autoritarios.

En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, las razones del Estado deben ser las razones del Derecho; cuando las primeras desbordan las segundas, se ingresa a un panorama apocalíptico, donde el *practicismo* impera sobre la razón, donde las decisiones políticas no son producto de una análisis racional y atemperado conforme a una discusión científica, sino de una decisión que sólo se orienta a la obtención fines inmedatistas, sin interesar los efectos y consecuencias de este juicio apriorístico, desprovisto de toda racionalidad legislativa.

De lo dicho, se define la incapacidad efectiva de la norma jurídico-penal para alcanzar los objetivos propuestos, en el sentido que su rendimiento es casi *nulo* en la realidad social, reduciendo su eficacia a una expresión meramente simbólica; producto de una intimidación normativa (*prevención general nega-*

402 Así, RIGHI, al sostener que las normas penales pueden cumplir una función coadyuvante en el cumplimiento de objetivos político criminales, razonablemente limitados a mantener los índices de la criminalidad dentro de márgenes tolerables; *Teoría de la pena*, cit., p. 53.

403 Vide, al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. 2 Tomos. 2da. Edición, RODHAS, Lima, 2009.

tiva) que no llega a calar en toda la psique de los potenciales delincuentes. O si lo es, exterioriza una eficacia que se logra a costa del sacrificio de una serie de garantías, tanto en su aspecto material como procesal; la legislación penal terrorista promulgada en comienzos de la década de los noventa, constituye un ejemplo palmario de dicha concepción⁴⁰⁴.

Como bien expresa CEREZO MIR, algunas de las reformas introducidas⁴⁰⁵ se explican el deseo de aumentar la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general concebida únicamente como intimidación. El incremento de la pena no supone siempre en estos casos una mayor gravedad de lo injusto culpable. Se producen importantes retrocesos en la realización del principio de culpabilidad. La elevación de las penas no guarda relación entonces con la prevención general entendida como ejemplaridad, ni con la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución)⁴⁰⁶.

A lo dicho, cabe añadir, que esta incesante reforma legislativa, conlleva una afectación al principio de legalidad, tanto en su aspecto material como procesal; el primero de ellos, cuando se tipifica una serie de supuestos típicos, a través de la enunciación casuística, incluyendo una serie de causales, que por su entremezclada naturales, importa un quebrantamiento del *mandato de determinación (lex certa, lex stricta)*, oscureciendo la tarea interpretativa, que se debate en una técnica legislativa, incapaz de ofrecer soluciones dogmáticas coherentes, todo lo contrario, lo que genera es una suerte de inseguridad jurídica, que tiende a la apertura de espacios riesgosos para la libertad de los ciudadanos. Desde el aspecto procesal, se carga a la Administración de Justicia, de una vastedad de casos, en algunos casos carentes de toda *lesividad social*, saturando cada vez más las tareas de los Tribunales, en causas que no ameritan ser procesadas por la judicatura⁴⁰⁷. Creando un espacio poco propicio para la instauración de un modelo Acusatorio-Garantista –de corte *adversarial*–.

404 Vide, al respecto, APONTE CARDONA, A.D.; *Derecho Penal del Enemigo en Colombia...*, cit., ps. 32-33.

405 Refiriéndose al CP español, advirtiéndose una similitud del fenómeno "punitivista" en su derecho positivo vigente.

406 CEREZO MIR, J.; *Los fines de la pena en la Constitución y en el Código Penal, después de las reformas del año 2003*, T. I, cit., ps. 230-231.

407 A decir, de Ferrajoli, solamente un derecho penal mínimo que tenga como fin único la prevención y castigo sólo de las ofensas más graves a los derechos fundamentales y la convivencia civil estará en posibilidad de afrontar estas formas de criminalidad, asegurando al mismo tiempo eficacia y garantías, o sea, los dos valores en los que se basan la legitimidad y la credibilidad tanto del derecho como de la jurisdicción penal; *Democracia y garantismo*, editorial TROTTA, Madrid, 2008, cit., p. 261.

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*.

4.3. 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 determinar cuando 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 sólo 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 principios (*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 sólo

puede exigir responsabilidad a los particulares por sus hechos cuando éstos hayan sido declarados punibles previamente por una ley, acota ROXIN⁴⁰⁸.

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 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 («Positismo 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, sólo 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.*”

408 ROXIN, C.; *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, cit., p. 471.

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.

KELSEN, representante de la «Teoría Pura del Derecho», concebía que los enunciados del deber, eran propios de la Ciencia Jurídica; *contrario sensu*, la Ciencia Natural describe los hechos por medio de los enunciados del ser. La diferencia entre normas jurídicas y morales, consiste, en que las primeras ordenan o establecen un cierto comportamiento al atribuir o imputar una conducta contraria, un acto coercitivo como sanción, en tanto que las normas morales estatuyen un determinado comportamiento, derivándose también sanciones a su incumplimiento pero sin detentar un carácter coercitivo⁴⁰⁹.

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.

409 KELSEN, Hans; *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, 3era. edición revisada y corregida. Presentación de Domingo García Belaunde, Nota liminar de Emilio O. Rabasa, Hans Kelsen Institut, Lima, 2001. En cuanto que para el insigne sociólogo alemán Max Weber, rechaza la consideración normativa y escolástica, según la cual la diferencia entre Derecho y moral se corresponde con la diferencia entre lo externo e interno. Las normas morales o éticas son máximas de conducta, condicionadas por la religión o por la convención, garantizadas, en principio, de forma interna, pero de hecho garantizadas también de forma convencional, por la probabilidad de una reprobación de la transgresión de las mismas. En: CARRUTERO LECCA, Francisco; *La Sociología de Max Weber - Bases para una epistemología del Derecho*, Jurista Editores, 2003, p. 125; Lo acotado por este autor infiere que puede procederse a una jurificación de las normas morales o éticas, es decir, aquellas que por su reconocimiento general por parte de la colectividad, merecen obtener reconocimiento normativo, de ser incluidas en el Derecho Positivo.

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.

LUIGI FERRAJOLI desde su construcción teórica del «Garantismo Penal», escribe que la separación entre Derecho y Moral, obligan a considerar injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive de la eficacia intimidante buscada a causa de motivos sociales, individuales, económicos y políticos. Su prohibición se torna en inútil en la medida que se demuestre que no está abocada a surtir efecto. La introducción o la permanencia de su prohibición penal no responde a una finalidad de tutelar bienes que más aún resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de los valores morales, opuesta a la función protectora del Derecho Penal⁴¹⁰.

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, cons-

410 LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantanero Bondrés. Editorial Trotta, 1989; la etización del Derecho Penal, que se suponía erradicar por completo el nuevo *Corpus Punitivo*, aún mantiene algunos remanentes como lo es el tipo penal previsto en el art. 180° (Rufianismo), castigándose al agente por meras tendencias conductuales, propias de una subjetivización del Derecho Penal de Autor. "Una persona sólo puede ser condenada por el acto delictivo cometido y no por determinadas habitualidades conductuales que vienen precedidas con contenidos moralizantes"; vide, PEÑA CABRERA, A.R.; *"Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual"*, IDEMSA, Lima, 2008.

tituiría 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”⁴¹¹.

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.

Siguiendo a MUÑOZ CONDE, habrá que decir que la Dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada

411 BACIGALUPO, E.; Ibidem

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 democrático⁴¹².

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. 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-especiales de la pena, que toman lugar de forma preferente, en estadio 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 1º de la Ley Fundamental, con el artículo IV del Título Preliminar del CP y con el inc. 22 del artículo 139º 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 vuelva 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

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

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 material, 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 sólo 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.

c. Principios Rectores del Derecho Penal

c.1. Principio de Legalidad (*nullum crimen nulla poena sine 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 praeviae*, 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 Maarburgo)⁴¹³, 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 legalidad⁴¹⁴. 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 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. Sólo 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

413 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 antijuricidad, y por último la culpabilidad en la cúspide; *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*, cit., p. 102.

414 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.

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 Estado⁴¹⁵.

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.

Para FERRAJOLI, sólo si se adopta una noción exclusivamente formal del delito y si se abandona todo moralismo o naturalismo jurídico es posible interpretar y criticar al sistema sustancial de los delitos previstos en determinado ordenamiento⁴¹⁶.

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)⁴¹⁷ y cuál es la pena prevista para dicho delito (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».

La norma penal cumple así una función comunicativo-referencia, fundamental, en un Sistema Penal informado por el principio de legalidad. El principio de legalidad constituye entonces, no sólo una exigencia de seguridad jurídica sino una garantía política del ciudadano frente al ejercicio abusivo del *ius puniendi* estatal por parte de los jueces; los juzgadores como formulara MONTEQUIEU sólo son la boca de la ley; en su función jurisdiccional los juzgadores deberán someterse a este principio neutralizador de la creación judicial del derecho. Este principio se encuentra estrechamente vinculado al principio de Estado de Derecho, como sometimiento de la pretensión punitiva al imperio de la ley, con-

415 URQUIZO OLAECHEA, J. Ob. cit., 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, 5ta. edición, 1998, p. 56.

416 FERRAJOLI, L.: Cfr. cit.

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

fiere límites formales y materiales. Tal limitación obliga a poner al Derecho penal al servicio del ciudadano y no como otros creen someter los derechos del ciudadano a los fines del Estado, con ello se niega su intersubjetividad⁴¹⁸; por lo tanto, el ciudadano no puede ser objeto de un determinado cometido del Estado, en este caso la lucha contra el delito.

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 1789⁴¹⁹.

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 francés⁴²⁰, como estandarte de la Revolución Francesa que significó el derrocamiento de una 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 Contratactualismo, 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

418 MIR PUIG, S.; "El sistema del Derecho penal en la Europa actual", págs. 25 y ss. En: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, libro homenaje a CLAUS ROXIN. J.M. SILVA SANCHEZ/ B. SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS, José M. Bosch Editor, 1995.

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

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

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 estado⁴²¹.

A partir de la consagración normativa (*ius fundamentalis*), 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, hacer calculable la acción estatal mediante seguridad jurídica⁴²²; 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*⁴²³.

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

421 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, cit., p. 780.

422 BACIGALUPO, E.; *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, cit., p. 81.

423 BACIGALUPO, E.; *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, cit., p. 82.

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 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 ellos⁴²⁴.

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 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 y de la Constitución del 3 de septiembre de 1791.

Sólo a partir de la ideología liberal impulsada por ésta (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 ciudadano⁴²⁵, sólo 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 crimen, nulla poena sine lege*", supone que sólo 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 penas⁴²⁶; 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.

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

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

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

El fundamento político del principio de legalidad -tal como apunta URQUIZO OLAECHEA- tiene pues, dos aspectos principales: Uno de ellos se refiere que sólo el legislador puede dictar leyes penales, mientras que el otro destaca que las leyes penales no pueden sobrepasar y afectar más allá de lo prudente los derechos individuales⁴²⁷; lo segundo es de suma relevancia, en tanto pone freno a pretensiones punitivas desproporcionadas del Estado, en tal sentido, el bien jurídico juega un rol preponderante como criterio sistemático-exegético y como criterio constrictor en la producción de leyes penales. Mientras que lo primero es una plasmación concreta de las máximas del Estado de Derecho.

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)⁴²⁸. 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.

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) (...) ⁴²⁹. El fundamento político-constitucional y su principal consecuencia de la reserva de ley sigue siendo hoy indiscutiblemente un pilar fundamental del Estado de Derecho⁴³⁰.

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, éstos 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

427 URQUIZO OLAECHEA, J.; *Principio de Legalidad*, cit., p. 31.

428 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, cit., p. 12; Así, CASABÓ RUIZ, José Ramón; *La Legalidad del Delito*. Universidad de Valencia, 1983, cit., ps. 38 y ss.

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

430 ARROYO ZAPATERO, L.; *Principio de Legalidad...*, cit., p. 13.

de los derechos y libertades individuales⁴³¹; 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*, sólo 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 pre-viae, scripta et stricta*», son estos principios político-criminales materiales que limitan la intervención del Estado; sólo a través de él pueden encontrar debida expresión formal⁴³².

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 extra-penal, que especifique de forma detallada, el ámbito de lo «jurídico-penalmente prohibido».

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; *extra-legem*.

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 penal⁴³³; 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.

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

432 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 60.

433 Cfr. CARBONELL MATEU, J. C.; ob. cit., p. 131.

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 aplicación⁴³⁴.

La analogía no puede crear delitos (tipos de injusto) ni penas, ni en general disposiciones que aumenten la intervención del Estado⁴³⁵. 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 voluntad⁴³⁶; 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 texto⁴³⁷; 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 responsabilidad⁴³⁸; sin embargo, esta facultad puede ingresar en franca contradicción con los principios político-criminales propios del Estado de Derecho⁴³⁹.

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

434 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 132.

435 BUSTOS RAMÍREZ J.; *Manual de Derecho Penal*. cit., p. 80.

436 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 170.

437 Cfr. BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 35.

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

439 Así, CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 133.

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 ciudadanos⁴⁴⁰.

En cuanto al principio de irretroactividad de la ley penal (desfavorable) -dice MIR PUIG- no es más que un aspecto del principio de legalidad, que se burlaría si aquel no se respetase, el principio de irretroactividad de la ley penal es un derivado del principio de legalidad, que surge de la necesidad de establecer mayores garantías para los ciudadanos ante el poder penal estatal, de que las reglas del juego se respetasen y que una ley penal posterior no pueda ser aplicable a un hecho punible anterior no regido por su vigencia normativa.

c.2. 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 palanque 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 sociedad⁴⁴¹; de tal manera, que su intervención 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 dañoso⁴⁴².

440 CASABO RUIZ, J. R.; *La Legalidad del Delito...*, cit., p. 64.

441 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; cit., p. 233; Así, BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., p. 45.

442 RUDOLPHI, H. J.; *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, cit., p. 82.

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 penal⁴⁴³; 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 jurídicos⁴⁴⁴. El bien jurídico se concibe como el límite material de las leyes penales, dicha perspectiva de política criminal garantiza, que sólo 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 interventor 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 económicos⁴⁴⁵. Esto implica 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 sociales⁴⁴⁶.

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).

443 También conocido en la doctrina como Principio de Materialidad (FERRAJOLI) - nulla inuria sine actione. Conforme a este principio, ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia, los delitos como presupuestos de pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, sino que deben concretarse en acciones humanas materiales, físicas y externas, es decir, concretamente observables. Sólo la acción externa está en condiciones de producir una modificación en el mundo exterior calificable de lesión. La materialidad o exterioridad de la acción criminal es así un presupuesto necesario de la lesividad o dañosidad social del resultado, caracterizado por ser un hecho empírico externo.

444 SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ: op. cit., p. 101.

445 Citado por SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, J. R.; *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*. Gráfica Horizonte S.A., Lima. 1999, pp. 40 y ss.; ROXIN, C.; *Sentido y Límite de la Pena Estatal*. En: *Problemas Básicos del Derecho Penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 21.

446 BUSTOS RAMÍREZ, J.; cit., p. 45.

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 proporcionalidad⁴⁴⁷. 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 posible⁴⁴⁸.

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 graves⁴⁴⁹; de reducir la violencia estatal a lo mínimo indispensable. Por ello, como estima STRATENWERTH, debería ser empleada sólo en los casos en que fracasen otros medios, especialmente los recursos jurídicos del Derecho civil o administrativo⁴⁵⁰.

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.1.1. Funciones del Bien Jurídico

El bien jurídico cumple dos funciones a saber: una en el proceso de criminalización primaria, manifestado en la vinculación del legislador hacia la realidad social, sólo podrá penalizar conductas, que signifiquen una lesividad social a los intereses jurídicos preponderantes.

447 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Aproximación al Derecho Penal...*, cit., p. 267.

448 Cfr., CARBONELL MATEU, J. C.; *Derecho Penal...*, cit., p. 205.

449 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 267.

450 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 73.

En esta primera función, el bien jurídico se constituye en un límite constructor de la pretensión punitiva estatal.

El legislador se encuentra, encadenado —en el papel—, a sólo extender la protección penal a aquellos valores indispensables para el desarrollo del individuo en su fase participativa en la comunidad que pertenece; dicha función penalizadora, se corresponde con los principios de «subsidiariedad» y de «mínima intervención».

El bien jurídico cumple también una función crítica o de garantía, o sea, una función político-criminal, tendiente a limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal⁴⁵¹; a partir de un ejercicio de contención, restringiendo la intervención del Derecho penal, a un marco de legitimidad.

Asimismo, el bien jurídico cumple una (...) función de legitimación material de la norma, la cual necesita ser justificada racionalmente en el contexto de un Estado democrático de Derecho⁴⁵².

«Legitimación material», que se obtiene cuando se fundamenta con precisión cuál es la utilidad de dicho bien, en razón a los derechos fundamentales de la persona humana, y su participación, en actividades de participación social colectiva. La necesidad de tutela, parte de una realidad ontológica, para orientarse a una visión estrictamente funcional.

Posteriormente, el bien jurídico debe cumplir una doble dimensión: exegetica y sistemática, ya que da contenido a la antijuridicidad, de lo cual se deriva su idoneidad como instrumento interpretativo⁴⁵³. Así, el bien jurídico configura un elemento imprescindible en el momento de interpretar la ley penal y definir los alcances del tipo delictivo⁴⁵⁴; partiendo del «ámbito de protección de la norma».

La sistematización, se deriva del carácter compaginador del bien jurídico, para contener las diversas formas de ataque antijurídico, por las cuales se puede lesionar o poner en peligro dicho bien jurídico; poniendo énfasis en el grado de importancia del bien jurídico, conforme a los valores que se consagran en el texto *ius-fundamental* (principio de «jerarquización»).

La «antijuridicidad», contiene un dato indispensable para la función antes anotada, que importa una desvaloración formal y una desvaloración material; la primera siempre es absoluta, mientras que la segunda es graduable, es decir,

451 D. FERNÁNDEZ, G.; *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Julio César Faria Editor, Montevideo - Buenos Aires, 2004, cit., p. 9.

452 D. FERNÁNDEZ, G.; *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, cit., p. 8.

453 D. FERNÁNDEZ, G.; *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, cit., p. 9.

454 Citado por SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, cit., p. 104. RUDOLPHI; *Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico*, NPP, 1975. ps. 329 y ss.

la «lesividad material», implica el grado de afectación al bien jurídico protegido, tal graduación permitirá al juzgador determinar el *quantum* de pena, acorde con la lesión provocada.

Observamos una tendencia actual de los sistemas punitivos, de una proliferación cuantitativa de los intereses tutelados («inflacionismo penal»), por una parte se criminalizan conductas en base a pronóstico de lesión (delitos de peligro abstracto)⁴⁵⁵; y, por otro lado, se aumentan considerablemente los delitos, que expresan meras *desobediencias administrativas*.

Este inflacionismo punitivo, da la sensación de una huida al Derecho penal, de aquellas conductas que antes eran reguladas por el «Derecho administrativo sancionador»; se acude al derecho punitivo, en virtud de sus efectos intimidantes disuasorios, se cree encontrar en este medio de control social la herramienta perfecta para controlar dichos «comportamientos socialmente negativos» o, a veces simplemente, se apela a sus efectos «socio-pegógicos».

Un programa de Derecho Penal Mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los bienes penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica⁴⁵⁶.

Sobre el último punto abordado, CARBONELL MATEU, escribe que si el principio de intervención mínima se contrapone a la denominada «huida al Derecho penal», en virtud de la cual, el Estado «resuelve» los problemas, recurriendo, en primer término, al Derecho penal y olvidando la política social, económica y de bienestar necesaria, tampoco la «huida del Derecho penal» es la solución: no es aceptable la afirmación de que el Derecho penal no puede ni debe intervenir allí donde no exista un bien jurídico individual y clásico; no debe olvidarse la obligación del Estado de remover obstáculos para que la libertad y la igualdad sean efectivas, ni que, en ocasiones, la restricción de ciertas libertades redunde en beneficio de las libertades de los demás⁴⁵⁷.

Tal como se expone más adelante, la necesidad de intervención del Derecho penal en ciertos ámbitos sociales, responde a una necesidad personal, dirigida a garantizar la libertad ciudadana, en cuanto su posibilidad de intervenir en los procesos sociales, por lo que es válido en ciertas circunstancias acudir

455 Los delitos de peligro abstracto o presunto, significan una creciente anticipación de tutela, definida por un carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo y por la descripción abierta y no taxativa de la acción. Son muchas las críticas que se ciernen en torno a la construcción de delitos de peligro, que por la generalidad son utilizados para proteger intereses difusos o para sustituir al derecho administrativo sancionador en su función reguladora-sancionadora.

456 LUIGI FERRAJOLI, *Teoría Garantista*, op. cit.

457 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 203.

a la técnica legislativa de los tipos de peligros abstractos a fin de tutelar bienes jurídicos supra-individuales.

No se puede confundir, entonces, la «funcionalización» del Derecho penal, en cuanto a la asunción de tareas que no le son suyas, con sus funciones inherentes a su *privativa* legitimación material, importando una redefinición de sus labores, según la imagen de un «Derecho penal liberal».

Ante la misión funcional del Derecho penal como protector de bienes jurídicos, aparece, otra posición «funcionalista sistémica» (JAKOBS), que atribuye al Derecho penal la función de mantener la vigencia contra-fáctica de la vigencia de la norma, asumiendo una suerte de *instrumentalización* del derecho punitivo, al mantenimiento del sistema, así como de los subsistemas sociales.

Esta tesis se deriva de la teoría sistémica de LUHMANN, así como una excesiva normativización, que implica una admisión de la teoría de los imperativos; construcción teórica, que propicia la formulación de muchas críticas y objeciones, pues, el Derecho penal debe estar al servicio del individuo y no al mantenimiento del sistema social; máxime, cuando son los hombres quienes la conforman y éstos muchas veces actúan de forma antijurídica, al advertir ciertas deficiencias en sus específicos ámbitos de organización individual; no se puede, por tanto, construir una imputación *generalizada* del individuo, el reproche de imputación individual debe basarse en el hombre como ser único y singular.

Conforme lo anotado, la función de prevención general (*positiva*) siempre estaría latente y primaria sobre la prevención especial (*positiva*); un Estado Social de Derecho, debe poner al orden legal, al servicio del ciudadano y no sojuzgar sus derechos ante el mantenimiento del sistema social.

Constituye el bien jurídico -el núcleo basilar-, sobre el cual se dinamiza el Sistema Penal; es éste que le reviste de legitimación, no sólo interna, sino también externa.

c.1.2. Principio de Culpabilidad

Conforme el llamado principio de «Culpabilidad», se exige que la conducta antijurídica 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 prohibición consagrada en el art. VII del Título. Preliminar

del CP, que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva⁴⁵⁸; 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 sólo puede concurrir en la tipicidad subjetiva: dolo y culpa, no se acepta pues, una tercera opción, sea la responsabilidad objetiva o el resultado fortuito⁴⁵⁹.

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; aglutina una serie de elementos que se adscriben en un Derecho penal⁴⁶⁰ 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

458 Para JAÉN VALLEJO, los llamados delitos preterintencionales son una especie de tentativa al revés, es decir, mientras que en la tentativa el tipo subjetivo se da perfecto y el tipo objetivo imperfecto, en el delito preterintencional es el tipo subjetivo el que aparece imperfecto; cit., p. 42; nosotros consideramos que el tipo subjetivo en la tentativa contiene la misma estructura que en la consumación, a diferencia de que en la tentativa el dolo no llega a un desarrollo perfecto, por no encontrar su correlato con la tipicidad objetiva.

459 A más detalles ver capítulo del Injusto Imprudente (Responsabilidad objetiva por el resultado).

460 De opinión distinta SILVA SÁNCHEZ, quien escribe que una concepción de la culpabilidad como garantía es en sí misma, enfrentada con una propia lógica a la lógica de la prevención, no explicaría las importantes variaciones que se han producido en su contenido a lo largo de la historia y que, en buena parte, pueden explicarse por consideraciones precisamente preventivas, aunque no sólo por ellas; *Aproximación al Derecho Penal...*, cit., p. 294.

igualdad, que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inculpables o semi-culpables⁴⁶¹.

Estas exigencias, como apunta HORMAZÁBAL 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 medición⁴⁶².

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 sólo 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 glosado.

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 culpa⁴⁶³.

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

461 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 86.

462 HORMAZÁBAL 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, cit., p. 19.

463 HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; *EL Código Penal Peruano y el Principio de Culpabilidad*, cit., p. 20.

bien jurídico, aquellos producto del azar, de la casualidad, o de acto fortuito o imprevisible⁴⁶⁴.

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)⁴⁶⁵.

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-⁴⁶⁶.

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*.

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 peruano⁴⁶⁷.

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.

464 Así, LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 87.

465 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 218.

466 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; cit., p. 251.

467 Ibidem.

c.1.3. 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, 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 vida⁴⁶⁸.

El enfoque de reproche personal («Responsabilidad»), sólo puede reflejar la vinculación del autor con el injusto cometido, es decir, el examen sólo puede circunscribirse al hecho en sí desvalorado, no a determinadas tendencias conductivas 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 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,

468 JAÉN VALLEJO, Manuel; *Justicia Penal Contemporánea*. Editorial Librería Portocarrero, Lima, agosto del 2002, pp. 38 y ss.; las doctrinas normativas de la culpabilidad elaboradas por los juristas alemanes en la 2da., mitad del siglo pasado, señalaban que la culpabilidad residía en la infidelidad a la norma o en el modo de ser antijurídico del desviado, o sea la culpa por el modo de ser del autor, consistente para MEZGER en la culpa por la conducción de vida, para WELZEL en la ausencia de control del yo sobre la vida interior, y para los juristas de la Escuela de Kiel, en la maldad del sujeto por haberse formado libremente una personalidad psíquica distinta.

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 penas⁴⁶⁹; 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 delictiva⁴⁷⁰.

La imputación individual, responsabilidad o reproche personal, es sin duda un tema de larga discusión por la dogmática actual, 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.1.4. 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.

469 En el mismo sentido, BACIGALUPO al señalar que el artículo 15 de la Constitución española, prohíbe las penas inhumanas y degradantes, lo contiene implícito un principio de proporcionalidad: "Sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona", tesis mantenida por el recurrente que fue finalmente rechazada por el Tribunal Constitucional. En: STS 65/1986, citado por JAÉN VALLEJO; op. cit., p. 40.

470 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 186.

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 poder⁴⁷¹.

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 aquéllos, sólo 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

471 SILVESTRONI, M.H.; *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 176.

los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar éstos⁴⁷².

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 ésta, 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 alguna⁴⁷³; 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*. Sólo 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 penal⁴⁷⁴; entonces, el remedio resultaría siendo peor que la enfermedad.

Cuando se afirma que el Derecho Penal tiene un carácter fragmentario se quiere indicar que éste sólo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atentan a las reglas mínimas de la 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 grave⁴⁷⁵. Sin duda, el Derecho penal como mecanismo represivo estatal, sólo es legítimo su uso, en tanto en cuando, el comportamiento social atribuido al sujeto *infractor de la norma*, manifiesta una grave perturbación a las bases fundacionales de una sociedad pacíficamente organizada, cuando se ponen en riesgo los valores primordiales de la sociedad y del Estado; por eso se dice con propiedad, que el

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

473 CARBONELL MATEU, J. C.; ob. cit., p. 202.

474 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; cit., p. 247.

475 Cfr., ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; cit., ps. 236-237.

principio de mínima *intervención* se encuentra íntimamente ligado al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

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 irremediamente 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 jurídicos⁴⁷⁶.

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*⁴⁷⁷.

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 ciudadano⁴⁷⁸.

476 Para FERRAJOLI el Derecho penal asume una doble función preventiva: la prevención general de delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. De los dos fines. Para este autor sólo el segundo fin es necesario y suficiente para fundamentar un Derecho Penal Mínimo y Garantista.

477 SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R.; "Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal"; cit., 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.

478 En ese sentido, QUINTERO OLIVARES al escribir "...el convencimiento de que la pena es un mal irreversible, y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección (la pena entendida como *ultima ratio*) obliga a reducir al máximo el recurso al Derecho penal (intervención mínima). En: *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons - Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992, p. 67; asimismo, PEÑA CABRERA, R. al señalar que la intervención punitiva estatal no se realiza frente a toda situación, sino sólo a hechos que la ley penal ha determinado específicamente (carácter fragmentario) por lo que la pena constituye un ins-

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, ésta es la única vía por la cual podremos garantizar un Derecho penal democrático y humanista.

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"⁴⁷⁹; en otras palabras dicho, la pretendida reforma del Derecho penal significa un alejamiento a las bases basilares, que 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 2008⁴⁸⁰.

trumento subsidiario. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Estudio Programático, cit.; el carácter fragmentario (BINDING) apunta justamente al hecho de que dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo siempre, sino frente a determinados hechos muy específicos y cierta significación en la vida social. En: BUSTOS RAMÍREZ, J.; "Introducción al Derecho Penal", cit., p. 26.

479 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Reformversuchen in Spanien?*. En: *Strafrechtsreform*, cit., p. 66. Citado por MIR PUIG, op. cit., *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., p. 111; una verdadera reforma implica una progresiva disminución del ámbito de lo punible al requerido por la necesidad. El desconocimiento de estos principios por parte de la programación de una determinada política criminal son para ROXIN "la huida hacia el derecho penal", significa *per se* el abandono por parte del Estado, de los cometidos político-sociales de positiva configuración que hoy le competen; en este sentido MIR PUIG, cit., p. 112.

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

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.1.5. 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.

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 afeción al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente⁴⁸¹.

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 aspectos⁴⁸².

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,

481 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Editorial Trotta, Madrid. 2003. cit., p. 162.

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

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 concreto⁴⁸³.

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 delito⁴⁸⁴.

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)⁴⁸⁵. 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 necesidad⁴⁸⁶.

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 integración). La teoría moderna de la imputación del delito ha abandonado las posiciones retributivas de la pena

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

484 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile, Chile. 2005, cit., p. 46.

485 ASÍ, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., p. 50.

486 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. I., cit., p. 49.

(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 éstas 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 sujeto⁴⁸⁷.

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 sólo, aunque sí fundamentalmente, por razones de justicia sino, incluso, aunque pueda resultar paradójico, por razones de eficacia⁴⁸⁸; 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 éstos 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 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 pena⁴⁸⁹, o como dice SCHÜNEMANN, la necesidad penal preventivo-general depende de la medida de la amenaza al orden de paz social

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

488 CARBONELL MATEU, J. C.; cit., p. 211.

489 GARRIDO MONTT, M.; op. cit., p. 50.

manifestada por el hecho punible⁴⁹⁰. 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)⁴⁹¹.

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)⁴⁹², al haberse incorporado la pena de cadena perpetua en el marco penal imponible, así también, como en otros injustos, comprendidos en el núcleo duro del *derecho punitivo*. Habiéndose producido resultados en realidad irracionales y desproporcionados, de haber condenado con penas de 15 años de ppl a individuos por el solo hecho de haber sustraído dinero u otros bienes mediante un empujón a la víctima, lo cual resulta un exceso de punición, que a veces era corregido en las instancias jurisdiccionales supremas, aplicando este principio, que tiene que ver también con el rechazo a penas inhumanas y abiertamente lesivas a la dignidad humana. Con todo, el principio de proporcionalidad juega un rol preponderante como interdicción a la arbitrariedad judicial, poniendo en primer nivel los presupuestos que deben concurrir para imponer una pena y para fijar su contenido.

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 proporcionalidad⁴⁹³.

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*

490 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, cit., p. 28.

491 BUSTOS RAMÍREZ, J.; cit., p. 44.

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

493 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*, cit., p. 269.

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.

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.

HASSEMER apunta, que no es imaginable que se pueda, por ejemplo, renunciar en parte al principio de culpabilidad o al de dignidad humana; cuando esto ocurre en "tiempos de necesidad" perderá toda su importancia para nuestra cultura jurídica⁴⁹⁴. Percepción que se ha concretizado en nuestro derecho positivo, con la modificación producida a este principio fundamental de legitimación del *ius puniendi*.

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.*

494 HASSEMER, W.; *Los Destinos de los Derechos del Ciudadano en un Derecho Penal Eficaz*. En: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y M^a del Mar DÍAZ PITA. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, cit., p. 96.

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-⁴⁹⁵.

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 social⁴⁹⁶.

No sólo 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.

4.4. Las Escuelas del Saber Jurídico-Penal

El pensamiento sistemático ha ido renovándose de forma permanente, a fin de dotar de mayor racionalidad al sistema del delito o dígame a la teoría general de la imputación, concatenando sus elementos categoriales, bajo contenidos axiológicos y teleológicos a la vez; pues, una de las deficiencias mostradas por las primeras construcciones teóricas del delito fue la desvinculación de la dogmática de las tareas político en una ordenación social; ruptura que paulatinamente fue provocando una serie de grietas. Situación tal, que desencadenará un giro copernicano en la orientación de la dogmática penal. Un sistema clásico apoyado fuertemente en conceptos naturalistas, basado en apotegmas, propias del campo de la metafísica, muy direccionadas por la voluntad gubernativa.

495 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, cit., p. 125.

496 HASSEMER, W.; *El Destino de los Derechos del Ciudadano...*, cit., p. 96.

El sistema del delito en un principio era un fiel reflejo, de cómo se reflexionaba acerca de las relaciones del Estado con el ciudadano, del ciudadano con el mundo divino; fue precisamente con la filosofía de la Ilustración, con el utilitarismo o el estado de naturaleza al estado civil, que propició un cambio en el pensamiento teórico-doctrinal. Esta evolución penal-ideológica que parte de la Escuela Clásica, de la Escuela Positivista, la Técnico-Jurídica, la Finalista, hasta llegar a las Escuelas funcionalistas, determinadas estas últimas desde orientaciones político criminales y a partir desde planteamientos sistémicos-normativistas.

Conocer a grandes rasgos la evolución del pensamiento doctrinal, es en realidad importante, a efectos de trazar la línea argumental que se dirige a cuestionar al aparición de los denominados elementos del "ánimo", cuya presencia en la dogmática actual, no es mas que una pervivencia de posturas ontológicas y de contenidos propios de posiciones extremistas, y porque no decirlo totalitarias; que descienden a un umbral de la persona humana (delincuente), cuya faz no debe ser objeto de valoración jurídico-penal, esto es, las especificaciones motivaciones que lo determinaron a cometer un injusto pena; para eso basta el dolo, como elemento subjetivo del injusto que dota de contenido anímico y personal a la imputación delictiva, cuya esencia es a veces incompatible con estos ánimos, tal como lo demostraremos más adelante.

La dogmática jurídico-penal penal es coincidente, al considerar que el mayor logro que ha alcanzado la teoría del delito, es establecer una marcada delimitación entre la el Injusto y la Culpabilidad, entre el hecho socialmente desvalorado y el grado, de reproche culpable atribuible al autor (proceso de imputación).

Desde los albores de la ciencia jurídico-penal, los estudiosos en la materia orientaron sus esfuerzos a realizar una separación entre Injusto y Culpabilidad, como fundamento metodológico esencial de la teoría de delito, en la medida que dicha separación se realizó bajo varios matices diferenciados en sus propuestas derivadas y, en las diversas resoluciones concretizadas en su elaboración teórica. La pena presupone entonces la comisión de un Injusto penal y de un autor con capacidad de responsabilidad penal; pues en definitiva, de lo que se trata en realidad es de establecer la responsabilidad penal como un proceso de imputación, de cuya inferencia se deriva precisamente la pena.

Como primer escalafón se distingue entonces la acción u omisión, en cuanto a su relevancia típica (tipicidad), en cuanto a baremos de imputación objetiva y de imputación subjetiva. Seguidamente, la valoración se traslada a la categoría negativa de la antijuridicidad, donde se pone en cuestión, la concurrencia de preceptos permisivos, cuya acreditación hace de la tipicidad de la conducta, una permitida o mejor dicho autorizada por el ordenamiento jurídico; y finalmente, en el nivel de la imputación individual, se analiza al autor de forma

concreta, primero, desde una valoración de imputación personal, en base a su constructo ontológico y social a fin de incidir en el nivel de motivabilidad normativa y, luego la asunción de determinados deberes en cuanto a exigibilidad de otra conducta.

En un principio se desarrolló un Injusto puramente objetivo al admitir el injusto civil como contrariedad al aspecto externo del hecho.⁴⁹⁷ BINDING volcó la separación propia del sistema clásico entre los aspectos objetivos del hecho, afectos a la antijuridicidad y los subjetivos, examinados en la culpabilidad.⁴⁹⁸ El delito pasó a ser con VON LISTZ una acción antijurídica y culpable, construcción teórica a la cual posteriormente, BELING sumó la tipicidad.

El Injusto Objetivo, surgió en las construcciones sistemáticas del delito en autores como IHERING y HEGEL como mera desvaloración de los hechos externos. Esta estructuración se vio caracterizada por una concepción psicológica de la Culpabilidad, como nexo subjetivo del autor con el hecho externo desvalorado, por ende, sólo aquel con capacidad de culpabilidad podía ser destinatario de las normas, por lo que no se concebía un «Injusto no Culpable».

Asimismo, una concepción del injusto así formulado de esa forma, podía traer como atención cualquier acontecimiento, que provocara un estado de cosas desvalorado, como aquellos propiciados por la naturaleza y los seres ajenos a una imputación estrictamente normativa. En consecuencia, se construían dos variantes de antijuridicidad, visión favorecida por una concepción imperativa de la norma que produjo una confusión entre injusto y culpabilidad. HOLD VON FERN-NECK negó la construcción de un injusto objetivizado, pero aplicó una concepción imperativista de la norma en el ámbito de la antijuridicidad que lo llevó a considerar dos variantes de antijuridicidad: el hecho genuinamente antijurídico (*Rechtswidrigkeit*) y el que se realiza sin estar amparado por el Derecho (*ohne Recht*)⁴⁹⁹, por consiguiente los inimputables no estaban en capacidad de cometer hechos genuinamente antijurídicos porque a ellos no les alcanzaba el deber; el legislador les negaba la calidad de destinatarios de las normas, por ende, ante agresiones ilegítimas procedentes de agentes inimputables no era admisible la Legítima Defensa.

497 Desde una valoración primigenia del Injusto, el delito era valorado desde un aspecto externo (*actus reus*, comportamiento prohibido) y aspecto interno (*mens rea*, mente culpable), la primera indica sobre la valoración externa que vendría a ser la antijuridicidad y la segunda sobre el aspecto interno, que vendría a ser la culpabilidad o dicho en términos más acabados "imputación individual".

498 BINDING, Karl; *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 2da. edición de 1890, FÉLIX MEINER, Leipzig, 1922.

499 Citado por Molina FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001; *Rechtswidrigkeit*, T. II, pp. 122 y ss.; en esa misma orientación, Merkel y Binding

La concepción del tipo excesivamente «objetivista», pierde coherencia con el tratamiento e inclusión de elementos subjetivos imprescindibles para una imputación real-valorativa, desnaturalizándose la valoración del aspecto material-lesivo del hecho con elementos ajenos a dicho enjuiciamiento de valor. En la medida, una correcta visión del Injusto, debe partir de una premisa fundamental: el despliegue de una conducta humana voluntaria y consciente, como presupuesto indispensable para establecer la relevancia jurídico-penal del hecho; de esta forma se configura una antijuridicidad de carácter penal, la cual puede ser causada, provenga o no de una acción culpable⁵⁰⁰; el impulso de una acción final dirigida de forma consciente y no ciega como postulaban los partidarios del causal-naturalismo.

La voluntad se constituye en la piedra angular que dota de sentido social y jurídico, la acción humana, sin ella se convierte en un mero objeto dotado únicamente de significancia natural más no fenoménica. Como ha puesto de relieve WELZEL, el contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige, conforme a un plan y sobre la base del saber causal, el suceder externo, se convierte en un mero “reflejo” del proceso causal externo en el alma del autor⁵⁰¹; de tal manera que la vinculación entre la conducta jurídico-penalmente disvaliosa y su autor, se funda en una concreta manifestación de la voluntad humana; como una vía adecuada para desvirtuar responsabilidad penal cuando el suceso externo no es obra del sujeto como individuo –portador de alma y de sentido–, premisa fundamental que recoge el Derecho penal para construir la imputación delictiva.

La calificación de los postulados teóricos del Positivismo son insuficientes para poder resolver la gran variedad y complejidad de casos que se plasman en la realidad social, se extendió incluso a la modalidad naturalista sociológica de VON LISTZ. El Sistema tripartita del delito: acción, antijuridicidad y culpabilidad encontraban insatisfacción explicativa con arreglo a la metodología Positivista, no podían explicar la omisión, pues ésta no es la negación de la acción⁵⁰².

La omisión siempre tiene lugar mediante un hacer positivo, se hace cualquier cosa menos la esperada por el directivo de conducta; la exigencia de actuar proviene del mandato normativo, por lo tanto no podía ser explicado bajo una posición causal naturalista, siendo su base material derivada de una construcción eminentemente normativa.

500 No puede negarse que el injusto objetivo en su desarrollo epistemológico haya logrado relevar a la lesividad del hecho para bienes jurídicos como núcleo de la antijuridicidad, es decir, de dotar a la antijuridicidad de un elemento material que fundamenta el fin esencial del Derecho penal que se ha preservado hasta la actualidad: la exclusiva protección de bienes jurídicos.

501 WELZEL, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 52.

502 MIR PUIG, S.; op.cit.

En cuanto a la antijuridicidad, dice MIR PUIG, con el Positivismo no era posible descubrir el esencial contenido de valor -inherente a dicha contrariedad normativa-; el concepto de antijuridicidad material no fue suficiente para superar la neutralidad valorativa⁵⁰³; la antijuridicidad material no puede ser concebida únicamente como la causación de un resultado lesivo concretado en un bien jurídico protegido, era necesario remitirse a los elementos subjetivos.⁵⁰⁴

Apunta BUSTOS RAMÍREZ, que durante toda la primera época de la formulación de la teoría del delito, esto es, dentro del estricto esquema de Liszt y Beling, se concibieron las características del delito -por el sentido naturalístico incluido dentro del sistema- como elementos, claramente deslindables unos de otros como la física o la química. Se trataba, pues, en cada caso de estancos separables, y de ahí que una pirámide en escalones fuera de la forma más apropiada para describir gráficamente el modelo⁵⁰⁵.

MEZGER en 1924 introduce en el Injusto, elementos subjetivos o de tendencia interna («*die Subjektive Unrechtselement*»), reconociendo una clasificación tripartita del delito, distinguiendo entre delitos de intención, de tendencia y de expresión. Los elementos subjetivos son imprescindibles en algunos delitos, como el hurto para averiguar la intención del autor como elemento subjetivo configurativo, ajeno al dolo, elemento este último que es parte de la Culpabilidad. También puede la valoración del injusto referirse a lo espiritual. Con otras palabras: El injusto tiene junto a su lado externo también un lado interno (...) ⁵⁰⁶, esto es, el injusto no sólo actuar contra el Derecho, sino una dirección impulsada por las fuerzas internas del hombre.

El reconocimiento de la existencia de elementos subjetivos del Injusto, fuerza a su consiguiente inclusión del dolo y la culpa en el ámbito de la tipicidad por parte de WELZEL, pues en la construcción sistemática de MEZGER el dolo y la imprudencia son parte de la teoría de la Culpabilidad como la dirección de la voluntad reprobada. Abandonada la posición naturalista-causal del delito, tanto antijuridicidad como culpabilidad, no pueden seguir concibiéndose como la par-

503 Ibidem.

504 Sintetizando, escribe MIR: "En una tal concepción no encontraban adecuado asiento ni la imputabilidad ni las causas de exclusión de la culpabilidad (como el miedo insuperable), porque no afectaban a la relación psicológica del autor con su hecho"; cit., p. 209; en tanto todo el esquema metodológico del Positivismo no era capaz de construir una teoría del delito que encuentre coherencia sistemática entre sus elementos categoriales, una separación entre injusto y culpabilidad.

505 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal (PG)*, cit., ps. 137-138.

506 MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-Penal*. Traducción del alemán de Francisco MUÑOZ CONDE, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, cit., p. 34.

te objetivo-externa y subjetivo –interna de la acción que materialmente da lugar al delito⁵⁰⁷.

La expresión “típicamente”, expresa justamente la indisolubilidad de la tipicidad y la antijuridicidad; es, por eso que en todas estas obras la antijuridicidad antecede a la tipicidad, porque la antijuridicidad da la valoración que permite entender la tipicidad, pero a su vez sólo la tipicidad puede indicar los hechos antijurídicos que interesan al derecho penal⁵⁰⁸. (...) El Derecho penal se refiere exclusivamente a la conducta humana; pero la “norma de valoración objetiva” valora esta conducta humana en su existencia dada, sin consideración a la cuestión del reproche personal⁵⁰⁹. En esto radica –dice MEZGER- la importancia diferencia entre injusto y culpabilidad, (...) como el más importante fundamento de toda sistemática jurídico-penal⁵¹⁰.

La acción sigue manteniéndose como un elemento de relevancia para el sistema (teoría de la acción), la cual es punible siempre y cuando se dirija contra el Derecho y la persona sea penalmente imputable.

a. El Causalismo

Posición dogmática que se relaciona directamente con el pensamiento positivista, supuso una renovación del pensamiento sistemático, dejando de lado el delito como aspecto legal, centrando su visión en el delincuente y el delito como fenómenos sociales y legales a la vez.

Su aparición fue favorecida no sólo por el fracaso de los principios clásicos en la lucha contra el delito, sino también por la extensión del método experimental y de observación a las ciencias sociales, tarea que realizarán AUGUSTO COMTE, HERBERT SPENCER, JOHN STUART MILL y otros sociólogos del siglo XIX; por el progreso de algunas ciencias, tales como la antropología, la psicología y la psiquiatría, y por la aplicación de la estadística a las investigaciones sociológicas⁵¹¹, (...) una doctrina que desgarró la acción en dos partes: el proceso causal externo (“objetivo”) por un lado y el contenido de la voluntad, “meramente” subjetivo, por otro⁵¹².

507 MIR PUIG, S.; *El Sistema del Derecho Penal en la Europa actual*, cit., p. 32.

508 Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 133.

509 Cfr., MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones de la...*, cit., ps. 32-33.

510 MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones...*, cit., p. 33.

511 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 23-24.

512 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Traducción y notas por José CEREZO MIR. Julio César Faira - Editor, Reimpresión, Montevideo - Buenos Aires, ps. 49-50.

Para la escuela positiva, el Derecho es producto social, lo mismo que otras manifestaciones de la vida humana asociada⁵¹³, por lo que el Derecho penal surge como instrumento indispensable para hacer frente a la "peligrosidad social" de la delincuencia, como una forma de organización social dirigida a la "defensa social". El delito, por lo tanto, posee una entidad jurídica y fáctica, pues la calificación legal de "delito" supone la adecuación fáctica de la conducta enjuiciada al tenor literal de la ley⁵¹⁴.

En el concepto cuatripartito inicial, que luego se ha llamado concepto clásico del delito, defendido de modo emblemático por BELING o VON LISZT, se procedió al examen general del delito bajo la influencia del positivismo científico, prestigioso y triunfante a fines del s. XIX gracias al extraordinario desarrollo que había propiciado a las ciencias naturales y experimentales y de las técnicas basadas en ellas; por eso se utiliza el método analítico del positivismo científico, distinguiendo y separando claramente los componentes del delito, buscando en cada caso su base empírico-descriptiva y diferenciando estrictamente los caracteres objetivos y subjetivos⁵¹⁵. Entonces, a la escuela positivista le corresponde el método inductivo a partir del estudio fenoménico de las ciencias naturales, es decir, parte de las estructuras del "ser" en base al juicio causal-naturalista.

En el ámbito científico de la teoría del delito, la postura que nos interesa del Positivismo es la que se encuadra en la Escuela Técnico-Jurídica, que gira en torno a la norma positiva⁵¹⁶.

Al principio se desarrolló dogmáticamente, un Injusto puramente objetivo al admitir el injusto civil como contrariedad al aspecto externo del hecho.⁵¹⁷ BINDING volcó la separación propia del sistema clásico entre los aspectos objetivos del hecho, afectos a la antijuridicidad y los subjetivos, examinados en la culpabilidad.⁵¹⁸ El delito pasó a ser con VON LISZT una acción antijurídica y culpable. construcción teórica a la cual posteriormente, BELING sumó la tipicidad.

513 SÁINZ CANTERO, J. A.; *La Ciencia del Derecho Penal...*, cit., p. 84.

514 ASÍ, LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal*, cit., p. 24.

515 LUZÓN PEÑA, D. M.; cit., p. 228; así también, Roldán Barbero, Horacio; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*. Universidad de Córdoba, España, cit., ps. 24-25; SÁINZ CANTERO, J. A., ob. cit., p. 86; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., ps. 77-78.

516 Cfr., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; cit., p. 78.

517 Desde una valoración primigenia del Injusto, el delito era valorado desde un aspecto externo (*actus reus*, comportamiento prohibido) y aspecto interno (*mens rea*, mente culpable), la primera indica sobre la valoración externa que vendría a ser la antijuridicidad y la segunda sobre el aspecto interno, que vendría a ser la culpabilidad o dicho en términos más acabados "imputación individual".

518 BINDING, Karl; *Die Normen und ihre Übertretung*, t.I, 2da. edición de 1890, FÉLIX MEINER, Leipzig, 1922.

El Injusto Objetivo, surgió en las construcciones sistemáticas del delito en autores como IHERING y HEGEL como mera desvaloración de los hechos externos; dicha elaboración teórico-conceptual, se vio revestida de una concepción sicológica de la Culpabilidad, como nexo subjetivo del autor con el hecho externo reprobado, por ende, sólo aquel con capacidad de culpabilidad podía ser destinatario de las normas, por lo que no se concebía un Injusto no Culpable.

Asimismo, una concepción del injusto -así formulado-, podía traer como atención cualquier acontecimiento, que provocara un estado de cosas reprobado, como aquellos propiciados por la naturaleza y los seres ajenos a una imputación estrictamente normativa; consecuentemente, se construían dos variantes de «antijuridicidad», visión favorecida por una concepción imperativa de la norma que produjo una confusión entre injusto y culpabilidad. HOLD VON FERNECK negó la construcción de un injusto objetivizado, pero aplicó una concepción imperativista de la norma en el ámbito de la antijuridicidad que lo llevó a considerar dos variantes de antijuridicidad: el hecho genuinamente antijurídico (*Rechtswidrigkeit*) y el que se realiza sin estar amparado por el Derecho (*ohne Recht*)⁵¹⁹; por tales motivos, los inimputables no estaban en capacidad de cometer hechos genuinamente antijurídicos porque a ellos no les alcanzaba el deber; el legislador les negaba la calidad de destinatarios de las normas, por ende, ante agresiones ilegítimas procedentes de agentes inimputables, no resultaba admisible la Legítima Defensa.

La consideración del tipo, excesivamente *objetivo*, pierde coherencia con el tratamiento e inclusión de elementos subjetivos, imprescindibles para una imputación real-valorativa, desnaturalizándose la valoración del aspecto material-lesivo del hecho con elementos ajenos a dicho análisis valorativo. En tal medida, una correcta visión del Injusto, debe partir de una premisa fundamental: el despliegue de una conducta humana voluntaria y consciente, como presupuesto indispensable para establecer la relevancia jurídico-penal del hecho; de esta forma toma lugar una antijuridicidad de carácter penal, la cual puede ser causada, provenga o no de una acción culpable; el impulso de una acción final dirigida de forma consciente y no ciega como postulaban los partidarios del causal-naturalismo.

La voluntad se constituye en la piedra angular que dota de sentido social y jurídico, la acción humana, sin ella se convierte en un mero objeto dotado únicamente de significancia natural más no fenoménica. Como ha puesto de relieve WELZEL, el contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige, conforme a un plan y sobre la

519 Citado por MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001; *Rechtswidrigkeit*, T. II, pp. 122 y ss.; en esa misma orientación, Merkel y Binding

base del saber causal, el suceder externo, se convierte en un mero "reflejo" del proceso causal externo en el alma del autor⁵²⁰; de tal manera que la vinculación entre la conducta jurídico-penalmente disvaliosa y su autor, se funda en una concreta manifestación de la voluntad humana; como una vía adecuada para desvirtuar responsabilidad penal cuando el suceso externo no es obra del sujeto como individuo –portador de alma y de sentido–, premisa fundamental que recoge el Derecho penal para construir la imputación delictiva.

La calificación de los postulados teóricos del Positivismo, resultan insuficientes para poder resolver la gran variedad y complejidad de casos que se plasman en la realidad social, se extendió incluso a la modalidad naturalista sociológica de VON LISTZ. El Sistema tripartita del delito: acción, antijuridicidad y culpabilidad encontraban insatisfacción explicativa con arreglo a la metodología Positivista, no podían explicar la omisión, pues ésta no es la negación de la acción⁵²¹.

La omisión siempre tiene lugar mediante un hacer positivo, se hace cualquier cosa menos la esperada por el directivo de conducta; la exigencia de actuar proviene del mandato normativo, por lo tanto no podía ser explicado bajo una posición causal naturalista, siendo su base material derivada de una construcción eminentemente normativa.

En cuanto a la antijuridicidad, dice MIR PUIG, con el Positivismo no era posible descubrir el esencial contenido de valor –inherente a dicha contrariedad normativa–; el concepto de antijuridicidad material no fue suficiente para superar la neutralidad valorativa⁵²²; la antijuridicidad material no puede ser concebida únicamente como la causación de un resultado lesivo concretado en un bien jurídico protegido, era necesario remitirse a los elementos subjetivos.

Apunta BUSTOS RAMÍREZ, que durante toda la primera época de la formulación de la teoría del delito, esto es, dentro del estricto esquema de Liszt y Beling, se concibieron las características del delito –por el sentido naturalístico incluido dentro del sistema– como elementos, claramente deslindables unos de otros como la física o la química. Se trataba, pues, en cada caso de estancos separables, y de ahí que una pirámide en escalones fuera de la forma más apropiada para describir gráficamente el modelo⁵²³.

MEZGER, en 1924 introduce en el Injusto, elementos subjetivos o de tendencia interna (*die Subjektive Unrechtselement*), reconociendo una clasificación tripartita del delito, distinguiendo entre delitos de intención, de tendencia y de

520 WELZEL, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 52.

521 MIR PUIG, S.; op.cit.

522 Ibidem.

523 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal (PG)*, cit., ps. 137-138.

expresión. Los elementos subjetivos son imprescindibles en algunos delitos, como el hurto para averiguar la intención del autor como elemento subjetivo *del injusto*, ajeno al dolo, elemento este último que es parte de la Culpabilidad.

También puede la valoración del injusto referirse a lo espiritual. Con otras palabras: El injusto tiene junto a su lado externo también un lado interno (...) ⁵²⁴, esto es, el injusto no sólo actuar contra el Derecho, sino una dirección impulsada por las fuerzas internas del hombre.

El reconocimiento de la existencia de elementos subjetivos del Injusto, fuerza a su consiguiente inclusión del dolo y la culpa en el ámbito de la tipicidad por parte de WELZEL, pues en la construcción sistemática de MEZGER el dolo y la imprudencia son parte de la teoría de la Culpabilidad como la dirección de la voluntad desvalorada. Abandonada la posición naturalista-causal del delito, tanto antijuridicidad como culpabilidad, no pueden seguir concibiéndose como la parte objetivo-externa y subjetivo-interna de la acción que materialmente da lugar al delito ⁵²⁵.

La expresión "típicamente", expresa justamente la indisolubilidad de la tipicidad y la antijuridicidad; es, por eso que en todas estas obras la antijuridicidad antecede a la tipicidad, porque la antijuridicidad da la valoración que permite entender la tipicidad, pero a su vez sólo la tipicidad puede indicar los hechos antijurídicos que interesan al derecho penal ⁵²⁶. (...) El Derecho penal se refiere exclusivamente a la conducta humana; pero la "norma de valoración objetiva" valora esta conducta humana en su existencia dada, sin consideración a la cuestión del reproche personal ⁵²⁷. En esto radica —dice MEZGER— la importancia diferencia entre injusto y culpabilidad, (...) como el más importante fundamento de toda sistemática jurídico-penal ⁵²⁸.

La acción sigue manteniéndose como un elemento de relevancia para el sistema (teoría de la acción), la cual es punible siempre y cuando se dirija contra el Derecho y la persona sea penalmente imputable.

Por otra parte, se fundamenta la «doctrina causal», en una identificación de la acción humana con sus aspectos causales naturales -leyes provenientes de la ciencia natural-. Así, la acción era concebida de forma estrictamente causal, como transformación física del mundo exterior, en donde lo relevante estaba integrado por un movimiento corporal generador de un proceso cau-

524 MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-Penal*. Traducción del alemán de Francisco MUÑOZ CONDE, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, cit., p. 34.

525 MIR PUIG, S.; *El Sistema del Derecho Penal en la Europa actual*, cit., p. 32.

526 Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 133.

527 Cfr., MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones de la...*, cit., ps. 32-33.

528 MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones...*, cit., p. 33.

sal que generaba un resultado lesivo en el bien jurídico tutelado. Doctrina que se basaba en los postulados provenientes del *ius naturalismo*, por el método inductivo-experimental que utiliza. La acción, por lo tanto, revela un contenido meramente objetivo desvinculado de cualquier idea subjetiva, como manifestación de una conducta humana mecanizada, sin interesar el grado de vinculación interna determinada en la esfera volitiva del autor.

Tanto los elementos de tipicidad y antijuridicidad eran concebidos de forma objetiva (Injusto objetivizado). La tipicidad era entendida como una mera descripción objetiva de un determinado proceso causal que tenía su origen en un impulso físico, que para poder ser desvalorado debía necesariamente producir un resultado lesivo (valoración *ex post*) de acuerdo a una adecuación formal-objetiva del tipo penal. Al asumir la acción un rol protagónico, la tipicidad únicamente tiene un carácter descriptivo y no valorativo, pues se entiende que el simple hecho de que una acción esté descrita en la ley penal no implica todavía valoración negativa, ni positiva, de esa conducta, sino que es algo valorativamente neutro, ya que puede suceder que concurra una causa de justificación que elimine la antijuridicidad y con ello el posible desvalor o incluso suponga una valoración positiva⁵²⁹.

Atendiendo la anterior, la tipicidad, al constituir un puro elemento descriptivo, no desplegaba función alguna de manera independiente, pues desconectada de la antijuridicidad no cumplía más que una labor informativa, no podía por ende servir de valoración para sustraer la conducta de relevancia jurídico-penal.

No resulta indispensable, que el autor quiera o siquiera pueda prever el resultado, basta con el nexo causal (responsabilidad objetiva por el resultado). Al igual que la tipicidad, la antijuridicidad era concebida desde un plano objetivo, como mera contradicción a la norma (*Rechtswidrigkeit*). La antijuridicidad de una acción típica, por tanto, no significaba otra cosa que su incompatibilidad con el Derecho positivo. Cuya determinación en el caso concreto se simplificaba desde el punto de vista pragmático por el hecho de que la antijuridicidad era la regla general para las acciones típicas y sólo para la comprobación de la concurrencia de un caso excepcional habría que pasar revista a las causas de justificación reguladas en el Derecho positivo⁵³⁰.

Por su parte, la culpabilidad estaba integrada por el componente subjetivo de la teoría del delito (dolo y culpa); la culpabilidad, representaba así el nexo psicológico del hecho antijurídico con su autor.

La Culpabilidad, de este modo importaba la vinculación subjetiva del autor con el hecho antijurídico, a través del dolo o la culpa. Se configura como un

529 LUZÓN PEÑA, D. M.; cit., p. 229; así, SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal...*, cit., p. 45.

530 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal...*, cit., ps. 44-45.

elemento también neutro, pues no toma en consideración la particular situación del autor conforme a su posibilidad de desarrollar su conducta conforme al mandato normativo, no determina la posibilidad de actuación del sujeto conforme su deber de actuar, y en cuanto a las facultades de poder hacerlo cuando éstas le son inevitables.

Como presupuesto de esas formas de culpabilidad, se exige la imputabilidad, la capacidad individual por condiciones de madurez y normalidad psíquica; y por último, otra serie de circunstancias subjetivas, como propósitos o fines específicos, móviles, condiciones personales, etc., podrían graduar o excluir la culpabilidad⁵³¹.

En este orden de ideas, sólo podía cometer actos antijurídicos, aquel con capacidad de acción, dependiendo de sus capacidades individuales, por ende, en base a esta teoría no se aceptaba un Injusto no culpable. Representantes: VON LISZT y BELING. Las teorías que se incardinan en los postulados son la "Equivalencia de Condiciones" y la "Causación Adecuada". El Causalismo colapsó en su intento fallido de explicar coherentemente el fundamento de punición de los injustos imprudentes, de los delitos de omisión, así como para sostener la punición de aquellas conductas que sin lesionar materialmente un bien jurídico (tentativa), ya importan un disvalor (de la acción), suficiente para desencadenar una descarga punitiva. Norma y sociedad se encuentran totalmente desconectadas.

b. El Finalismo

Tras la II Guerra Mundial con la caída del Nacional-Socialismo en Alemania, la ciencia jurídico-penal (la dogmática), habría de renovarse de forma significativa, luego de un oscurantismo jurídico producto del intrusismo de la ideología nazista en las formulaciones dogmáticas que inspiraban la interpretación de la Ley.

Una revolución científica que había de recuperar el tiempo perdido, superando el anclaje relativista del pensamiento Neokantiano en el Sistema del delito⁵³², irrumpe así el «Finalismo», de la mano del penalista alemán HANS WELZEL, sin dejar de lado a EDMUNDO MEZGER, cuya construcción científica si bien parte de un concepto causal de la acción, introduce elementos en la teoría del delito, que lo insertan en el universo normativo, de cierta forma⁵³³.

531 LUZÓN PEÑA, D. M.; cit., p. 230.

532 Como anota SILVA SÁNCHEZ, la realidad -desde tal perspectiva- sólo aparece racionalmente ordenada en el marco del propio proceso de conocimiento y una vez sometida a las categorías de la razón (que para el neokantismo son subjetivas, Individuales); Aproximación al *Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 59; así, también LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., ps. 230 y ss.

533 Sobre el pensamiento de MEZGER, resulta ilustrativa la Monografía escrita por Francisco

Entre 1945 y 1960, relata ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la ciencia penal alemana está absolutamente dominada por el pensamiento de un jusfilósofo Hans WELZEL quien llega a dar una "revolución copernicana" en la ciencia penal al producir un viraje sustancial en el método y en el objeto, con importantes transformaciones en la teoría del delito⁵³⁴.

Importantes aportaciones que se traducen en la construcción de un Injusto personal, que tiene como basamento la "autonomía personal" del individuo; de ella surgió el intento de probar que en las "estructuras lógico-objetivas del mundo marcado por la convivencia humana y dotado así de sentido" se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas (de realidad y de valor)⁵³⁵.

El sistema construido por Hans WELZEL señala el rescate del ser humano como ser pensante y de la dignidad humana como fundamento del ordenamiento jurídico⁵³⁶. La concepción *ontológica del ser humano*, resultado importante para determinar la inclusión de la manifestación de esa *personalidad* en el primer escalafón valorativo del delito, a lo cual debe sumarse elementos *normativos*, para fijar con corrección el ámbito de lo prohibido.

Según WELZEL, el legislador está vinculado por realidades ónticas pre-existentes, por estructuras lógico-reales, por la "naturaleza de las cosas", que no puede desconocer sin malograr la regulación legal⁵³⁷. De estas estructuras lógico-objetivas sobresale la "voluntad humana" como núcleo rector que habría de orientar la conducta humana que interesa al Derecho penal, y significa la determinación de la acción como categoría pre-jurídica indispensable para el sistema mismo, del derecho punitivo.

Se "materializó" la voluntad de la acción, al sustituir el "movimiento corporal voluntario" por el "*ejercicio de la actividad finar*"⁵³⁸, y la estructura de la culpabilidad como "*poder actuar de otro modo*"⁵³⁹.

La gran contribución del Finalismo al pensamiento sistemático, no se limita a la consideración de un Injusto personal, que permitió considerar a las causas de justificación también desde un aspecto subjetivo, que da cabida a elementos subjetivos en la adecuación típica, desplazados de la Culpabilidad, empero merece un renglón aparte la atribuida misión del Derecho en defensa

MUÑOZ CONDE "Emund MEZGER y el Derecho Penal de su tiempo".

534 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 96.

535 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 54.

536 REGIS PRADO, L./ MENDES DE CARVALHO, É.; *Teorías de Imputación Objetiva del Resultado. Una Aproximación crítica a sus fundamentos*, cit., p. 69.

537 LUZÓN PEÑA, D. M.; cit., p. 236.

538 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 56.

539 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 60.

de los valores ético-sociales, tendiendo más importancia que la tutela de bienes jurídicos.

¿Por qué tiene para WELZEL, la protección de bienes jurídicos menos significado que el ánimo, la manera de pensar (*Gesinnung*)? se pregunta POLITOFF. El escribe: "La simple tutela de bienes jurídicos tiene solamente un propósito de precaución, policial-preventivo". Agrega: "Más que el actual resultado positivo de la acción, lo que al derecho penal le importa es la permanente tendencia positiva de los súbditos del derecho (*Rechtsgenossen*)"⁵⁴⁰; de modo, que la espiritualización del sujeto, esto es, la esfera interna en cuanto a la voluntad como punto determinante de dicha estructura adquiriría una mayor relevancia que los intereses jurídicos que "objetivamente" debía tutelar el Derecho penal. Afirmación aquélla, que sirvió para que se le critique a WELZEL la superposición de los contenidos dogmáticos (lógico-objetivos) a los fines político-criminales.

En palabras de MUÑOZ CONDE, el reproche más firme que se ha hecho a su teoría es precisamente que, desde el punto de vista político-criminal, favorecía el "Derecho penal de la voluntad" patrocinado por los penalistas nazis más destacados, al subjetivizar en demasía el concepto de ilícito o injusto, preconizar que la tentativa sea castigada con la misma pena que el delito consumado, ampliar la punibilidad de la tentativa inidónea a casos rayanos en la tentativa irreal o el delito imposible, tesis que evidentemente son más afines, en todo caso, a un Derecho penal autoritario que a un Derecho penal liberal⁵⁴¹.

Al margen de la apreciación crítica del pensamiento de WELZEL, debe precisarse que la valoración jurídico-penal debe estar al margen de consideraciones internas que no manifiesten de forma objetiva ataques idóneos a bienes jurídicos. Con tal proceder se justifica la injerencia 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 jurídico⁵⁴²; este planteamiento confunde la fundamentación primaria del ordenamiento penal con su función esencial⁵⁴³.

La función ético-social de la norma se encuentra presente, cada vez que el legislador utiliza la norma penal para desplegar puros efectos comunicativos de orientación promocional («socio-pedagógicos»), en cuanto, recoge los intereses sectoriales de ciertas agrupaciones sociales y políticas, que utilizan el Derecho penal para positivizar sus intereses particulares.

540 POLITOFF L., S y otros.; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 41.

541 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund MEZGER y...*, cit., p. 45.

542 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 302.

543 POLAINO NAVARRETE, M.; *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, cit., p. 236.

La acriminación de ciertas conductas que no cumplen con los presupuestos materiales de legitimidad (principio de ofensividad), en cuanto plano de justificación axiológico de intervención del derecho punitivo. Efectos de prevención nulos, en la medida, que son normas (simbólicas), que difícilmente serán efectivizadas por los Tribunales, pero se dice que sólo puede tener efectos «educativos»⁵⁴⁴.

En otras palabras, el legislador desborda aquí su tradicional limitación de los bienes socialmente consagrados como merecedores de tutela penal⁵⁴⁵. Así, sabemos que la creación de tipos penales no se puede regir por “criterios irracionales”, que muchas veces imperan en los procesos psicológicos sociales, ni se puede utilizar el instrumento punitivo como elemento de “educación” o “promoción” de valores⁵⁴⁶.

Sin duda, la argumentación expuesta, demuestra que la atribución de la función ético-social a las normas penales puede servir de acicate para la formulación de estructuras típicas que no se condicen con los criterios de legitimación interna que debe procurar respetar el legislador en dicho proceso formativo⁵⁴⁷.

Como también es verdad -y sirve para aventar cualquier prejuicio ideológico-que WELZEL reivindicaba el reconocimiento del hombre como persona responsable, cual requisito mínimo que debe atender el orden social, si no quiere sólo coaccionar a través del poder, sino obligar como derecho⁵⁴⁸.

El concepto de acción no se constituía jurídicamente, sino era una estructura ontológica, es decir, que el Derecho penal estaba vinculado al plano de la realidad, por una estructura lógico-real. De este modo, la acción entraba al tipo con su finalidad; dolo y culpa se desplazan de la culpabilidad y han formado parte de la tipicidad en su vertiente subjetiva. Es así, que el tipo objetivo abarcaba el resultado, tanto en el tipo doloso como culposo.

Lo anotado conduce a afirmar, que lo prohibido o mandado está en relación con una acción, y ésta revela una estructura final; el legislador o bien el ordenamiento jurídico tiene que reconocer tal estructura lógico-objetiva, ontológica, pues en caso contrario su sistema adolecería de contradicciones y lagunas. Se considera a la acción humana en un contexto social, en que la significación

544 Así, SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. cit., p. 301.

545 Cfr., SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. cit., p. 302.

546 CUESTA PASTOR, Pablo; *Delitos Obstáculo. Tensión entre Política Criminal y Teoría del Bien Jurídico*. Granada, 2002, cit., p. 32.

547 Así, POLAINO NAVARRETE, M.; *Derecho Penal. Modernas bases Dogmáticas*, cit., p. 237.

548 Palabras de Gonzalo D. FERNÁNDEZ, en la obra “*El Nuevo Sistema del Derecho Penal*” de Hans WELZEL, cit., p. 13.

de la misma adquiere una especial relevancia; sólo puede ser responsable penalmente aquello que se ha querido.

Dicho lo anterior, el aspecto «volitivo» adquiere una inusitada relevancia, dotando así al tipo, de un contenido subjetivista, contrario al injusto —en puridad-*objetivo*, concebido por los causalistas.

El nuevo contenido con que se dotaba a la antijuridicidad permitía establecer un concepto normativo puro de la culpabilidad, despojándolo de componentes psicológicos. Junto a ello, imprime WELZEL la función del Derecho penal de proteger determinados deberes y valores de conciencia, de acto o de sentido, pues son ellos los que le dan dirección a los actos del sujeto; sólo en segundo término, en forma mediata se protegen los bienes jurídicos.

Como bien afirma BUSTOS RAMÍREZ, con ello se afirma la naturaleza ético-social del derecho penal, en conformidad a la naturaleza ético-social de sus fundamentos, que serían la dignidad humana y las estructuras lógico-objetivas⁵⁴⁹.

Sin duda, el Finalismo se aparta de una concepción, naturalista propia del causalismo, pero se adentra en la ciencia del espíritu, en los valores internos de la persona en forma individual como realidades absolutas, pero metafísicas al fin, por su carácter ,-fácticamente indemostrable-, cayéndose en una profunda abstracción, al subordinar los datos sociológicos a lo estrictamente ético-espirituales.

Gracias al aporte del concepto Bi-dimensional del Delito estructurado por WELZEL es que pudo descomponer el Injusto Penal (teoría de lo Ilícito Personal): en el disvalor de la acción y disvalor del resultado; en base a esta descomposición es que se pudo fundamentar la punición del *delito tentado* en el disvalor de la acción; lo que conduce a afirmar, que para que una conducta tenga merecimiento de pena no es necesario que se produzca el resultado final querido por su autor, sino basta que con su acción se haya creado un riesgo no permitido por la norma penal.

Si bien WELZEL tenía razón, cuando atribuyó a la tipicidad la función de selección de lo jurídico penalmente-relevante, se equivocó al estimar que toda la materia prohibitiva quedaba comprendida en el tipo penal, pues también los preceptos permisivos (Causas de Justificación) condicionan la materia prohibitiva.

c. Sistemas Funcionalistas

Vaya que ciertos sucesos, marcan todo un hito en la historia de la humanidad, ello ha de repercutir en todos los ámbitos del quehacer humano, incluido

549 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia, 1986.

el científico; el Derecho, cuyos basamentos experimentan una renovación tal, inspirando nuevos vientos en el pensamiento sistemático del Derecho penal, trayendo consigo formulaciones dogmáticas, que salen del esquema privativo del conocimiento científico, anclado irremediabilmente en el «ontologismo», como es de verse con el Finalismo y el Causalismo; la salida jurídica, no sólo de corte dogmático, sino también, la necesidad por conciliar el Derecho penal con la política criminal.

Pasadas dos décadas, del oscurantismo dogmático, manifestado por la Escuela de Kiel -durante el imperio del Nacionalsocialismo en Alemania, la doctrina penal alemana, de corte «Funcionalista», repunta sus avances dogmáticos, gracias a la resonancia que en los años setenta, encontró como base sociológica en la teoría de los Sistemas de LUHMANN⁵⁵⁰, inspirada y llevada a todas sus consecuencias en la teoría jurídica del delito, construida por el penalista y filósofo alemán: JAKOBS; sistema jurídico -penal revolucionario en cuanto a su ideologización de la teoría sistémica que importa en los hechos la excesiva normativización de los elementos intrasistemáticos.

A la par, aparece la propuesta doctrinaria -de recibo más moderada y conciliadora del sistema penal, nos referimos a CLAUS ROXIN, abriendo los espacios suficientes a una constante crítica y revisión de los elementos categoriales del delito, a través de valoraciones político-criminales, fruto de un Sistema Penal coherente con las finalidades político-criminales. Un sistema teleológico necesariamente tiene que converger en una normativización de los conceptos, porque éstos están fundamentados no en la esfera ontológica, sino en su orientación a fines⁵⁵¹, fines de orientación político-criminal, claro está.

El funcionalismo es entendido de forma amplia como la corriente de pensamiento que orienta el conocimiento hacia fines sociales de integración y consenso⁵⁵².

550 MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Op. cit.; LUHMANN incorpora a la teoría del Derecho sus propuestas funcionalistas, recurriendo a criterios de eficacia e instrumentalidad, que pueden brindar un soporte legitimador al aparato penal más acorde con el concepto de Welfare State en crisis: "toda organización social conoce el management by exception. Este modelo se puede transferir a la política criminal ampliada, en el sentido de una actividad excepcional de los recursos de poder. Citado por SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, cit., p. 132; LUHMANN, MACHT, STUTTGART, 1975, cit., p. 197; el Funcionalismo como teoría funcional del Derecho es conceptualizado como una filosofía social o una teoría global de la sociedad, que tiende a formular explicaciones ontológicas, apriorísticas e, incluso metafísicas de las funciones desarrolladas en un sistema social por sus elementos y que tiende también -frecuentemente a dar una visión justificadora y legitimadora de lo existente, así como a construir una especie de metafísica del equilibrio social. En: ARNAUD/FARINAS; *"Sistema Penal y Problemas Sociales"*, Coordinador y colaborador: Bergalli, Roberto. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 32.

551 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., ps. 114-115.

552 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 31

Desde esta perspectiva, la tarea del Derecho penal se define a partir de su función en relación a la contención de la criminalidad. Según esta orientación del pensamiento, el sistema penal se encuentra determinado por el fin de prevención, que constituye el valor rector del pensamiento sistemático y que permite anclar el relativismo axiológico en funciones sociales⁵⁵³. El Estado y la sociedad comparten fines valiosos en cuanto a la preservación de un sistema social regido por el Derecho, y bajo el respeto a los intereses jurídicos predominantes para la coexistencia pacífica de sus miembros.

La novedad del criterio teleológico-funcionalista en la dogmática jurídico-penal se halla, (...) escribe SILVA SÁNCHEZ en la voluntad de racionalizar esa intervención de aspectos teleológicos en la construcción del sistema. Se trata dice el autor (...) de conformar un sistema abierto, analizando además cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines, etc.⁵⁵⁴.

Como se desprende del Sistema del delito de ROXIN, cada elemento o mejor dicho «categoría dogmática», despliega una determinada función en cuanto delimitación del injusto y la culpabilidad, en cuanto merecedor de pena, de acuerdo a fines estrictamente preventivos; todo ello, en mérito a la síntesis del Derecho penal con la política criminal, ajustado a los dictados de un «Estado Social de Derecho».

Las posturas funcionalistas tienen como principal predicamento, como se ha venido sosteniendo, a la “prevención” de delitos, se deja de lado las posiciones retribucionistas (adiós a HEGEL y a KANT); edificando el sistema, no sólo desde un punto de vista dogmático, sino es que se llena de contenido valorativo dichos planos de abstracción, con los fines políticos del Estado, en cuanto a la misión de reducir los márgenes visibles de la delincuencia en la sociedad.

Como bien explica POLAINO NAVARRETE toda norma penal protege un concreto bien jurídico y todo delito lesiona una norma (y, por tanto, todo delito lesiona o pone en peligro el bien jurídico que la norma protege)⁵⁵⁵. La orientación preventiva del Sistema Penal es el único que puede adscribirse a los principios político-jurídicos del Estado Social y Democrático de Derecho.

El contenido de las categorías dogmáticas se selecciona en función del sistema social, y no a la inversa, como se concebía con VON LISZT, por ejemplo, en cuanto a una integración de la norma con la sociedad; de que el legislador siga las pautas de configuración que el texto ius-fundamental, consagra, en lo

553 Ibídem.

554 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 68.

555 POLAINO NAVARRETE, M.; *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, cit., p. 228.

que respecta a la intervención de la violencia punitiva en la esfera de libertad ciudadana.

El sistema puede ser referido al sistema social general (Prevención General Positiva) o a aspectos parciales del sistema o subsistema, es decir, el individuo en el sentido de la teoría de la prevención especial; en síntesis, funcional es todo aquello que sirve para el mantenimiento del sistema y para preservar su normal funcionamiento; es así, que se apartan de los datos que le proporciona la ciencia natural o la fenomenología, para fundar su teoría en datos sociológicos que se derivan del sistema en su conjunto.

En el plano de las corrientes funcionalistas, se realiza una distinción entre aquella postura radical de la normativización propia del sistema (sociológico) de JAKOBS, y la postura conciliadora del Sistema Penal con la Política Criminal de ROXIN⁵⁵⁶; ambas apuntan hacia un mismo fin (*preventivo*), pero utilizan una metodología distinta, lo que en algunos puntos pueden llevarlos a resoluciones irresolublemente antagónicas.

c.1. Sistema Funcionalista de la Unidad Sistemática entre Política Criminal y Derecho Penal

El fundamento de la postura de ROXIN consiste en el intento de superar el dualismo metódico de VON LISZT entre dogmática y política criminal, haciendo que se enriquezca la primera con las aportaciones de la segunda⁵⁵⁷.

Dicho de otro modo: *el método de ROXIN parte por conciliar la dogmática jurídico-penal con los fines político-criminales del Estado, esto es, los fines político-ideológicos del Estado de Derecho con el Estado Social, a fin de promover los fines sociales en cuanto necesidades preventivas de la criminalidad.*

En palabras de ROXIN, hay que reconocer (...) también en Derecho penal, que -sin perjuicio del mantenimiento limitado de las exigencias del Estado de Derecho- los problemas político-criminales configuran el contenido propio también de la teoría general del delito⁵⁵⁸.

El principio *nullum crimen* tiene que dar ya directrices de conducta, además de cumplir su función liberal de protección convirtiéndose de este modo en un instrumento de configuración social de alta significación⁵⁵⁹. Así se parte a la valoración de las categorías dogmáticas en cuanto a plano de solución de conflicto entre la libertad de actuación personal y las esferas de protección

556 Así. SILVA SÁNCHEZ, J. M.; cit., p. 68; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; cit., p. 116.

557 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; cit., p. 116.

558 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, cit., p. 45.

559 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, cit., ps. 45-46.

normativa, a fin de dar una adecuada y racional respuesta jurídica al delito, respuesta que un sistema ontológico o puramente valorativo no podía ofrecer de forma satisfactoria.

A partir de su construcción sistemática, el tipo o dígame la tipicidad cumple una función de primera línea como mandato garantista de la determinabilidad de la ley penal conforme al principio del *nullum crimen*, del cual derivarse la estructuración dogmática. La antijuridicidad, por el contrario, es el sector de las soluciones sociales a los conflictos, el campo en que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo⁵⁶⁰.

Y, con respecto a la Culpabilidad, éste tiene en realidad mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, sino a las consideraciones preventivas en cuanto límite de aplicación de pena.

Ciertamente la culpabilidad actúa al mismo tiempo fundamentando la pena, ya que sin ella y su medida no puede ser impuesta⁵⁶¹, por lo que la pena debe orientarse a la prevención de delitos en el futuro, sea incidiendo en la generalidad (prevención general) o actuando de forma positiva en el sujeto infractor (prevención especial). Mediante esta vinculación, subraya SCHÜNEMANN de los concretos niveles sistemáticos a diversos valores rectores, ROXIN obtiene -en fructífero desarrollo del neokantismo, que se quedó anclado en el relativismo axiológico- líneas específicas de concreción, que conducen a la progresiva diferenciación de las tres categorías del sistema⁵⁶².

En muchos ámbitos se determinan una serie de consecuencias de alto contenido valorativo (político-criminal), por ejemplo que la realización del tipo no basta de una que de forma causal e imprevisible lesiona un determinado bien jurídico, sino que la imputación objetiva importa la creación de un riesgo no permitido que ingrese al ámbito de protección de la norma, definitivamente ROXIN es uno de los grandes propulsores de la moderna teoría de la Imputación Objetiva. De esta forma, la acción de matar no es simplemente la realización causal o final del resultado de la muerte sino de la creación y realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito del tipo⁵⁶³.

A partir de su generosa teoría del dominio del hecho en el ámbito de la autoría y participación se parte de una concepción material objetiva que permite atribuir responsabilidad penal a quien fácticamente no ha realizado el suceso

560 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, cit., ps. 58-59.

561 ROXIN, C.; *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, cit., ps. 72-73.

562 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 65.

563 ROXIN, C.; *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, cit., p. 71.

típico, pero por detentar el dominio de la voluntad es quien tiene el dominio del hecho y por lo tanto es «autor mediato⁵⁶⁴»; así también la incorporación de una serie de valoraciones que penetran en el ámbito de la antijuridicidad englobando lo que él denomina la solución social al conflicto mediante la ponderación de intereses y acuñando una serie de principios que se compaginan de forma sistemática en los preceptos permisivos (causas de justificación). En esta medida la tarea de las causas de justificación es, por tanto, la adecuada limitación del castigo de las conductas típicas⁵⁶⁵.

Se trata de un sistema adecuado al fin preventivo especial de la pena, al tratamiento individual del delincuente con fines terapéuticos, rehabilitadores y resocializadores, evitando así la reincidencia. El principio de culpabilidad no sólo es un elemento categorial del delito, sino también, tiene carácter de principio de política criminal rector del tipo penal. Al otorgarle este contenido valorativo, el merecimiento de pena puede verse limitado por determinados criterios que fundamentan la exclusión de sanción.

Las necesidades de la prevención especial impregnan totalmente la responsabilidad de que la culpabilidad es presupuesta, es decir, la comisión de un injusto penal responsable no es suficiente presupuesto para la imposición de una pena, se deberá recoger también valoraciones político-criminales.

El tipo objetivo se reduce en el causal-naturalismo a la simple causalidad, proponiendo su reemplazo por la producción de un riesgo no permitido por el ámbito protector de la norma, sustituyéndose de esta manera, la categoría científica, natural o lógica de la causalidad por conceptos puramente normativos. La culpabilidad se convierte en una categoría de la responsabilidad, tomando como referencia la necesidad preventiva especial de la sanción penal, de tal forma que esta necesidad limita el merecimiento de pena. La pena por la culpabilidad resulta limitada por lo imprescindible desde un punto de vista preventivo, la prevención resulta limitada por el principio de culpabilidad⁵⁶⁶.

Construye un concepto personal de acción y lo define como: «lo que se produce por un hombre como centro de acción anímico-espiritual o más brevemente como exteriorización de la personalidad», aceptando una base pre jurídica penal. Sin embargo, sostiene un concepto personal completamente neutral

564 Así, también, su construcción teórica, de la «Autoría Mediata en estructuras organizativas de poder», mediando la identificación de un engranaje vertical, que permite a quienes ejercen la cúpula de la estructura organizativa, asegurarse que las órdenes que impartan, serán acatados con rayana seguridad.

565 ROXIN, C.; *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, cit., p. 72.

566 ROXIN, C.; *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, cit., p. 73.

frente al tipo, en las omisiones. En la omisión socialmente no esperada, no habría nada antes del Injusto, lo que parece contrariar tanto la experiencia común como los requerimientos sistemáticos.

Para ROXIN el Derecho penal debe estar penetrado en la política criminal⁵⁶⁷, pues de qué sirve una sintonía sistemática entre los elementos categoriales del delito, si esta construcción jurídica se aparta de los fines político-criminales del Estado. Por consiguiente, la sistematización jurídica del delito debe ir orientada a valoraciones político-criminales, criterios que sirvan al legislador y al intérprete a llegar a soluciones correctas sin contradicciones internas.

A tal efecto, la sistematización de la teoría jurídica del delito orientada a valoraciones político-criminales, permitió a ROXIN establecer una delimitación diferencial entre Injusto y Culpabilidad, pues lo externo (antijuridicidad) es la solución social a los conflictos, y para lo interno (culpabilidad) se determinará conforme a los fines de la pena⁵⁶⁸. De esta forma se elabora un sistema abierto contrario al sistema rígido elaborado por la dogmática tradicional, imprimiendo un sistema flexible y compaginador a la realidad social, así como a las finalidades propias del Sistema Penal.

Como expresa SILVA SÁNCHEZ, la propuesta de ROXIN es pues, un intento de salvar el sistema, haciéndolo, a la vez, apto para la resolución de problemas. La solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tópico, por otro, se llama "sistema abierto" de orientación teleológica⁵⁶⁹.

La mejor política criminal, apunta ROXIN, consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho⁵⁷⁰.

c.2. Modelo Funcionalista de la Teoría de Sistemas y el «Derecho Penal del Enemigo»

Postular una posición teórico-conceptual, en una esfera del orden jurídico, como el Derecho penal, exige no sólo un emprendimiento de abstracción dogmática, sino que los elementos que lo componen, han de estar encaminados de cierta forma, que no terminen por definir una intervención de la violencia punitiva estatal, que en esencia, desborde el umbral de legitimación contenido en

567 BUSTOS RAMÍREZ, J.; op. cit., p. 197.

568 Los planteamientos de ROXIN, tuvieron una destacada relevancia en la elaboración del Proyecto Alternativo Alemán de 1966, y sirvieron como lo anota BUSTOS RAMÍREZ, a una fructífera discusión de confrontación respecto de los principios rectores del proyecto oficial de 1962, todo lo cual tuvo por resultado el Código penal alemán de 1975.

569 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 69.

570 ROXIN, C.; *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, cit., p. 331.

el texto ius-fundamental; con ello, queremos decir, que el planteamiento dogmático, ha de ser muy cuidadoso, en cautelar que sus consecuencias jurídicas, no hayan de suponer, la justificación perfecta, para que los gobernantes de turno, utilicen la norma jurídico-penal, para reprimir cualquier clase de conductas o para desconocer las garantías fundamentales del individuo, tomando en cuenta la base humanista, que ha de respetar el sistema en su conjunto.

Lo dicho, no ha de ser interpretado, como un cuestionamiento a la construcción y elaboración, de una posición dogmática muy pulcra y coherente, en sus elementos de definición, como puede ser la corriente «Funcionalista Sistémica»; sino que sus conceptos sean pervertidos, empleados negativamente por quienes ejercen el poder sancionador, muy a pesar, de que el autor, haya sido inspirados en fines legítimos, para con la ciencia jurídico-penal.-

El Funcionalismo es una "filosofía social" o una "teoría global de la sociedad", que tiende a formular explicaciones ontológicas, apriorísticas, e incluso metafísicas de las funciones desarrolladas en un sistema social por sus elementos y que tiende también -frecuentemente- a dar una visión justificadora y legitimadora de lo existente, así como a construir una especie de metafísica del equilibrio social⁵⁷¹.

Bajo esta posición ideológica (*punitiva*), se pretende construir en realidad toda una teoría de la sociedad, donde el sistema social así definido, viene a desarrollarse armónicamente de conformidad con una integración material e ideológica de los valores que sostienen la misma, es decir, esta pretendida armonía con sujeción a determinados valores no va a propiciar márgenes de conflictividad, surge así la idea del Consenso a la que posteriormente se va a oponer la teoría del Conflicto.

En consecuencia -como señala BERGALLI-, la atribución de una función de control social al derecho y al sistema penal respondería más a la pretensión de querer otorgarle a éstos un aspecto central dentro de la filosofía social, una teoría o de una concepción sociológica, antes que constituirla como una forma o un método de conocimiento que los analice y explique, estudiando las tareas que ellos cumplen para la sociedad, las que deberían cumplir y cómo las cumplirán⁵⁷².

Esto quiere decir, que pretender enfocar el modelo explicativo, únicamente al sistema social, importa estudiar y analizar parcialmente al sistema, como si la conducta desviada fuera producto de realizaciones conductivas de puro au-

571 ARNAUD/ FARIÑAS DULCE; Citado por BERGALLI, R.: *Las funciones del Sistema Penal en el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático: perspectivas socio-jurídicas*, cit., p. 32.

572 BERGALLI, R.; *Las Funciones del Sistema Penal en el Estado Constitucional de Derecho, Social y Democrático: Perspectivas Socio-jurídicas*, cit., p. 32.

tomatismo, cuando el fenómeno delictivo es una realidad social muy compleja, que necesita ser explicitada conforme a valores externos, valores individualizados que trascienden los puramente mecanizados o estabilizadores del sistema.

Las primigenias teorías funcionalistas fueron formuladas en el marco de la Sociología norteamericana en los años sesenta, cuyos representantes más emblemáticos fueron: PARSONS y ROBERT MERTON. Para el primero, la teoría del control social (funcionalista) es la opuesta a la teoría de las conductas desviadas, se trata del análisis de aquellos procesos del sistema social que tratan de contrarrestar las tendencias desviadas, y de las condiciones en que operan tales procesos. En tanto, que el segundo, también formula una teoría de la acción social, de acuerdo a una relación acción-reacción, es decir, las formas de contrarrestar la conducta desviada. Ambas tesis fueron refutadas por las tesis del conflicto social en razón de la crisis del «Welfare State».

Sin embargo, no relegando la importancia de las directrices sociológicas funcionalistas norteamericanas, en la presente investigación abordaremos con más énfasis las teorías sociológico-sistémicas alemanas, en virtud de la relevancia que éstas han adquirido en el debate actual de la ciencia jurídico-penal, esto es, del Derecho penal, que tal como se encuentran formuladas estas orientaciones científicas, tienen también repercusión en el estudio socio-criminológico, pues, tal como se ha señalado son directrices tendencialmente orientadas desde una perspectiva sociológica.

Aparece, entonces, una teoría sistémica de prevención integradora o de prevención general positiva⁵⁷³. Ubicándonos en el actual estado de la discusión del Derecho penal, habrá que decir que estas nuevas posturas surgen en el momento de que la prevención especial positiva, el paradigma resocializador se encuentra en plena crisis, dada su utópica representación ante un panorama carcelario que en razón de sus características internas muy difícilmente puede pretender garantizar la función resocializadora asignada teóricamente a la pena⁵⁷⁴.

Representantes de este nuevo paradigma «sociológico» son: AMELUNG, JAKOBS y LUHMANN⁵⁷⁵; autores que trasladan el centro de estudio al sistema social, subordinado al consenso de su buen funcionamiento, al margen de valoraciones ético-políticas y de naturaleza individualista.

573 Formulación que se deriva de las funciones de la pena, opuesta a la prevención general negativa y a la prevención especial positiva (resocialización).

574 Es importante anotar, que ya en el Segundo Congreso de Criminología en París (1950), se declaró a la cárcel como: "factor criminógeno".

575 Para LUHMANN el Derecho es sólo una formación generalizada que debe ser aceptada mecánicamente sin requerir motivación alguna: Se legitima sólo porque es aceptado.

Su punto de partida es la «prevención general positiva», el mantenimiento del sistema es la fidelidad hacia el ordenamiento jurídico y las expectativas sociales de los ciudadanos. Estas expectativas son el fundamento de las normas, o sea los modelos de conducta orientadores del contacto social.

JAKOBS invierte la premisa de WELZEL al afirmar que ningún concepto jurídico-penal está vinculado a datos pre-jurídicos, sino que todos se construyen en función de la tarea del Derecho penal -normativización de los conceptos penales-. Al asignarle una función meramente preventiva general de la pena (aseguradora del sistema), su concepto de culpabilidad dependerá exclusivamente de la demanda de prevención general positiva y no tomando como dato las capacidades individuales del sujeto de haberse podido comportar de otro modo, no contrario a la norma y de sus posibilidades de rehabilitación y resocialización.

La pena tiene como fin contradecir y desautorizar la desobediencia de la norma, el Derecho penal, por lo tanto, protege la validez de las normas y sólo subsidiariamente los bienes jurídicos.

Para JAKOBS, la acción es la objetivización de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, en consecuencia la culpabilidad condiciona decisivamente la lesividad del hecho; construye pues, un concepto jurídico-penal de la acción. Afirma que todo concepto de acción previa a la culpabilidad es provisional, pues sólo puede afirmarse que hay una acción para el Derecho penal una vez afirmada la culpabilidad.

La acción como evitabilidad, separa la antijuridicidad (imputación objetiva) de la culpabilidad (imputación subjetiva); con la primera se juzga la evitabilidad desde el parámetro de las expectativas conforme a roles; con la segunda, como evitabilidad según las capacidades individuales.

Esta posición sugiere una escisión del dolo en elementos cognoscitivos que pertenecen al Injusto, y volitivos que pertenecen a la culpabilidad. La culpabilidad para el autor aparece como necesaria bajo aspectos generales preventivos y no como accesibilidad normativa. JAKOBS imputa la culpabilidad allí donde la sociedad cree ver la necesidad de pena y con ello renuncia a una limitación de las intromisiones estatales basadas en razones preventivo-generales⁵⁷⁶.

576 ROXIN C.; *Observaciones sobre el Sistema Funcional de Jakobs*. En: *La Evolución de la Política Criminal, del Derecho Penal y el Procesal Penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 51 y ss; la doctrina que sustenta el sistema en base a valoraciones político-criminales, identifica en el sistema funcionalista sistémico una carencia de contenido y orientación político-criminal, pues el núcleo gravitador es el mantenimiento del sistema social; Para SILVA SÁNCHEZ, JAKOBS formula la teoría de la imputación únicamente vinculada al relativismo histórico derivado de la "constitución social" propio de cada modelo de la sociedad, condicionado a cada modelo de sociedad: Anexo, *Política Criminal en la Dogmática*: Algu-

Para JAKOBS, el individuo no es más que un subsistema sico-psíquico, mero centro de imputación, es un instrumento de estabilización social y de institucionalización de expectativas⁵⁷⁷.

Al subsistema penal le corresponde asegurar la confianza institucional de los ciudadanos, de conformidad con la integración del sistema social, como un mecanismo de confianza recíproco entre los ciudadanos. Es entonces, un sistema así concebido se focaliza a partir de su propia dinámica, dinámica que viene constituida por los roles que a los ciudadanos se les asigna, roles sociales que son garantizados fácticamente mediante su normativización, de ahí, que la función del Derecho penal no sea la protección de bienes jurídicos, sino la vigencia contrafáctica de la norma, esto es, la defraudación de expectativas del colectivo surge por una falta de reconocimiento de la norma. El delito es una falta de fidelidad hacia el derecho: una amenaza para la estabilidad e integridades sociales⁵⁷⁸. Entonces, a esta teoría más le interesa la manifestación de un hecho disfuncional que desestabiliza el sistema, que las causas de su desviación o las formas de prevenirlo, se produce por lo tanto, un desarraigo de las raíces individualistas del delito, de su ontologismo y de los valores fundamentales del ser humano.

Ahora bien, es de verse que el umbral del Tercer milenio refleja de forma paradójica, un retorno al oscurantismo punitivo propio del Antiguo Régimen, bajo otras fachadas, disfrazado con otros ropajes doctrinales, y/o en ideologías filosóficas que se adscribieron en tiempos remotos, bajo el modelo de sociedades Estados totalmente distintos a los concebidos en la actualidad; posturas ius-filosóficas que hicieron del Derecho penal el instrumento realizador de prácticas estatales discriminatorias, represoras y altamente selectivas, degradando a ciertas personas como personas de segunda categoría (Nacional-socialismo⁵⁷⁹).

Nos proclaman, ahora, que aquellos que se apartan de forma definitiva a los mandatos del Derecho no son personas (Derecho penal del enemigo: *feinde sind aktuell unpersonen*). Todo lo cual supone la maximización de los fines del Estado, donde los cometidos sistémicos se superponen a los de la persona humana. Postulación jurídico-filosófica incompatible con el contenido ius-filosófico

nas cuestiones sobre su contenido y límites, págs. 95 y ss. En: ROXIN C., *La Evolución de la Política Criminal, del Derecho Penal y el Procesal Penal*.

577 Así, BARATTA, A.; *Integración-Prevención: una Nueva Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica*. En: Cuadernos de Política Criminal, Madrid, 24 (1984), cit., ps. 533 y ss.

578 JAKOBS, G.; LEHRBUCH; Citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Tratado de Criminología*, cit., ps. 703 y ss.

579 Vide, al respecto la obra de MUÑOZ CONDE, titulada "Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo"; Tiran lo blanch, Valencia, 2000.

que impregna todo modelo constitucional adscrito a un orden democrático de derecho. Al respecto nos preguntamos si el Derecho penal del enemigo es una mera descripción del estado de la cuestión⁵⁸⁰ o, importa en realidad un discurso legitimador.

El CP de 1991 se construyó normativamente bajo una concepción democrática del *ius puniendi*, de reducir la violencia institucionalizada a un mínimo de racionalidad, en cuanto a la inclusión de filtros de selección, para la clasificación de la conducta merecedora y necesitada de pena.

Precisamente las categorías dogmáticas constituyen planos de valoración que en conjunto, determinan las condiciones y/o presupuestos que deben concurrir para la legitimación de la pena. Dicho en otras palabras: *Injusto penal culpable y punible, basta que uno de ellos no concurra para que se tenga que prescindir de la pena o en su defecto morigerarla, cuando el elemento en cuestión no aparezca de forma completa.*

Un Derecho penal sostenido fundamentalmente bajo el núcleo del disvalor del Injusto personal, el hecho como base legitimadora de la reacción punitiva. La lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado, constituye la base material y formal que convalida la descarga penal. Fuera de dichas hipótesis, al Estado le esta vedado, penetrar en la esfera de libertad ciudadana, reprimiendo ideas, sentimientos, actitudes o posturas conductivas que no implican la generación de un foco de conflictividad social insoportable.

Las continuas reformas penales que se han ido produciendo en el texto punitivo, -como se ha sostenido- son francamente lesivas a los criterios rectores que se cobijaron en el Título Preliminar del CP.

Continuas modificaciones normativas, que han hecho raja tabla con la sistematicidad y claridad conceptual que debe caracterizar a cualquier cuerpo normativo; parches que manifiestan la inequívoca actitud del legislador, de aplacar determinadas coyunturas de conmoción social, ante la comisión de hechos criminales que generan una intensa reprobación por parte de la sociedad. Con ello, se provoca la funcionalización del Derecho penal hacia fines utilitarias, políticos, de especial comunicación publicitaria, dirigida a apaciguar una colectividad sumida en el miedo, el temor y sobre, todo en la inseguridad.

Una criminalidad incesante e incontenible, que provoca la elaboración de doctrinas maximalistas que fundan en la idea de la «Seguridad Pública» y de la «Seguridad Nacional», que tienen como fuente, legislaciones de emergencia

580 Así, POLAINO-ORTS, al señalar que el Derecho penal del enemigo es un fenómeno, cuyo concepto central "enemigo", es una categoría científico-descriptiva, fruto de una observación racionalmente fundada en una realidad ya existente; *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 272.

y/o de excepción, que tienen como común denominador el desmantelamiento de las garantías materiales y procesales del Sistema Penal, a fin de priorizar la visión transpersonalista de la política penal.

Podríamos plantear que la política penal en nuestro país, se ha ido reconduciendo a lo siguiente: el despliegue de efectos puramente simbólicos, categorizando la función ético social de las normas, a partir de la sanción de figuras delictivas que no cumplen con el presupuesto material de pena (lesividad u ofensividad), acogiendo las demandas reivindicatorias de ciertos sectores de la sociedad⁵⁸¹, pretendiendo alcanzar un estado de igualdad, "simbólica", pues son normas que no adquieren concretización en la práctica judicial. La opinión pública quiere ver resultados rápidos, y a ello los políticos reaccionan debilitando las garantías relativas a la seguridad jurídica e introduciendo medidas legislativas simbólicas⁵⁸²; la inflación penal a partir de la ideologías del «Punitivismo» y de la «Neo-criminalización», la primera de ellas conduce a la incorporación de nuevas figuras delictivas y a la inclusión de nuevas circunstancias agravantes, adelantando cada vez más la barrera de intervención del Derecho penal, previos a un estado real de lesión, la segunda, mediante el ajuste severo de la dosimetría penal⁵⁸³, penas significativamente altas⁵⁸⁴ —como la pena de cadena perpetua—, inclusive en el foro político apareció la escabrosa idea de retomar el debate sobre la pena de muerte en caso de los delitos sexuales⁵⁸⁵.

Así también, el «eficientismo», o dígase el «decisionismo» que supone de entrada, el retorno a instituciones propias de ideologías penales autoritarias, que construyeron el discurso sobre la base de la peligrosidad social del autor, donde la Defensa de la sociedad legitimaba la imposición de penas sin delitos, la normación caracterizada por tipos de autos⁵⁸⁶; dirección que recogió

581 Así, el artículo 323° (discriminación), incorporado por la Ley N° 27270 del 29 de mayo del 2000, luego modificado por la Ley N° 28867 del 09 de agosto del 2006.

582 JARENBORG, Nils; *Derecho penal e ideología (Comentario)*. En: La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio, cit., p. 444.

583 Al margen de manifestar una orientación retribucionista, también importa un sucesivo quiebre a los principios de lesividad, proporcionalidad, culpabilidad y de jerarquía del bien jurídico, en la medida, que la mayor dosimetría penal se ha plasmado en los delitos contra la libertad personal, libertad e indemnidad sexual, el patrimonio, etc.; dejando de lado, los injustos que atentan contra la vida humana, devaluándose el interés jurídico de mayor relevancia en cualquier sociedad y modelo estatal; desencadenando resultados político criminales de notable incoherencia, que no se condicen con los postulados, que precisamente motivaron la sanción de dicha reformas.

584 Así, FRISCH, W.; *Dogmática jurídico-penal afortunada y Dogmática jurídico-penal sin consecuencias (Comentarios)*, cit., p. 205.

585 Vide, al respecto mi artículo "La Irracionalidad Punitiva simbolizada en la pena capital". APECC – Revista de Derecho. Año III, N° 5, junio 2007, cit., ps. 88-91.

586 La tendencia por privilegiar los fines preventivo-especiales de la penal, condujo a un De-

el legislador con la inclusión en la Parte General de las figuras de la Reincidencia (art. 46º-B) y de la Habitualidad (art. 46º-C)⁵⁸⁷, pretendiéndose legitimar de forma infructuosa con la modificación del artículo VIII del Título Preliminar del CP⁵⁸⁸.

La vuelta a instituciones propias de Estados autoritarios, que criminalizan estados previos de lesión, que ejercen la criminalización de forma selectiva y que hacen del Derecho penal un instrumento de pura represión ciudadana. Parafraseando a ZAFFARONI, (...) las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición (alcanzando los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías pro-

recho penal de autor, tal como se despendía de la doctrina del Positivismo Criminológico; a decir de ROXIN, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., ps. 176-177.

587 Artículos incorporados por la Ley Nº 28276 del 09 de mayo del 2006.

588 Al respecto, escribe Frisch, que se sostiene hoy unánimemente que por culpabilidad hay que entender la culpabilidad por el hecho; las construcciones relativas a la culpabilidad de autor, por la conducción de vida o por el carácter, sostenidas durante largo tiempo, han sido convincentemente refutadas en exhaustivas discusiones dogmáticas, favorecidas por la percepción de los peligros vinculados a ese tipo de concepciones (y esa concepción de la culpabilidad tampoco puede encontrar ya probablemente ningún respaldo en la jurisprudencia); *Dogmática jurídico-penal afortunada y Dogmática jurídico-penal sin consecuencias (Comentarios)*, cit., p. 201; los tipos penales de autor, fueron vigorizados en épocas de barbarie y abuso político del poder definitorio de las clases políticas imperantes; así, nos pone de relieve MUÑOZ CONDE, que la teoría de los tipos de autor está también la teoría de MEZGER defendió incluso tras la Segunda Guerra Mundial de la "culpabilidad por la conducción de vida" para fundamentar la pena del delito doloso en los casos de "enemistad o ceguera jurídica"; *Edmund MEZGER y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 31; el giro de un Derecho penal del acto por un Derecho penal de autor, supuso abandonar el concepto de la "peligrosidad social" por la "culpabilidad del acto", en el sentido de que sólo se puede juzgar por un hecho que importe una lesión o una aptitud de lesión a un interés jurídico -penalmente tutelado-, asociación con el autor fundada en un nexo subjetivo, a partir de una relación anímica, que se concretiza a partir del dolo y la culpa; la imputación delictiva basada en la peligrosidad social, permite impregnar el discurso con posiciones selectivas y discriminatorias del poder penal, pues reconducir el discurso a los tipos de autor, siempre permitió la construcción normativa de tipo de autor, que hacen alusión a los clientes fijos del poder criminalizador del Estado, el autoritarismo penal asentado sobre valores ajenos a una concepción democrática del Sistema Penal, haciendo de los "excluidos", el clientelaje perfecto de una clase política que hace del poder criminalizador el instrumento alimentador y conservador de las desigualdades existentes; por otro lado, estas tipologías normativas, sirven para mantener en vigencia determinadas posiciones moralistas y/o conservadoras que cuestionan ciertas formas de vida, cuya reprobación social no es suficiente para legitimar su punición (rufianismo).

cesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor⁵⁸⁹.

Responsabilizar a una persona de un hecho sólo y en la medida en que este fuera evitable mediante una orientación al Derecho y no hacerla responsable de lo que (sobre la base de lo que cabía razonablemente esperar de ella) no podía evitar, supone tratar a la persona como un sujeto de derecho y, en consecuencia, tener en cuenta los límites de la capacidad humana⁵⁹⁰. Sólo por lo que hizo y, no porque lo que es, se pueda legitimar la imposición de una pena, un Derecho penal del acto que se corresponde con una Culpabilidad por el acto, sólo aquello que era previsible y evitable por el autor.

Empero, si bien advertimos en amplio campo de deslegitimación normativa, por otro es plausible reconocer que ciertas instituciones penales son importantes a efectos de ajustar la norma según las nuevas descripciones sociológicas de la sociedad moderna. Es que el Derecho penal liberal, acuñado en el siglo XVIII, con su estructura tradicional no puede hacer frente a los nuevos riesgos que aparecen en la sociedad moderna.

Un Derecho penal liberal que se basaba en la idea del «retribucionismo», en la lesión efectiva del bien protegido, en los delitos de acción y en su caracterización dolosa; ahora el panorama es distinto, surgen otros bienes jurídicos, de corte macro-social, que se vinculan con los bienes jurídicos individuales, esto es, los primeros sirven de plataforma para la realización de los primeros; v.gr., el medio ambiente, la seguridad pública y la salud pública⁵⁹¹, son intereses jurídicos merecedores de protección penal en cuanto se relaciona directamente con las bases existenciales del individuo. Y para proteger dichos bienes jurídicos, se hace necesario el empleo de los delitos de peligro abstracto, los cuales suponen

589 ZAFFARONI, E.R.; *El Enemigo en el Derecho Penal*, cit., p. 14; así, KUHLEN, L., al señalar que los desafíos jurídico-penales más relevantes de nuestro tiempo, conforme a la crítica del moderno Derecho penal se trata sobre todo de los siguientes problemas: progresiva ampliación de la protección jurídico-penal a bienes universales difíciles de precisar, adelantamiento del Derecho material a través de delitos de peligro abstracto, debilitamiento de la imputación individual a través de la responsabilidad por conducta relacionadas con organizaciones o incluso por exigencia de responsabilidad a la organización, flexibilización de las consecuencias jurídico-penales, ampliación de la competencia de enjuiciamiento por parte de la autoridad policial, con la consiguiente pérdida de delimitación con el Derecho de policía, flexibilización también del procedimiento judicial a través de la merma del principio de legalidad, la progresiva importancia de los acuerdos entre las partes y la disminución de las formalidades del mismo; *La autocomprensión de la Ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo*. En: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo Milenio*....., cit., ps. 68-69.

590 FRISCH, W.; *Dogmática jurídico-penal afortunada y Dogmática jurídico-penal sin consecuencias*. En: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo Milenio*, cit., ps. 194-195.

591 Así, MUÑOZ CONDE, F.; *Dogmática penal afortunada y sin consecuencias*, cit., p. 238.

un adelantamiento de la barrera de protección, a estados previos de lesión⁵⁹², que de acuerdo a una estimación valorativa (axiológica), pueden colocar en una situación de riesgo a los bienes jurídicos fundamentales.

Como subraya Cuesta Pastor, en la actual sociedad de riesgo es comúnmente aceptada la concepción del peligro como juicio de probabilidad "ex ante", es decir, se trata de situaciones en las que "se da la no lejana posibilidad o probabilidad de lesión de un bien jurídico"⁵⁹³. En realidad se trata de decantar el ansia social por el riesgo en si mismo percibido como elemento estructural del desarrollo social (corolario, este último, de la afirmación de una "sociedad del riesgo" ("*Risikogesellschaft*"), canalizándola hacia el circuito penal⁵⁹⁴.

A una sociedad moderna, entonces, le corresponde un Derecho penal ajustado a los fines preventivos de la sanción, donde los bienes jurídicos colectivos y la técnica de los delitos de peligro abstracto, constituyen instrumentos necesarios para la contención y la estabilización de los focos que ponen en situación de un riesgo no permitido a los intereses jurídicos fundamentales del individuo.

Sin duda, la modernización del Derecho penal es una corriente imparable, cuyas huestes descansan en la propia movilidad de las relaciones sociales y, en la necesidad de proteger con mayor rigor los bienes jurídicos fundamentales. Lo que en ningún caso puede significar —anota MUÑOZ CONDE— la adaptación a los "retos del tiempo" es que produzca la pérdida de identidad de los Dogmática jurídico-penal como instrumento garantista de los principios fundamentales del Derecho penal del Estado de Derecho, pues con esas malas consecuencias la Dogmática jurídico-penal debería ser calificada como una Dogmática "fracasada"⁵⁹⁵. En otras palabras la redefinición del contenido de las categorías dogmáticas, debe ajustarse a los principios rectores que sirven de legitimación al aparato punitivo del Estado, a criterios precisos de elaboración y de justificación en cuanto a su intervención en la esfera de libertad ciudadana.

Vemos, que el terrorismo, el narcotráfico y otras fenomenologías criminales, ponen en estado de zozobra los Estados democráticos, la población percibe un clima de inseguridad pública y, se provoca el temor, la desesperanza, el pavor de ser víctimas de estos delitos.

El legislador elabora un discurso de dureza frente a la delincuencia, se propone hacer frente a dicha problemática no sólo con los mecanismos e

592 ASÍ, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; *Política Criminal*, cit., p. 259.

593 CUESTA PASTOR, P.; *Delitos Obstáculo*, cit., p. 64.

594 PALIERO, Carlo Enrico; *La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a los desafíos de su tiempo*. En: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo Milenio*, cit., p. 95.

595 MUÑOZ CONDE, F.; *Dogmática penal afortunada y sin consecuencias*, cit., p. 239.

instrumentos legales que se contemplan en la Constitución y las leyes, sino también acude a construcciones normativas abiertamente «utilitaristas», «eficientistas», «maximalistas», «funcionalistas», etc., resultando abiertamente incompatibles con las garantías materiales y procesales, que de cuño constituyen límites constitucionales al ejercicio del *ius puniendi* estatal y a la persecución penal estatal.

En la guerra contra el terrorismo todo vale, a fin de erradicarlo de la faz humana, para ello se construye categorías político-jurídicas, propias de Estados autoritarios, que hacen de la respuesta penal el maximalismo estatal en toda su magnitud represora, sin interesar los costos que puedan irrogar en la sociedad, pues cuando aquello sucede, no sólo los reales «enemigos» constituyen objetivos de la criminalización secundaria, en tanto los propios «amigos» del Estado, los buenos ciudadanos de forma indirecta ven mermadas sus garantías individuales; en tal virtud, cuando el poder penal se convierte en pura arbitrariedad, los alcanza en su faz oscura y negativa. Determinándose la aparición del terrorismo estatal, que es mas grave incluso que el terrorismo ordinario, pues el primero se gesta de las propias estructuras formales del Estados, por quienes se supone tienen por primer tarea la protección de los derechos fundamentales y de la seguridad del colectivo. Cada vez más delincuentes dejan de ser considerados como iguales para ser tratados como enemigos, apunta Jarenborg. La terminología militar invade la política criminal⁵⁹⁶.

La historia universal revela como dichos Estados, eclosionados por la violencia subversiva, terminaron creando respuestas represoras, que desencadenaron en abiertas violaciones a los derechos humanos; pero bueno esto ya es otra historia.

El Perú, fue azotado por una subversión inclemente, que produjo como saldo la muerte de miles de conciudadanos, la destrucción de la propiedad pública y privada, el secuestro de familias enteras, el arrastre a la destrucción, la ruptura social y al enfrentamiento entre compatriotas; situación de pavor social, que tuvo como respuesta la sanción de una política penal de «emergencia»; concretamente supuso la dación de una serie de decretos, leyes, que tanto en el marco sustantivo como en el procesal, dieron concreción a tipificaciones penales que no se condecían con el principio de estricta legalidad, por lo confuso, ambiguo en su descripción normativa, y por no tener fiel reflejo con el contenido material del bien jurídico merecedor de tutela penal (tipo penal de traición a la patria, apología al terrorismo); por su parte, en el aspecto procedimental, se dieron leyes, que estructuraron procedimientos sumarísimos, con plazos estrictamente cortos en cuanto a la actividad probatoria, restringiendo los mecanismo de defensa técnica (excepciones), asegurando detención del imputado y negan-

596 JARENBOG, N.; *Derecho penal e ideología (Comentario)*, cit., p. 446.

do su libertad en el proceso, profesamente inquisitivo, dando lugar incluso a un fuero militar competente para juzgar delitos "comunes", jueces sin rostro, etc.; todo un abanico de medidas, que contravenían la idea de un debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva.

Legislación antigarantista que *per se* fue declarada inconstitucional e incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que el Estado peruano, se vio en la imperiosa necesidad de reformular la legislación, y por otro, de someter a nuevos procesos a quienes se habían perjudicado por la legislación cuestionada⁵⁹⁷.

Conforme lo anotado, la dación de un Derecho penal del enemigo y de un Derecho procesal penal del enemigo, que costó muchas injusticias y arbitrariedades, así como un gran costo social y económico al Estado peruano.

Los discursos de la legislación de emergencia son sostenidos bajo las ideologías de la Seguridad Nacional y de Seguridad Pública⁵⁹⁸, cuyo parangón es perfectamente asimilable a la política ejecutada por Estados Unidos luego de los ataques a las torres gemelas. Surge así, la construcción del lenguaje y del discurso político e ideológico del denominado «enemigo».

A partir del 11 de septiembre de 2001, la construcción del "enemigo"-terrorista se simplifica y amplía, pues la referencia a lo ya realizado queda aún más desdibujada, para dejar su lugar a elementos de integrismo religioso, de raza, de procedencia geográfica, de militancia política, que contribuyen a la expansión de lo demonizado como ponen de relieve los alegatos a favor de la "guerra preventiva"⁵⁹⁹. A partir del hecho concreto y cierto de muerte masiva e indiscriminada, se construye la nebulosa idea de terrorismo, que no alcanza definición internacional y, por ende, abarca conductas de muy diferente gravedad, pero justifica medidas represivas que permiten retomar la vieja estructura inquisitorial y alimentarlo con nuevos datos, correspondientes a la violencia criminal, desatada a partir de la intervención en los países árabes⁶⁰⁰.

597 Así, los Decretos Legislativos Nos. 922 y 926, que norman las anulaciones por delito de terrorismo y la regula la nulidad por el delito de traición a la patria, respectivamente.

598 Al respecto, anota ZAFFARONI, que las dictaduras de seguridad nacional latinoamericanas aplicaron reclusión perpetua y sólo muy excepcionalmente la pena de muerte formal, en tanto que emplearon medidas eliminatorias para los molestos o ejecuciones policiales sin proceso; *El Enemigo en el Derecho Penal*, cit., p. 49; en el Perú, con la dación del decreto legislativo N° 895, que modificó el artículo 29° del CP, se incorporó la pena de cadena perpetua, y en el marco de la lucha contra el terrorismo, se dio una guerra informal, mediante la creación de grupos clandestinos paramilitares (Grupo Colina), cuya práctica era precisamente las ejecuciones extrajudiciales.

599 TERRADILLOS BASOCO, J. M^a; *Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica...*, cit., p. 1018.

600 ZAFFARONI, E. R.; *El Enemigo en el Derecho Penal*, cit., ps. 63-64.

La guerra preventiva parte del dilema «Tolerancia Cero», donde ya no hay necesidad de identificar un probable daño, sino que se seleccionan los objetivos, donde a fin de prevenir el riesgo del ataque terrorista, se justifica intervenir antes de cualquier riesgo. Se definen, rotulan quienes serán criminalizados (inmigrantes de procedencia árabe), todos aquellos que comparten patrones étnicos; y se ejecutan controles inmigratorios mas severos, todo lo cual conduce a la “selección” de los desviados, a los “enemigos” de la democracia y de la libertad.

Así, la Patriot Act, de fecha 26 de octubre del 2001, mediante la cual se contemplan una serie de medidas en la lucha contra el terrorismo, que reportan un recorte a las garantías fundamentales del individuo⁶⁰¹.

Ciertamente, el atentado ha servido de pretexto para aumentar la represión contra las fuerzas de resistencia de la izquierda en el mundo a nombre de la lucha de las personas inmigradas no comunitarias⁶⁰².

Hasta hoy, en la práctica política —argumenta Kai Ambos—, la calificación del contrario como “enemigo” sirve para justificar cualquier forma de medidas represivas; desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa⁶⁰³.

En el marco de esta retórica, el Derecho penal terrorista se ha ido convirtiendo más y más en el Derecho penal del enemigo⁶⁰⁴. Que duda cabe, que la construcción del “enemigo” se identifica con el delincuente terrorista, pues él se ha apartado definitivamente de las normas jurídicas, entonces, ya no puede prestar un mínimo de seguridad cognitiva, por lo que no puede ser tratado como “persona”, sino como un no persona (*unpersone*), un enemigo (*feinde*), que ya no resulta portador de los derechos inherentes a cualquier individuo en un Estado de Derecho. Así, lo dice expresamente JAKOBS, con las siguientes palabras:

601 Amnistía Internacional, ha dejado sentado que en sus Informes, que los Estados Unidos, en los últimos cinco años han violado de forma sistemática el derecho internacional, a partir de los siguientes actos: detenciones secretas, desapariciones forzadas, tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, atentados contra la dignidad personal, incluido el trato humillante, denegación y restricción al recurso de habeas hábeas, detenciones indefinidas sin cargos ni juicios, detenciones prolongadas en régimen de incomunicación, detenciones arbitrarias y juicios sin garantías; el mantenimiento de Guantánamo, como centro de detención de prisioneros de guerra, es un claro y vistoso ejemplo de un Derecho penal del “enemigo”.

602 PORTILLA CONTRERAS, G.; *El Derecho penal y procesal penal del “Enemigo”*. En: Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique BACIGALUPO, T. I, cit., ps. 710-711.

603 AMBOS, Kai; *Derecho Penal del Enemigo*, cit., p. 127.

604 AMBOS, K.; *Derecho Penal del Enemigo*, cit., p. 127; Así, PORTILLA CONTRERAS, G.; *El Derecho penal y procesal penal del “Enemigo”*, cit., p. 696; TERRADILLOS BASOCO, J.M^a, *Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica...*, cit., p. 1016; MUÑOZ CONDE, F.; EDMUND MEZGER y *el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., ps. 74-75.

"Quien quiere ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser reacción frente a un enemigo. Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida"⁶⁰⁵.

La seguridad cognitiva, que en Derecho penal de ciudadanos se puede regular de un modo simultáneo, se convierte en derecho penal de enemigos en el objetivo principal⁶⁰⁶. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio del estado de derecho⁶⁰⁷.

Pues bien, con arreglo al modelo descrito —apunta Portilla Contreras—, la función del Derecho penal actual consistirá en separar el Derecho penal del enemigo del de ciudadanos, y, en esa medida, distinguir en la valoración entre las acciones de las *personas* y las de las *no-personas* (enemigos)⁶⁰⁸.

¿Es legítimo que en un orden democrático de derecho, o mejor dicho, es jurídicamente factible que pueda convivir una legislación para ciudadanos con otra para los denominados «enemigos»?

Resulta legítimo, no digamos factible, que puedan convivir un Derecho penal del ciudadano conjuntamente; de plano diremos, que han estado conviviendo en nuestro derecho positivo vigente por décadas, Derecho penal del enemigo tenemos en calidad de importación a caudales exorbitantes; pero cuestión distinta es pretender legitimar dicha convivencia, a partir de legislaciones propias a estados de excepción o característico de un derecho de guerra. Ya desde un punto de vista terminológico, identificamos una contradicción insalvable⁶⁰⁹, en tanto, no puede existir parcela del orden jurídico —de acuerdo a la idea del Estado de Derecho— que discrimine la calidad ontológica del ser humano, conforme al tipo de autor, supone una negación del Derecho⁶¹⁰.

505 JAKOBS, G.; *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*. (Comentario). En: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, cit., p. 58.

606 JAKOBS, G.; *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal...*, cit., p. 60.

607 ZAFFARONI, E.R.; *El Enemigo en el Derecho Penal*, cit., p. 18.

608 PORTILLA CONTRERAS, G.; *El Derecho penal y procesal penal del "Enemigo"*, cit., p. 696.

609 ASÍ, TERRADILLOS BASOCO, J.M^a; *Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica...*, cit., p. 1022.

610 ASÍ, GARCÍA ARÁN, M.; Citada por TERRADILLOS BASOCO, J.M^a; *Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica...*, cit., p. 1020.

Aquello es incompatible con las bases mismas sobre las cuales se asientan los valores jurídico-filosóficos que debe respetar la política criminal. Precisamente, el tránsito hacia un Estado Liberal de Derecho, importó la transformación de la «violencia punitiva» en Derecho penal, donde la reacción estatal se funda en la razón y en la justicia.

El discurso del Derecho penal del enemigo, cala irremediabilmente en un Derecho penal de autor, pues se describe una determinada categoría del sujeto conforme a una determinada actitud. Lo que decide sobre la pertenencia al grupo de los enemigos no es el hecho (Derecho penal del hecho), sino las características del autor (*Derecho penal de autor*)⁶¹¹; donde el “enemigo” es una fuente de peligro, al que no cabe otra opción que neutralizarlo.

En opinión de SCHÜNEMANN, la tesis de mantener la vigencia de la norma mediante el Derecho penal es sólo una reformulación de las antiguas teorías absolutas de la pena, y ensombrece así la tarea del Derecho penal, que es un instrumento indispensable para la protección preventiva de bienes jurídicos y, de este modo, absolutamente un instrumento para prevenir peligros⁶¹².

El riesgo de la ideología del Derecho penal del enemigo en las Naciones Latinoamericanas, que cuentan con una frágil democracia es en realidad enorme, más aún por la aparición de personajes que se cubren de enmascaradas “nacionalistas” y “populistas”, para ejecutar políticas de Estado autoritarias, que desembocan en la irracionalidad legislativa y en el autoritarismo⁶¹³. Por eso en la medida en que el planteamiento funcionalista de JAKOBS también sea compatible con sistemas políticos dictatoriales, brutalmente negadores de los derechos humanos más elementales, está claro que, desde el punto de vista de una concepción político criminal característica de un Estado de Derecho, debe ser rechazado, porque convierte a la Dogmática jurídico-penal en un instrumento de legitimación de dichos sistemas, cuando no en cómplice servil⁶¹⁴.

Por lo expuesto, sólo cabe una opción en el marco de una posición consecuente con las garantías –materiales y procesales– que se desprenden de un Estado Social y Democrático de Derecho: rechazar el denominado Derecho penal del enemigo, en todas sus facetas y variantes, por lo tanto la tarea no es de resignación de la convivencia de un Derecho penal del enemigo con

611 AMBOS, K.; *Derecho Penal del Enemigo*, cit., ps. 137-138.

612 SCHÜNEMANN, B.; *¿Derecho Penal del Enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica*. Traducción a cargo de la Dra. Mariana Sacher. En: *Cuestiones básicas del Derecho Penal en el Umbral del Tercer Milenio*, Idemsa, Lima, 2006, cit., p. 192.

613 Así, AMBOS, K.; *Derecho Penal del Enemigo*, cit., ps. 144-145; PRITZWITZ, C.; *Derecho Penal del Enemigo. ¿Análisis Crítico o Programa del Derecho Penal?*, cit., p. 119.

614 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund MEZGER y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 75.

un Derecho penal del ciudadano, todo lo contrario, la labor del jurista es de promover la erradicación de cualquier atisbo del Derecho penal del enemigo del derecho positivo vigente para reafirmar la vigencia de los derechos fundamentales, para prevalecer la razón del Derecho, sobre las razones del Estado, para que triunfe la visión personalista del Derecho, sobre la postura sistémica. En la medida que la doctrina penal legitime o ignore, con el nombre que sea, el trato diferencial de los enemigos o extraños, está lesionando el estado de derecho concreto, real o histórico y, al mismo tiempo, está invalidando el principio rector del estado de derecho, porque toda racionalización doctrinaria en ese sentido importa una quiebra del instrumento orientador de la función política del derecho penal⁶¹⁵.

Como pone de relieve TERRADILLOS BASOCO, la construcción de estrategias coherentes con las propuestas del Derecho penal del enemigo sólo es posible en el contexto de una ideología de seguridad. En la que prima la razón de Estado⁶¹⁶.

Lo importante a todo esto es sintetizar y cohesionar la dogmática jurídico-penal con la política criminal, de conformidad con el orden de valores que se desprenden de la idea de un Estado Social y Democrático de Derecho, ajustando el contenido de los niveles dogmáticos conforme a los nuevos cometidos de la política criminal, sin renunciar a la prevención del delito, pero dicha labor no puede significar de ninguna forma una merma en las garantías esenciales del Derecho penal y del Derecho procesal penal, que tanto esfuerzo y sacrificio has costado a la humanidad. Todo ello implica la defensa férrea del Estado de Derecho.

El Derecho penal, como violencia estatal legitimada, debe ajustar el programa de contención de la criminalidad a límites de racionalidad, en cuanto respeto a las garantías y libertades individuales y, asimismo no dejar indefensa a la sociedad frente al crimen; tarea en realidad difícil y complicada, pero irrenunciable; de armonizar los fines preventivo-generales con los preventivo-especiales, pero los primeros no pueden de ningún modo prevalecer de forma permanente, pues se pondría en peligro el interés superior del Estado y de la sociedad, donde el ser humano y su dignidad constituyen los valores primordiales, los intereses sobre los cuales se asienta una real democracia. Por tanto, a lo que debe apuntarse es a reducir precisamente la violencia punitiva estatal, fortaleciendo el resto de mecanismos de control social, que parten de medidas menos aflictivas y tormentosas que las que cuenta el Derecho penal; en síntesis, menos violencia estatal, mayor vigencia de libertades fundamentales.

615 ZAFFARONI, E.R.; *El Enemigo en el Derecho Penal*, cit., p. 188.

616 TERRADILLOS BASOCO, J.Mª; *Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica...*, cit., p. 1027.

El Derecho penal del enemigo, en el ámbito de ejecución penal, esconde su faz más negativa, donde aparece la manifestación más cruel del Estado y de la sociedad, mediando reclusorios que sólo pueden ser percibidos como verdaderos «depósitos humanos», carentes de todo elemento que pueda posibilitar real concreción de los fines preventivo-especiales de la pena. Donde la política penitenciaria en vez de apuntar a una progresiva anulación y/o restricción de los beneficios penitenciarios, debería hacer de las cárceles, verdaderas instituciones de rehabilitación social y, no lo contrario, meros centros custodiales —degradantes de la persona humana y de su dignidad—. Mientras no se pueda lograr dicho cometido, los jueces han de ser sumamente reflexivos, antes de imponer una pena privativa de libertad, habiendo descartado por entero el resto de sanciones punitivas —menos aflictivas—, que cuenta el corpus punitivo; de no ser así, la respuesta jurisdiccional sólo será fiel reflejo de una posición retributiva, ajena a cualquier consideración preventiva. La pena privativa de libertad en un Estado de Derecho, debe ser reservada para los crímenes más graves, tomando en cuenta la intensidad del reproche de atribución culpable del autor.

En resumidas cuentas, debemos rechazar esta orientación puramente «decisionista»⁶¹⁷ del legislador al momento de sancionar las normas penales, por su ruptura con el pensamiento dogmático, para adentrarnos a un “racionalismo normativo”, que pueda asegurar su compatibilidad con las garantías materiales del Derecho penal y a su vez su acercamiento como ciencia social dirigida a su real aplicación en la sociedad.

Por otro lado, se debe reconocer que las orientaciones funcionalistas permiten concebir a la conducta desviada no como un enfrentamiento individual y aislado con la norma, sino como un fenómeno social, dinámico y complejo, donde el delito es un fenómeno normal, inherente a toda sociedad⁶¹⁸ que surge del mismo funcionamiento del sistema. Por lo tanto, inserta un lenguaje sociológico, pero que dada su profunda abstracción cae en el campo de la irracionalidad. En palabras de LUZÓN PEÑA refiriéndose a la prevención general positiva, escribe lo siguiente “En esta medida la prevención general estabilizadora carece de base racional: bajo una ornamentación estético-racional, la teoría legitima impulsos racionales y emocionales primarios ante el hecho criminal, así la pena se entiende como medio de reequilibrio psíquico de la sociedad”⁶¹⁹.

617 En palabras de FERRAJOLI, el decisionismo es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas conexas de la prevención y de defensa social; *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Editorial Trotta SA, Madrid, 1995, cit., p. 43.

618 Así, GARCÍA PABLOS DE MOLINA. A.; *ibid.*

619 LUZÓN PEÑA; Diego-Manuel; *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*. Publicaciones del

En específico, en la teoría de JAKOBS, encontramos que la pena tiene una función estabilizadora que garantiza las expectativas sociales defraudadas por el autor, es entonces, un neo-hegelianismo, constituyéndose en una teoría instrumental de la pena, de naturaleza retribucionista, puesto que la pena no se orienta a la protección de bienes jurídicos sino al fortalecimiento del sistema y a la obtención de la confianza del ciudadano⁶²⁰. Bajo esta orientación, la culpabilidad se valora conforme a las necesidades del sistema, se prescinde del contenido psicológico-cognoscitivo en el juicio de reproche culpable, no se miden las capacidades y los poderes individuales del sujeto que ha infringido la norma, si pudo y debió comportarse de otro modo⁶²¹; es una reacción puramente normativa, donde la pena actualiza la vigencia fáctica de las normas, fomenta y encauza los mecanismos de integración y de solidaridad social frente al infractor y devuelve al ciudadano honesto su confianza en el sistema. Bajo este paradigma, se va a clasificar como «desviados» a quienes vulneran la norma, en los cuales la pena no ejerce ningún tipo de beneficio, éste es ubicado en un lugar marginal, instrumental para la estabilización del sistema social.

La prevención integradora sustituye o mejor dicho reemplaza a la utópica resocialización del delincuente, sin realizar ningún tipo de reflexión o de profilaxis social, en concreto, sobre el modelo penitenciario y no plantea medidas alternativas. En concreto, esta teoría se agota en la imposición de la pena, de efectos puramente simbólicos, donde pierde validez la dignidad del ser humano, pues, el hecho de ser penado no implica perder dicho ontologismo; en tal sentido, las exigencias de un Estado Social, es de realizar todos los esfuerzos humanamente posibles, para poder reintegrar al infractor a los valores democráticos de una sociedad civilizada. La fase de ejecución penal, por ende, queda entonces vacía de contenido.

BARATTA, desde una objeción vinculada a la teoría de los sistemas, en referencia a la teoría de LUHMANN, señala *“Estaríamos pues ante una concepción conservadora, tecnocrática e incluso autoritaria, funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal y promotora de la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes y, en particular, de la forma tradicional de abordar desde el Derecho penal los conflictos de desviación”*⁶²²; entonces, es una nueva tendencia de abordar la conducta desviada, desde el

Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979.

620 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; *Fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 72; Citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Derecho Penal - Introducción...*, cit., p. 148.

621 No le interesa por tanto, el déficit de socialización.

622 BARATTA, A.; *Integración-prevención: Una Nueva Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica*, cit., ps. 533 y ss.

funcionamiento del sistema, que podría provocar un expansionismo exacerbado del Derecho penal, cuando las variables que se utilizan para ello, no son propiamente, las que legitiman la intervención del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

El Funcionalismo examina a la conducta desviada como fenómeno social normal, inseparable del sistema, prescindiendo de las características biotipo-lógicas del individuo, como una serie de deficiencias, sean éstas culturales, sociales, económicas; se olvida esta directriz, que el fenómeno delictivo surge como antagonismo de las propias existencias estructurales de la sociedad. Para GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, el crimen (...), se estima inseparablemente unido a las estructuras cotidianas de un orden social intacto: al normal funcionamiento de un sistema que produce delincuentes como también produce ciudadanos honrados⁶²³, el delito, no lo olvidemos emerge de las propias estructuras sociales.

El crimen aparece como una realidad social, producto de una serie de circunstancias (plurifactoriales): de las demandas sociales insatisfechas, de las contradicciones internas del sistema, de un desajuste o déficit estructural que emana de las formas de organización o del estado del desarrollo del tipo social. Dicho de otro modo: *son disfunciones sociales que provocan conductas irregulares (desviadas) del sujeto, como respuesta, ante una sociedad que no está en condiciones de ofrecer los mismos beneficios a todos por igual, por más esfuerzo que promuevan los actuales modelos de la democracia social participativa.*

Como escribe RODRÍGUEZ MOURULLO, el conocimiento científico del Derecho vigente conduce inevitablemente a conclusiones político-criminales, porque estos conocimientos descubren los aciertos y los defectos del orden jurídico en vigor⁶²⁴. Se neutraliza entonces la tarea de construir un orden social más justo, al producirse una desvinculación entre la realidad empírica (criminológica) y la norma (definición jurídico-política).

4.5. Teoría del Bien Jurídico

La actual ciencia del Derecho penal (dogmática) se encuentra dividida en cuanto a las funciones que debe ejercer el *ius puniendi*, si lo que se tutela es la lesión de un bien jurídico o la lesión de un deber, expresado esta última en un sentido normativista-sistémico; estado de la cuestión que no es *baladí*, en la medida que la postura que se acoja incidirá en verdaderos planos de legitimación, en cuanto a la tarea y límites que debe asumir el Derecho penal en la prevención y contención de las conductas delictivas.

623 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Tratado de Criminología*, cit., p. 707.

624 RODRÍGUEZ MOURULLO; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 1. Madrid, 1977, cit., p. 12.

El asunto de la discusión es que la actual proliferación y expansión del Derecho penal, a ámbitos sociales, antes no reconducibles a tutela penal hacia bienes jurídicos supraindividuales, desde la perspectiva de un «Derecho Penal Clásico», ha puesto en duda la legitimidad funcional del bien jurídico al margen de una consideración político-criminal.

El concepto de bien jurídico, como nos recuerda MIR PUIG, no nació con el propósito de trazar una frontera al *ius puniendi* del Estado, sino que fue introducido por Birnbaum⁶²⁵, en el ámbito de los delitos de religión y las buenas costumbres, en contra de los postulados liberales⁶²⁶. No fue, entonces, un término de referencia para la legitimación del Derecho penal, sino como fuente de positivización legal

Tal vez, la carencia de una posición lo suficientemente convincente –teórica y empíricamente–, en cuanto a su propia construcción, a lo largo de su desarrollo conceptual⁶²⁷, ha permitido de cierta forma la irrupción de otras teorías, que ponen severos reparos, acerca de la legitimación del bien jurídico como función esencial del Derecho penal.

Reconduciendo sus fines a objetivos sistémicos-funcionalistas, de corte normativista, pues en este caso la función vendría representada por el restablecimiento de la vigencia de la norma, puesta en entredicho, por la desobediencia humana que se manifiesta en la infracción normativa, frustrando las expectativas sociales, de un comportamiento fiel hacia la norma⁶²⁸.

En palabras de ZUGALDÍA ESPINAR, la pena cumpliría la misión de confirmar el mandato jurídico como criterio orientativo de las relaciones sociales (confirmación de la norma defraudada)⁶²⁹. El sistema elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente

625 Para ALCÁCER GUIRAO, la teoría del bien jurídico de Birnbaum, debe entenderse dirigida no tanto a establecer límites al legislador –ámbito de criminalización–, como a hallar una concreción dogmáticamente más fructífera de lo protegido por el Derecho penal: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 96; Ver al respecto, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 370; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 47; OLAIZOLA NOGALES, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 43..

626 MIR PUIG, S.; *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 112; Así, VIZUETA FERNÁNDEZ, J.; *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de Cohecho*, cit., ps. 179-180.

627 Vide al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 267; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *El Derecho penal en el marco de la Globalización*. En: *Estudios Penales – Homenaje al maestro Bernardo Gaitán Mahecha*, cit., p. 574.

628 Así, GÓMEZ LÓPEZ, J.O.; *Fundamentos antropológicos y políticos de la teoría del delito*. En: *Estudios Penales – Homenaje al maestro Bernardo Gaitán Mahecha*, cit., p. 156.

629 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 46-47.

reacción frente a esa frustración⁶³⁰; por tanto, la pena vendría a provocar el reequilibrio psíquico de la sociedad, frente a la necesidad de vigencia de la norma.

El concepto material del delito es lo que ha de definirse conforme a la opción que se adopte del bien jurídico, a fin de sujetar su función a límites y garantía⁶³¹, por vía de la política criminal. La determinación de la misión del Derecho penal con ayuda del concepto de bien jurídico ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar decisiones⁶³².

En todo caso, escribe ALCÁCER GUIRAO, debe advertirse que la opción por uno u otro concepto de bien jurídico —por ejemplo, la opción por un bien espiritualizado o por un bien jurídico de base material— sí puede venir a arrojar cierta trascendencia político-criminal, dilatadora de los márgenes de lo punible en el primer caso, limitadora en el último, (...); y ello, porque la adopción de uno u otro concepto de bien jurídico va a tener su origen, más o menos explícito, en una determinada perspectiva filosófico-política y; por ello, va a poder integrar de forma más o menos adecuada las aspiraciones de la perspectiva que explica y legitima su adopción⁶³³.

Las tareas del Derecho penal deben de definirse conforme al modelo jurídico-estatal y según el artículo 43º de la Ley Fundamental, se reconoce un «Estado Social y Democrático de Derecho». Una síntesis de la legalidad, a la cual debe someterse toda la actuación pública, a fin de asegurar la previsibilidad de la reacción estatal y, la seguridad jurídica propia del Estado de Derecho y; por otro, el aspecto social, redunda en el reconocimiento de la persona humana, como piedra angular de todo el Sistema Jurídico-Estatal, quiere decir esto, que toda la política jurídica estatal debe estar al servicio del individuo, de tutelar sus derechos fundamentales así como garantizar su acceso a los diversos procesos sociales.

Siendo así, la política criminal debe orientarse a cautelar dicho valor supremo, tal como se contempla en el articulado primero de la Constitución Política; entonces, el Derecho penal ha de procurar que la sanción punitiva permita precisamente, cautelar las libertades fundamentales del individuo, como mecanismo de prevención del delito.

A la inversa, una visión que parta de los fines utilitaristas del Estado, adquieren concreción, y porque no decirlo validez, en un Estado de Policía, donde la represión ciudadana es su característica principal, incompatible con las bases jurídico-filosóficas de un orden democrático de derecho.

630 MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 12.

631 ASÍ, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., ps. 368-369; MIR PUIG, S.; *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 132.

632 OLAIZOLO NOGALES, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 41.

633 ALCÁCER GUIRAO, R.; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 23.

La adopción de la postura, que se tome conforme a la discusión puesta en relieve, para revestirse de legitimación teórica, debe condecirse con el resto de principios que se desprenden de un Derecho penal democrático, nos referimos al principio de mínima intervención, es que el poder institucionalizado que significa el derecho punitivo, ha de intervenir, sólo lo estrictamente necesario, cuando aparezca un interés jurídico digno de protección penal, tomando como referencia los valores contemplados en el texto ius fundamental y la conducta humana genere un foco de conflictividad social "insoportable", donde el resto de medios de control social con que cuenta el Estado, no sean suficientes para cautelar su debida indemnidad, mejor dicho el contenido sustancial de los derechos fundamentales.

Dicho lo anterior, podría legitimarse cualquier intervención del Derecho penal, sea criminalizando comportamientos que sólo revelan una reprobación ético-social o desviando su atención a sofocar esferas de desestabilización política.

Dicho de otra forma: el Derecho penal no ha de ser *considerado como un resorte y/o palanque de ciertas posturas ético-sociales, que de cuño se mantienen en ciertos sectores de la sociedad, tampoco como instrumento aplacador de coyunturas de alta conmoción social, éste debe servir para fines que se correspondan con la idea de lesividad social.*

La afirmación antes sostenida, adquiere rigor en la actual coyuntura de la política penal nacional, cuando el legislador en los últimos años ha reconducido el Derecho penal a una orientación maximalista, funcionalista y, porque no decirlo «simbólica» a la vez del *ius puniendi* estatal, que se manifiesta claramente en las últimas reformas legislativas, como la Leyes Nos. 28726, 28730, 28704 29407 y 29570, así como el Decreto Legislativo N° 982, de julio del 2007; lo que en otras palabras significa la huida permanente hacia el Derecho penal, propiciando su desgaste nominal, con ello su deslegitimación social. Se cree ilusamente que el poder penal del Estado, ha de controlar todos los males sociales, a través del ejercicio intimidatorio de la ley penal (prevención general negativa), fines que a la luz de los hechos, se encuentran sumamente debilitados, de acorde a alta incidencia de reincidencia delictiva. Sin que ello deba entenderse a una renuncia del Derecho penal, como mecanismo preventivo de la delincuencia, sino como una advertencia, del camino equivocado del legislador en materia política criminal.

El divorcio del legislador para con los principios legitimadores del Derecho penal, propio de un Estado Social y Democrático de Derecho ha supuesto la preponderancia de ciertos intereses jurídicos, como la «Seguridad Pública» y la «Seguridad Ciudadana», que sin constituir en realidad verdaderos "derechos fundamentales", han sido superpuestos a los derechos fundamentales de la per-

sona humana, como una vía para criminalizar las amenazas del orden público, que han desencadenado una mayor dureza de la respuesta punitiva.

La finalidad garantística del bien jurídico es esencial, en orden a cautelar los límites de la política criminal del Estado. Esta habrá de impedir que el mismo sirva de mera pantalla para la protección penal de todo tipo de intereses, estrategias o convicciones morales cuya lesión, sin embargo, carecería de una auténtica repercusión negativa en la realización del individuo como seres sociales⁶³⁴.

En un Estado social y democrático de Derecho y, (...), la intervención punitiva sólo puede justificarse respecto de conductas trascendentes para los demás y que afecten a las esferas de libertad ajenas, siendo contrario al principio de ofensividad el castigo de una conducta inmoral, antitética o antiestética que, en absoluto invada las libertades ajenas y, específicamente, incida en la libertad de obrar de los demás⁶³⁵.

Por lo expuesto, mi posición es que no se puede de ningún modo renunciar a la función de tutela de bienes jurídicos⁶³⁶, como guía espiritual y material de la política criminal en un orden democrático de derecho, cuya falta de contenido material en algunos casos, no puede ser óbice para abandonar dicho criterio legitimador y limitador a la vez. No podemos perder de vista, que las tareas del Derecho penal —estrictamente preventivas—, deben sujetarse conforme las nuevas exigencias de la sociedad moderna, cuyas nuevas estructuras provocan

634 SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., ps. 267-268.

635 CARBONELL MATEU, J.C.; *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 217; Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; *Fundamentos del Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 54; GÓMEZ LÓPEZ, J.O.; *Fundamentos antropológicos de la teoría del delito*, cit., p. 155.

636 En palabras de POLAINO NAVARRETE, un Derecho penal que desde su inicio no se propusiera finalmente en esencia garantizar la protección de los valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad, mediante el ejercicio de las sanciones penales en los límites social y jurídicamente tolerables, sería un Derecho penal carente de base substancial y no inspirado en los principios de Justicia sobre los que debe asentarse todo Ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, inservible para regular la vida humana en sociedad; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, cit., p. 229; los cometidos del Derecho penal deben guardar correspondencia con los valores fundamentales, que el legislador les ha asignado supremacía constitucional, en este caso las libertades fundamentales, que sólo pueden verse afectadas legítimamente, como reacción punitiva del Estado, cuando se pone en riesgo el mantenimiento de las bases sociales, que han de tutelarse por las normas jurídico-penales. Cuando se deja de lado, la categoría material del bien jurídico, se trasciende el umbral de legitimidad, para ingresar a zonas oscuras de criminalización, que no se condicen con los fundamentos reales de una democracia, que supuestamente debía proteger dichos valores. Existe en realidad un plano empírico y cognitivo de equivocación, al creerse que ante mayores campos de intervención punitiva, las libertades individuales resultarán siendo más protegidas, todo lo contrario su vigencia material se debilita, fortaleciendo los fines sistémicos, ajenos a la visión personalista del orden jurídico.

la aparición de nuevos riesgos para los bienes jurídicos fundamentales, lo que ha justificado en estos últimos tiempos, la construcción de los bienes jurídicos supraindividuales, cuya legitimación reposa, precisamente en que son imprescindibles para reforzar la tutela de los intereses jurídicos "personalísimos".

Se erigen, entonces, como bienes jurídicos «intermedios», que mediante el adelantamiento de la barrera de intervención del Derecho penal (delitos de peligro abstracto), procuran que los bienes jurídicos –inherentes a la persona humana–, puedan desarrollarse plenamente, en cuanto a la autorrealización de la persona humana, como integrante de la comunidad social.

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 concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos⁶³⁷.

Con todo, la propuesta a concretizar, refiere lo siguiente: que la construcción de la teoría del bien jurídico, ha de contener aquellos intereses jurídicos que se vinculen directamente con la condición de persona humana, no sólo desde una consideración ontológica, sino también "funcional" y, de posibilitar su acceso a concretas actividades socio-económica-culturales⁶³⁸.

Conforme lo anotado, debe partirse de una integración de la ciencia criminológica con el Derecho penal, mediando la actuación de la política criminal, en las labores penalizadoras y despenalizadoras y, en este alud, el bien jurídico se instituye como una herramienta insustituible, como fuente de obligada remisión del legislador en su función definidor de la conducta típica y, por otro lado, con respecto al juzgador, como instrumento de hermenéutica jurídica, a fin de delimitar los criterios de interpretación conforme a una visión sistematizadora.

Recapitulando, habrá que sostener lo siguiente: el Derecho penal, entonces, no se dirige a cautelar la reserva moral de un pueblo, no tampoco a la preservación política del régimen de turno, sino a la protección de aquellos intereses jurídicos, que por su relevancia en el orden de valores comprendidos en la Ley Fundamental, merecen protección punitiva, a fin de mantener una coexistencia social pacífica, en cuanto a un orden social reglado por la Justicia y el Derecho.

A decir de RUDOLPHI, según la Constitución, al Derecho penal le corresponde la misión de proteger posibles ataques a la normal convivencia en nuestra

637 ROXIN, C.; Citado por SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R.; *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, cit., p. 40.

638 Así, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 365.

actual sociedad configurada por la Ley Fundamental; esto es, de evitar el comportamiento socialmente dañoso⁶³⁹.

En este contexto la función básica del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos debe asumir hasta sus últimas consecuencias la "secularización del instrumento punitivo del Estado", en este sentido la plena asunción de los principios de libertad y tutela, propios del Derecho Penal del Estado democrático de Derecho, debe comportar la superación de concepciones jurídico-penales ancladas en principios de moralidad o eticidad de las respuestas punitivas⁶⁴⁰.

Dicho lo anterior, la intervención del Derecho penal sólo será lícita, mientras se identifiquen concretos estados de lesión y/o una conducta con aptitud seria de lesión a un bien jurídico de relevancia, para con el individuo o la sociedad; ello apunta a identificar el contenido material que debe acreditarse, cuando hablamos de antijuridicidad material, que se divide en dos planos a saber: primero, el disvalor de la acción, la realización de un riesgo no permitido que pueda crear un estado real de aptitud de afectación (tentativa, delitos de peligro) y, segundo, el disvalor del resultado, expresando una determinada magnitud de afectación en el contenido esencial del interés protegido (estados de perfecta realización típica)⁶⁴¹; en tal medida, las bases materiales acogidas por el legislador en el texto punitivo de 1991, dan lugar a un Derecho penal del acto en correspondencia con una Culpabilidad por el acto.

Dicho de otra manera: *el disvalor de la acción y el disvalor del resultado, que suponen la imputación de riesgos y de resultados, constituyen la base material que legitima la intervención del Derecho penal en un orden democrático de derecho; por lo que su intervención en meras desobediencias administrativas o en ámbitos revestidos por la ideologización ética, implica su deslegitimación, a su vez su desgaste nominal, de acuerdo a la posición adoptada.*

Bien jurídico, dice WELZEL, es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significancia social es protegido jurídicamente⁶⁴². En todo caso, la orientación es clara, en el marco de una sociedad democrática no se puede pretender que el Derecho penal intervenga en cualquier ámbito de la vida social, sino únicamente en aquellos que revelan un alto contenido de lesividad social, conforme a criterios que se desprenden de la idea del disvalor de la acción y el

639 RUDOLPHI, H.J.; *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, cit., p. 82.

640 MORALES PRATS, F.; *Las formas agravadas de Homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas*. En: *Delitos contra la vida e integridad física*. Director: José Luis Díez RIPOLLÉS, cit., ps. 255-256.

641 ASÍ, CARBONELL MATEU, J.C.; *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 218.

642 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 15.

disvalor del resultado, que de forma conjunta dan lugar al injusto penal, cuya necesidad y merecimiento de pena, se determinan de común idea con los principios de proporcionalidad y de ultima ratio.

Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, la exigencia de que el Derecho penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos (penales) constituye una garantía fundamental del Derecho penal moderno⁶⁴³; por tanto, irrenunciable, al incidir como límites de esa misma intervención.

Desde los albores de la ciencia jurídico-penal, se fueron construyendo en varias direcciones la categoría del bien jurídico, al margen de posiciones ultra-intervencionistas, identificamos la postura de Binding. Dicho autor, parte de una concepción positivista, donde el bien jurídico es creado por el legislador normativamente, es decir, no es una concepción que éste la recoja, sino que es propia del sistema⁶⁴⁴.

Con ello se confunde, la pretensión punitiva que adquiere concreción en la sanción normativa de las leyes penales, que es inherentes a la soberanía estatal, con los valores que han de ponerse en tutela, por medio de las normas.

Es de verse, entonces, que debe considerarse que las normas jurídico-penales despliegan una función importante en el sistema, de desarrollar comunicativamente cometidos preventivos, cuando éstos son recepcionados por los individuos, a fin de que éstos adecuen sus comportamientos a los fines valiosos, que hay que cautelar en un estado de convivencia social pacífica. Sin embargo, estos cometidos, de prevención-general y de prevención-especial, que asume como función la norma jurídico-penal, esta plenamente conectado con la función esencial del Derecho penal; por ello, se dice con corrección que es a través de las tareas preventivas de las normas, que se puede garantizar la tutela de bienes jurídicos; (...) dado que la función del Derecho penal de protección de bienes jurídicos sólo puede realizarse haciendo surgir a los ciudadanos una motivación leal al Derecho, también es obvio concluir la existencia de una norma de determinación no escrita y dirigida a los ciudadanos, prohibiéndoles la comisión de acciones punibles⁶⁴⁵. La infracción de la norma supone como dato material la lesión y/o la puesta en peligro de bienes jurídicos —penalmente tutelados—. Todo injusto típico, que lesiona la norma penal, tiene como contenido material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en el tipo legal⁶⁴⁶.

643 SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 267; ASÍ, POLAINO NAVARRETE, M.; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, cit., p. 227.

644 ASÍ, MIR PUIG, S.; *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 113; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 48.

645 SCHÜNEMANN, B.; *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, cit., p. 75.

646 POLAINO NAVARRETE, M.; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, cit., p. 229.

El contenido y presupuestos tanto de las normas penales de sanción deben determinarse, asimismo, a partir de los fines y objetivos de un Derecho penal estatal⁶⁴⁷.

En tesis, la función del Derecho penal es la protección-preventiva de bienes jurídicos.

a. 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 protección⁶⁴⁸, sino que el Derecho penal lo recoge de la realidad social; pero admitió que dicho interés no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho, lo que equivale, también, a reconocer

647 RUDOLPHI, H.J.; *El fin del Derecho penal del Estado...*, cit., p. 82.

648 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 ético-sociales; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 16; entonces, la 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 173º del CP, por obra de la Ley Nº 28704; a decir, de ALCÁZAR 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.

que se trata de una creación de éste, de un producto del Derecho Positivo⁶⁴⁹. 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 criminal⁶⁵⁰.

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 justificación⁶⁵¹.

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 Estado⁶⁵². 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-Piedecabras, el concepto de bien jurídico tiene que ir necesariamente a la realidad social⁶⁵³, 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 respuesta la pregunta de que intereses merecen ser protegidos o, al menos, que criterio debe decidir la necesidad de su protección⁶⁵⁴.

649 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 370.

650 ASÍ, ALCÁZER GUIRAO, R.; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 29.

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

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

653 SERRANO-PIEDECABRAS FERNÁNDEZ, J.R.; *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 41.

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

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 social⁶⁵⁵.

De recibo, 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 pena⁶⁵⁶. 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 va 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 márgenes de lo punible, ya que los valores morales se 'lesionarán' ya con actitudes morales⁶⁵⁷.

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 otro⁶⁵⁸, 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, pro-

655 OLAZOLA NOGALES, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 49.

656 SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R.; *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 43.

657 ALCÁCER 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.

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

piciando 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 individuo⁶⁵⁹.

En resumidas cuentas, una posición como la reseñada 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 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 público⁶⁶⁰, 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 humana⁶⁶¹, desde una perspectiva: personal y social a la vez.

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 mismo⁶⁶².

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

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

661 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.

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

No negamos rayadamente, 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 está obligado a cautelar⁶⁶³; (...) 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 sociedad⁶⁶⁴. 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 jurídica-penal, aquello que sea necesario para la subsistencia, en ciertas condiciones, de la sociedad⁶⁶⁵.

b. 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.

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 1º de la CPE; mientras que en el artículo 2º se han glosado los derechos fundamentales, desde una consideración eminentemente «personalista».

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?

663 Vide, en referencia, OLAZOLA NOGALES, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 51.

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

665 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.

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 Bricola⁶⁶⁶. 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"⁶⁶⁷. 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 constitucional⁶⁶⁸.

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 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 lo 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 Derecho⁶⁶⁹. Como pone de relieve CARBONELL MATEU, su entender, sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de tutela penal⁶⁷⁰.

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 Constitución⁶⁷¹.

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

667 Citado por GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 371.

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

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

670 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.

671 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 conte-

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 convivencia social, nos referimos a los bienes jurídicos supraindividuales (el medio ambiente⁶⁷²).

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 condice con los principios de subsidiariedad y de última 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 el artículo 323º del CP, incorporado por la Ley N° 27270 del 29 de mayo del 2000⁶⁷³, de este modo pondríamos en

nido 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.

672 La legitimidad de la intervención punitiva del medio ambiente 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 las 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.

673 Luego modificado por la Ley N° 28867 del 09 de agosto del 2006; Vide, más al respecto,

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 libertad⁶⁷⁴.

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 discusión⁶⁷⁵. 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 democrático⁶⁷⁶.

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 penal⁶⁷⁷.

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 humanos⁶⁷⁸.

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 Estado⁶⁷⁹.

mi obra: Derecho Penal. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual, IDEMSA, Lima, 2007.

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

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

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

677 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 371.

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

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

Al margen de lo que se vaya decir, más adelante, considero que el bien jurídico debe gozar de todos modos un respaldo constitucional⁶⁸⁰, 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"⁶⁸¹, sino que debe agregarse algo más: debe tratar de un injusto penal cualificado, una lesividad social lo suficientemente significativa (disvalor de la acción y disvalor del resultado), para que se requiera la intervención del derecho punitivo, de este modo limitado 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 de ellos, pues aquellos no resulta posible, en tanto cada interés puede revelar una cierta determinación, lo que no es tanto así en otros. Hoy en día, la política criminal del tercer milenio, trae a colación bienes jurídicos "difusos", que por su 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 parentesco⁶⁸². Como este mismo autor, plantea lo único común de los bienes jurídicos, es su contrariedad al Derecho⁶⁸³, es decir, su "antinormatividad".

Sintetizando 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 dañinidad 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*

680 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.

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

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

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

constituya en un injusto penal cualificado; de todos modos debe subrayarse que no es necesario que el bien jurídico se encuentre contemplado en un precepto constitucional, bastando para ello su vinculación directa con un interés jurídico que sí goza de tutela constitucional. Los delitos informáticos⁶⁸⁴ así como el tráfico ilícito de personas⁶⁸⁵ 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 «supra-individuales», 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 sociales⁶⁸⁶; 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 organicista⁶⁸⁷, sino todo lo contrario, desde una visión personalista⁶⁸⁸, de esta forma cautelamos que el derecho punitivo no se convierta 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.

684 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.

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

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

687 HABERLE, P.; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 39.

688 Así, HABERLE, 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.

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 legitimidad⁶⁸⁹.

Recapitulando, diremos que el concepto de bien jurídico debe determinarse conforme a una perspectiva hermenéutica y teleológica, a partir de una visión constructiva y dinámica de la sociedad, que implica tutelar todos aquellos valores que son necesarios para el desarrollo personal del ciudadano y del colectivo sostenido en una integración plenamente comunicativa, aparecen así protecciones concretas sobre intereses socialmente legítimos, que el Estado se encuentra obligado a proteger -tanto desde el sistema jurídico-estatal como del sistema socio-estatal, sistemas que se comprenden en la imagen ideal del Estado Social y Democrático de Derecho.

Bienes jurídicos entonces, pueden ser definidos en palabras de KINDHÄUSER a la luz de la autonomía comunicativa y, en concreto, como ciertas cualidades de personas, cosas o instituciones que aseguran en todo caso hacen posible la participación libre e igual en la comprensión comunicativa normativa⁶⁹⁰.

En otras palabras dicho: *bienes jurídicos son todos aquellos valores que son indispensables para asegurar una participación libre del ciudadano en los procesos de integración social, que permite el libre desarrollo a su personalidad y que facilita su actividad social en una sociedad democrática; bien entonces es todo valor que permite que el hombre sea libre en su configuración de vida en sociedad, y donde la norma funge de puente comunicativo entre el Estado y los ciudadanos, como un instrumento que viabiliza la tarea preventiva del Derecho Penal, pero, no como mecanismo de estabilización socio-cognitiva a expensas de los derechos fundamentales.*

Todo el sistema jurídico-estatal debe garantizar la dignidad de la persona humana (art. 1º de la Ley Fundamental), la totalidad de la Constitución del Estado y de la actividad del Estado ha de configurarse y aplicarse desde éste su sentido último y supremo objetivo⁶⁹¹.

En palabras de HORMAZÁBAL MALARÉE, el bien jurídico es una síntesis normativa, resultado de la contradicción que se genera en una sociedad democrática entre el derecho penal como expresión más pura de coerción y la negación

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

690 KINDHÄUSER, U.; *La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad*, cit., p. 212.

691 ZIPF, H.; *Introducción a la Política Criminal* (Kriminalpolitik. Eine Einführung in die Grundlagen). Traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, de la edición española Edersa, 1979, cit., p. 30.

de dicha coerción con el reconocimiento jurídico de los derechos y libertades de los individuos⁶⁹².

Conforme lo anotado, la legitimidad de la coerción penal estatal se sustenta en un foco de lesividad social material que se plasma en la concreta obstrucción de la participación social del individuo, entonces, su intervención si bien implica un ámbito de injerencia en los bienes del ciudadano, no es menos cierto que su necesidad se fundamenta finalmente en la funcionalidad que de esta intervención surja en la tutela de los derechos y libertades individuales. Por lo tanto, la ideología del bien jurídico adquiere legitimidad, cuando materialmente se identifica el bien objeto de protección, a partir de una necesidad social e individual pues la trascendencia de esta construcción teórica se sostiene no sólo desde una perspectiva jurídico-estatal, sino sobre todo desde el plano de una política social, de conformidad con el modelo de Estado que plasma nuestra Constitución Política.

En síntesis, el Estado democrático debe orientar su política penal hacia la exclusiva protección de bienes jurídicos, pero de bienes jurídicos entendidos materialmente en cuanto expresan lo realmente protegido por una norma penal, esto es, síntesis normativa de relaciones sociales concretas en una sociedad democrática⁶⁹³.

4.6. Derecho Penal del Acto

La pena presupone la comisión de un injusto penal por parte de un sujeto penalmente responsable, quiere decir en otros términos, que la sanción punitiva está condicionada a la comisión u omisión de una conducta prohibida o mandada por el orden jurídico-penal.

Constituye una principal garantía de los ciudadanos, que sólo puedan responder penalmente por conductas disvaliosas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Tiempo atrás se propugnaba en la criminología positivista, que la etiología del crimen habría que buscarla no en el crimen *per se*, sino en la persona del delincuente.

Dicho lo anterior, se estableció toda una tipología de delincuentes, cuya adscripción variaba en consonancia con una serie de factores, antropológicos, culturales, sociológicos, etc. Escuela representada por FERRI y luego por VON LISZT.

El positivismo criminológico lleno de adscripciones caracterológicas y antropológicas al Derecho penal, con la consiguiente pérdida de cientificidad sobre su centro de gravitación, esto es, el Injusto penal. Es evidente que bajo tales

692 HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; *Política Penal en el Estado Democrático*, cit., p. 167.

693 HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; *Política Penal en el Estado Democrático*, cit., p. 169.

condiciones la culpabilidad no podría constituir ninguna limitación del poder penal del Estado, porque si la legitimidad de la pena dependiera básicamente de las necesidades de la defensa social frente al autor determinado, y el carácter asocial de éste daba contenido a la culpabilidad, la gravedad de esta culpabilidad y las necesidades de defensa social, preventivo-especiales, serán prácticamente coincidentes⁶⁹⁴.

Una de las mayores conquistas del Derecho Penal liberal fue despojarse de concepciones etiológicas y de estereotipos o etiquetas de criminal. El principio de legalidad, principal bastión de esta renovación ius-filosófica, exige que sólo puede imponerse una pena cuando el autor ha realizado un comportamiento susceptible de adecuarse en una ley penal - *nullum crimen sine lege praevia*.

La pena presupone entonces una conducta humana -libre y responsable- que por el grado de ofensividad es susceptible de un reproche personal a la persona de su autor y del partícipe.

El Derecho penal moderno que se construyó bajo los postulados de la Ilustración, tiene al acto como principal límite del *ius puniendi* estatal, el principio del hecho impide que la forma de ser del autor pueda ser tomada en consideración como presupuesto del «delito» o de las «circunstancias» que comportan una agravación de la pena; sólo lo que la persona haga puede tener relevancia jurídica a los efectos indicados («Derecho Penal del hecho»)⁶⁹⁵.

El Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de este tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo⁶⁹⁶.

En otras palabras dicho: el derecho penal es de acto y las normas penales se dirigen a la conducta social del hombre, no es un derecho penal de autor -así se conciba en su más extrema formulación: el llamado derecho penal de sentimiento, para el cual lo fundamental es la peligrosidad del agente o la manifestación de una determinada personalidad criminal⁶⁹⁷. Sólo puede reprimirse por un hecho que se exterioriza materialmente en la realidad lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos. No es concebible que un orden democrático de de-

694 BACIGALUPO, E.; *La Jerarquía Constitucional del Principio de Culpabilidad...* cit., p. 143.

695 ZUGALDIA ESPINAR, J.M.; *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General.* cit., ps. 278-279.

696 ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General.* Tomo 1. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. cit., p. 176.

697 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1987, cit., p. 271.

recho, las ideas (*cogitationes poenam nemo patitur*), actitudes, sentimientos o meras manifestaciones conductivas sean susceptibles de punición.

No se puede castigar en base a un ser, sino por una valoración jurídica determinada por una manifestación de comportamiento expresada en términos de ofensividad.

Un «Derecho penal del acto», supone necesariamente una culpabilidad del acto, en base a una correspondencia que se colige de un pensamiento sistemático axiológico y racional, que considera al hombre desde una consideración social y ontológica.

«Disvalor del acto» y «disvalor del resultado», importan dos componentes que revisten de contenido material al Injusto penal, presupuesto esencial para que el Estado pueda reprimir con una pena a la persona del infractor. Dicho en otros términos: el contenido del injusto en su doble vertiente se constituye en la base material del sistema de punición, en cuanto el Estado sólo puede ingresar a la esfera de libertad del individuo, cuando éste último ha realizado un comportamiento que vulnera las bases mínimas de convivencia social.

En consecuencia, la pena presupone la comisión de un injusto penal que pueda ser atribuido a un autor penalmente responsable. Capacidad de responsabilidad penal es el reproche que recae sobre quien no se motivó de acuerdo al directivo de conducta.

Ahora bien, no podemos confundir la base material de la sanción punitiva, con los criterios que guían al juzgador en el momento de la determinación judicial de la pena.

En el marco de la determinación judicial de la pena, se distinguen dos modelos, uno que se orienta a una culpabilidad del acto, donde prima únicamente los datos del hecho en correspondencia con el tipo legal, y, un modelo dirigido a la personalidad del autor. En el primero de ellos, concretamente, el juicio de culpabilidad relevante para la individualización de la pena debe excluir como objeto del mismo las referencias a la conducta anterior del hecho (sobre todo las penas sufridas), a la peligrosidad, al carácter del autor, así como a la conducta posterior al hecho (que sólo puede compensar la culpabilidad del momento de la ejecución del delito)⁶⁹⁸. En efecto, en este sistema los elementos que priman en el juicio de valoración son los referidos al grado del injusto, a la relevancia del bien jurídico, a los deberes jurídicos infringidos, a la energía criminal del autor y otros datos que se comprenden en un reproche de culpabilidad del acto.

698 BACIGALUPO, E.; *El Principio de Culpabilidad, Reincidencia y Dilaciones Indebidas del Proceso*. En: *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, cit., ps. 162-163.

Más no debemos confundir elementos que se revelan de la personalidad pura del autor, con aquellos caracteres que se manifiestan en la personalidad del autor al momento de la perpetración del delito. Si bien nuestro sistema penal es un Derecho penal de la culpabilidad por el acto, aquello no quiere decir que el juzgador no pueda apreciar las diversas y variadas circunstancias que podrían rodear la comisión del hecho punible, las particularidades del autor, su relación con la víctima, su *status* social, su grado de socialización y de culturización, en suma, cómo ha sido su proceso participativo en los procesos sociales. Por lo tanto, desde ya no podemos renunciar de ninguna forma a una Culpabilidad que se impregne de un contenido ontológico.

La referencia legal a la personalidad del agente, como escribe Fernando Velásquez, debe entenderse como una manifestación más de la vigencia de los principios de lesividad y culpabilidad, sobre todo este último, conforme al cual el juicio de exigibilidad es siempre de carácter personal, pues la pena se impone a un ser humano y no a una roca o los demás seres vivos⁶⁹⁹; quiere decir, en otras palabras que es inevitable que el Juzgador se remita a efecto de determinar la pena justa y merecida, a las particularidades propias del autor que reveló en su obrar antijurídico, de conformidad con un criterio orientado a la prevención especial. Consideramos que estos elementos personales operan de forma complementaria, a fin de graduar una penalidad que tenga como base la dignidad humana, y su posición en la sociedad como sujeto portador de derechos y de libertades.

4.7. Derecho Penal de Autor

Quien comete el injusto penal es un individuo, portador o no de culpabilidad, de ahí que el enfoque del Derecho penal, ha de centrarse en el acto; empero, ello no fue siempre así, en tanto, los estudios de antaño, se remitían al ser delincuente, una visión «etiológica» de la ciencia penal, enquistada sobre posiciones biológicas, antropológicas y étnicas, pretendiendo identificar las causas del crimen, en las estructuras internas del agente infractor, desvinculándolo de su esfera social y de sus relaciones con el resto de individuos, condenándolo al fatalismo del «determinismo»; al hombre habría de ser sancionado, por lo que es y no por lo que hizo.

El «Derecho Penal de Autor», se remonta y vincula esencialmente a la «Criminología Clásica», ciencia que procuraba dar una explicación causal del delito como obra de un autor determinado. Se trata pues, de explicar el delito a partir de una visión antropológica o biológica del autor, tomando como referencia el contexto social en el cual éste desarrollaba su personalidad.

699 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 697-698.

Dicho lo anterior, el presupuesto de pena no era la comisión de un acto antijurídico, sino la constatación de que el autor presentaba signos o prognosis de peligrosidad, de reincidencia o habitualidad. Es así que la pena y medidas de seguridad se orientan a establecer el tratamiento penitenciario idóneo para que esta personalidad perversa no vuelva a cometer delitos. Aquello muestra una coincidencia del Derecho penal orientado a la prevención especial positiva con el estudio de la criminología, que centraba su foco de estudio en el delincuente, como ser antisocial⁷⁰⁰.

Una visión total de las Ciencias Penales fue propuesta por VON LISZT, la que denominó «die gesamte Strafrechtswissenschaft» (ciencia total del Derecho Penal). A partir del momento en que ambas ciencias delimitan su ámbito de aplicación, pues a la Criminología le ocupa estudiar las causas sociales del delito, así como las diversas reacciones que la sociedad tiene al delito y el Derecho penal extrae estos datos sociales para que el legislador formule las convenciones penales (criminalización primaria) para luego asumir una función hermenéutica y de interpretación teleológica de acuerdo con su función principal, que es la protección de bienes jurídicos y la prevención general de delitos.

El Derecho penal de autor parte de una personalidad atávica, que respondía a la prevención especial en sus primigenias construcciones, fruto del Positivismo Criminológico (FERRI, VON LISZT), donde el Derecho penal habría de conducirse represivamente a fin de ejercer la defensa de la sociedad ante los sujetos «socialmente» peligrosos.

Por eso se dice que es un Derecho penal medicinal de medidas, pues la reacción jurídico-penal no se basa en la culpabilidad sino en estados peligrosos basados en pronósticos meramente subjetivos. La pena debía servir para: a) corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección b) intimidación del delincuente que no requiere corrección; e) inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección⁷⁰¹, en esta última clasificación comprendió VON LISZT a los delincuentes habituales, es decir, a todos aquellos que han hecho del delito un *modus vivendi*, cuya prosecución delictiva se enfatiza a partir de la repetibilidad de hechos delictuosos similares o análogos.

Un Derecho penal de autor basado fundamentalmente en la personalidad antisocial del autor, reflejado en la carrera criminal. En razón de que aquel factor

700 FERRI, propulsor de la Sociología Criminal sostenía que cuando se admite, como no puede ser de otra manera, que los fenómenos jurídicos no son sino fenómenos sociales, porque derecho y sociedad son términos inseparables y equivalentes, se hace evidente de inmediato la artificialidad de aquella separación entre una ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y otra que lo estudie como fenómeno social. En: BACIGALUPO; Principios. cit., p. 42.

701 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tercera reimpresión, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1996, cit., ps. 14-15.

de la personalidad, que según VON LISZT, debía tener importancia decisiva para la naturaleza y medida de pena desde puntos de vista preventivo-especiales, era la "intensidad de ánimo delictivo"⁷⁰²; es decir, antisocial, del autor.

El énfasis en la prevención especial como freno a la criminalidad, supuso una acentuación caracterológica y descriptiva del autor, con la consiguiente pérdida del factor nuclear que legitima la reacción punitiva.

La pena, parafraseando a CEREZO MIR, no tiene otro fin que la defensa social, es decir, fines preventivos, de prevención general y de prevención especial, pero los positivistas ponían el acento en esta última, pues al admitir la existencia del delincuente nato no creían en la eficacia intimidante de la pena⁷⁰³. Tomando en cuenta las opiniones de GARÓFALO, CÉSAR LOMBROSO y ENRICO FERRI, si la pena constituye un medio de defensa social y se toma en cuenta la anormalidad de quien delinque, el objeto del proceso será el conocimiento y determinación de los factores antropológicos del delito, precisando los caracteres orgánicos y síquicos del delincuente y la finalidad del mismo estará representada por la defensa social a través de la aplicación de las penas⁷⁰⁴.

El hecho sólo tiene una función sintomática, y los tipos penales requieren ser complementados por un tipo judicial de autor. El objeto de estudio se traslada del delito al delincuente, concibiéndolo como un ser depravado, desviado, necesitado de terapia, al cual la sociedad quiere aislarlo y donde la valoración se centra en la actitud del autor. Los tipos penales no deben ser descripciones empíricas (biológicas o psicológicas).

Su innegable cercanía con el Socialnacionalismo en Alemania o con corrientes autoritarias afines demuestran que instrumentalizaron el Derecho penal con el único fin de someter y sojuzgar a aquellos sectores que no eran partidarios del régimen político imperante, en base a una relación de dominio y de plena subordinación; a los juristas de la Escuela de Kiel, en el marco de un modelo eticista y subjetivista del Derecho penal de la voluntad, imprimieron conceptos como «disvalor de la actitud interna» o de «ofensas al sano sentimiento del pueblo alemán».

Se abrieron así los espacios de un Derecho penal maximalista e intervencionista de las esferas únicamente de dominio del ser humano. Otro ejemplo palmario lo encontramos en la actual codificación española expresada en la «Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social».

702 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 75; así, POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, cit., p. 373.

703 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 96.

704 LEÓN ORTIZ, A.; *Teoría del Delincuente*. En: Universidad Abierta. <http://universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/TeorDelinc-Leon.htm>, cit., p. 1.

Hoy en día no puede postularse en serio, un Derecho penal de autor, donde el enfoque se base en la personalidad del autor y, no en el hecho —penalmente antijurídico—, de ser así, estaríamos navegando por aguas oscuras y tenebrosas, donde se esconde esa faz negativa del Estado, pretendiendo ocultar su verdadera intención, de ejercer una punición más intensa, en plena desvinculación del acto así como de la culpabilidad del autor, mediando fórmulas teóricas, como la Reincidencia y la Habitualidad, empleadas por regímenes dictatoriales, que riñen con las bases esenciales de un Estado Constitucional de Derecho, conforme se desprende de la Exposición de Motivos del CP de 1991. Lamentablemente, el proceder legislativo actual, nos conduce a estas institucionales, manifestando la ruptura de la ciencia con la ley, el divorcio de los principios legitimantes con el derecho positivo vigente.

4.8. Delito

La acepción de «delito», como definición jurídica, hemos de entenderlo como una acción u omisión típica y penalmente antijurídico, como el «injusto penal», categoría dogmáticas, compaginadora de elementos objetivos y subjetivos, incidiendo en un presupuesto fundamental de pena, que se identifica con el principio de «lesividad»; a lo cual se añade el factor personal de atribución (*imputación jurídico-penal*) a quien se le llama autor o partícipe (*sujeto infractor de la norma*).

Se entiende como un hecho (acción u omisión) penalmente antijurídico y personalmente imputable; factores todos ellos, que han de acreditarse en el decurso del Proceso Penal.

La «antijuridicidad penal», supone la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación, la lesividad de la conducta y la negación de preceptos permisivos; y, la imputación personal requiere que el hecho penalmente antijurídico (injusto penal) sea imputable a una infracción personal de la norma primaria a un sujeto penalmente responsable.

En la categoría del injusto penal se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos concurrentes en la situación concreta, conforme a los criterios de prohibición y de permisión; es decir, el injusto penal vendría a ser la conducta punible, en otras palabras un comportamiento humano desvalorado que ha ingresado al ámbito de protección de la norma y que al no encontrarse en conflicto con otros intereses jurídicos de orden superior se le califica como merecedor de pena. Sólo aquellas conductas humanas típicas (*nullum crimen sine lege*) que no se encuentran justificadas por el ordenamiento jurídico pueden ser pasibles de una pena o de una medida de seguridad. El injusto contiene, pues, acción y tipo: sólo las acciones pueden ser típicas.

Niveles de Imputación: Primer nivel, la imputación como ilícito; Segundo nivel, la imputación del hecho como responsable. La diferenciación en dos niveles de imputación, se deriva de la estructuración del Sistema Vicarial que ha recogido el CP, que dispone Medidas de Seguridad para los inimputables, aquellos que en base a sus características personales no están en la capacidad de responder penalmente por sus actos, a pesar de cometer un hecho antijurídico contrario a la norma penal, y penas para los imputables, aquellos que sí están en la capacidad de responder penalmente.

a. Antijuridicidad Penal (Injusto Penal)

Supone una doble exigencia:

- 1) La lesión o puesta en peligro de los intereses más vitales en la vida comunitaria. El hecho debe entrañar una lesividad tal, que sea considerado intolerable para la sociedad, vinculado a la exclusiva protección de bienes jurídicos, y;
- 2) Que el bien jurídico no entre en conflicto con intereses superiores que justifiquen su ataque. El Derecho Penal constituye un conjunto de normas dirigidas a motivar a los ciudadanos en contra del delito, lo intenta en primer lugar a través de las prohibiciones y los mandatos contenidos en las normas primarias; estas normas tratan de prevenir, las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos penales, previstos en los tipos penales no justificados. Este proceso motivador requiere de la concurrencia de dos presupuestos básicos:
 - Que se produzca una verdadera relación normativa, es decir, que la norma llegue plenamente a conocimiento de los destinatarios, que son los ciudadanos; y,
 - Que, el destinatario, en razón de sus condiciones personales y/o situaciones normales, pueda dirigir su conducta en base a dicha comunicación normativa. Sin embargo, en ciertas situaciones, el sujeto no puede advertir personalmente la peligrosidad objetiva del hecho, es incapaz de advertirlo y cuando no puede saber su objetiva antijuridicidad.

b. Culpabilidad (Sujeto Responsable)

El autor debe tener capacidad para cumplir el directivo normativo de conducta, además se exige que la capacidad de cumplimiento de la norma exista en grado tal, que pueda considerársele normal.

El *sujeto infractor* es penalmente responsable, cuando se encuentra en una situación psíquica de normalidad motivacional, es decir, no sufre de algún déficit psicosomático que le impide actuar conforme al directivo de conducta.

No son penalmente responsables los individuos que cometen un hecho típico penalmente antijurídico que padecen de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, que tienen alterada su percepción de la realidad por sufrir alguna clase de minusvalía física, así como los menores de edad: «Causas Eximentes de Responsabilidad Penal» (art. 20º incs. 1 y 2 del Código Penal).

Existen otras situaciones, que sin remitirse a las características personales del autor, por ser circunstancias excepcionales en las cuales se produce una amenaza de peligro efectivo a bienes jurídicos tan importantes como la vida y la libertad, si bien es cierto que la antijuridicidad penal del hecho no se altera, el Estado renuncia a la pena por considerar que no se puede exigir en los ciudadanos la realización de actos heroicos y de sacrificio, como el Estado de Necesidad Disculpante o el Miedo Insuperable (art. 20º incs. 5 y 7 *in fine*).

En resumen, la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad se basa en que el primero tiene por objeto descartar todo lo que racionalmente puede ser considerado un conflicto de relevancia penal y que se encuentre justificado por el ordenamiento jurídico, en tanto que el segundo nivel tiene por finalidad descartar toda pretensión punitiva, cuando razonablemente no se le puede reprochar al agente la producción del conflicto.

Actualmente, una parte de la doctrina (ROXIN, MIR PUIG), insertan a la Teoría del delito un quinto elemento, la Punibilidad.- Categoría que agrupa las Condiciones Objetivas de Punibilidad y las Causas Personales de Exclusión de Pena (Excusas Absolutorias); en algunos tipos penales, se exige pues la concurrencia de ciertas circunstancias para que el hecho sea merecedor de pena y que se suman a la antijuridicidad penal y a la imputación personal. Su ausencia no determina la exclusión de la antijuridicidad ni la imputación personal, sino sólo la conveniencia político-criminal de la pena por otras razones ajenas a la gravedad de la infracción y que nada tienen que ver con el grado de reproche atribuible a su autor. A decir de ROXIN decae la necesidad de punición por razones políticas o político-jurídicas ajenas al Derecho penal⁷⁰⁵.

c. Condiciones Objetivas de Punibilidad

Afectan el carácter penal de la antijuridicidad del hecho y de ellas depende, pues, el injusto penal, en base a criterios de materialidad y sustantividad, en armonía con el principio de mínima intervención.

Sólo es merecedor de pena un injusto penal típico y penalmente relevante. Este juicio desvalorativo, se hace en base al grado o contenido del Injusto del hecho, pero, también a consideraciones político-criminales --de oportunidad

705 ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la Teoría Jurídica del Delito*.

o de conveniencia- y hasta independientes del hecho mismo, por ende, condicionan la objetiva relevancia jurídico-penal del hecho.

Por consiguiente, el tipo penal no sólo contiene elementos subjetivos y objetivos que determinan la infracción de la norma primaria, sino aquellas circunstancias ajenas a la antijuridicidad y a la imputación personal, que condicionan la objetiva relevancia jurídico-penal del hecho.

Es de verse, por tanto, que su fundamento radica en hacer prevalecer intereses extrapenales, como manifestación de un enlace entre el Derecho penal y las necesidades del conjunto de la sociedad, en aras de una funcionalización óptima del Derecho penal.

d. Excusas Absolutorias

No afectan la relevancia objetiva penal del hecho, es decir, no impiden que subsista la antijuridicidad objetiva penal típica; comportan «Causas Supresoras Legales de Punibilidad»; así como sólo se puede instituir delitos mediante Ley, igual sucede en el caso de circunstancia negadoras de punición.

No impiden la presencia de un delito, pues sus elementos de configuración se encuentran plenamente definidos; sino, sólo excepcionalmente el castigo del mismo que es cometido por una determinada persona, que presenta una relación especial con el sujeto pasivo del delito; v.gr., es el caso de los delitos patrimoniales, que por razones de política familiar, se excluye la punibilidad del hecho a ciertas personas que detentan un nexo parental con el sujeto pasivo del delito (art. 208 del CP), dejando intacta la responsabilidad civil por las consecuencias dañosas producidas⁷⁰⁶.

La selección de hechos penalmente típicos no depende sólo de su dañosidad social, sino que aparezca como necesario y oportuno su merecimiento de pena por razones político-criminales; por ende, la exclusión del injusto penal puede también obedecer al decaimiento de la suficiente necesidad de pena, como consecuencia del principio de mínima intervención.

4.9. Conclusiones

Para ZAFFARONI⁷⁰⁷ cualquier sistema conceptual del delito, requiere satisfacer tres condiciones básicas:

706 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 521-530.

707 ZAFFARONI: *Derecho Penal. Parte General*, cit.

1. Debe servir de función práctica a los casos, resolviendo entre la ley y el caso concreto, facilitando la labor del órgano jurisdiccional (Dogmática).
2. Debe ser valorativa, conforme a criterios precisos y de datos sociales de relevancia jurídica marginando cualquier tipo de juicio moralista. Debe constituirse en muro de contención ante una arbitraria pretensión punitiva del Estado; y,
3. Debe construirse teleológicamente, orientada a limitar el poder punitivo del Estado, anteponiendo para ello los derechos fundamentales de las personas, construida hacia el reforzamiento del Estado Democrático y Social de Derecho.

CAPÍTULO VIII

EL COMPORTAMIENTO HUMANO TEORÍA DE LA ACCIÓN

Sumario: 1. Consideraciones Generales. 2. La Acción Típica. 2.1 *Formas de Comportamiento Humano Penalmente Relevantes*. 2.2 *Concepto de Acción*. 3. Relación de Causalidad en los Delitos de Resultado. 3.1 *Introducción al Tema*. 3.2 *Teorías Clásicas*. 3.3 *Teorías de la Causalidad*. a. *Teoría de la Equivalencia de Condiciones*. b. *Teoría de la Causalidad Adecuada*. c. *Teoría Final de la Acción*. d. *Concepto Social de Acción*. 4. A modo de Conclusión. 5. Ausencia de Comportamiento Humano. 6. Ausencia de Acción por Falta de Manifestación Externa. a. *Fuerza Física Irresistible*. b. *Movimientos Reflejos*. c. *Inconsciencia*.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La «acción» importa un elemento categorial que ha conllevado las más agudas y frondosas discusiones dogmáticas, fruto de las incesantes caracterizaciones que han ido llenando de contenido valorativo este plano conceptual; cuya elaboración conceptual no es baladí, en la medida que su contenido define ámbitos concretos de intervención punitiva.

La discusión científica correspondiente se mantiene desde hace más de 150 años, bajo la influencia significativa y primera de la Filosofía del derecho de HEGEL (...) y de la escuela hegeliana, principalmente como una referida al concepto jurídico-penal de «acción»⁷⁰⁸.

Se ha afirmado hasta la saciedad, que la discusión acerca del contenido ontológico de la «acción» que protagonizaron los representantes del Causalismo con el Finalismo es ya un capítulo cerrado, toda vez que la acción (conducta humana) que interesa al Derecho penal es aquella que penetra al plano dogmá-

708 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 113.

tico de la tipicidad, por lo que la "acción" como categoría pre-jurídica tendría un valor neutro, es decir, despliega una mera función informativa que únicamente adquiere relevancia cuando ingresa al Sistema mismo del Derecho penal. Empero, si uno revisa los manuales, tratados y obras colectivas sobre la Parte General, descubre que la acción aún sigue siendo objeto de estudio científico (dogmático), no sólo por visionarios de antaño, sino también por los representantes de las Escuelas modernas del Funcionalismo, y si eso es así, es porque esta categoría despliega una función importante en el Sistema del Derecho penal, a partir de una función delimitativa, clasificadora, ordenadora y exclusiva de la conducta humana portadora de relevancia jurídico-penal.

Como es de suponer, enfatiza VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, las conclusiones de este interminable e inútil debate suele ser casi siempre las mismas: es imposible aglutinar todas las formas de comportamiento humano en un único "superconcepto" que sirva como "piedra angular" a toda la construcción del hecho punible, dogmáticamente entendido⁷⁰⁹. No obstante en cada nuevo "manual" sobre la materia se ofrece la "fórmula mágica" llamada a poner fin, de una vez por todas, la controversia. Así, se despliega el mayor de los esfuerzos intelectivos para estructurar una forma "ideal" que pueda comprender las diversas formas de comportamiento humano de "relevancia jurídico-penal".

La "acción" (conducta humana), entonces, puede ser entendida como una categoría pre-jurídica —como base de la imputación jurídico-penal- o como elemento intrínseco a la tipicidad —sólo de relevancia cuando ingresa a la esfera de valoración de los tipos penales-⁷¹⁰; HERZBERG, anota al respecto, que (...) existe una teoría muy extendida y probablemente mayoritaria, que ya se refleja en la estructura de la mayoría de manuales, que sitúa la cuestión de si existe una "acción en sentido jurídico-penal" antes del examen del tipo. El supraconcepto que abarca todos los delitos imaginables ("elemento básico") debe, al mismo tiempo, permitir una primera selección ("elemento limitador") y servir también como "elemento de conexión"⁷¹¹.

Un concepto aglutinador de todas las conductas típicas (relevancia *jurídico-penal*), en cuanto los fines que debe desplegar éste como criterio delimitador.

Como bien anota HERZBERG, debe considerarse que no se busca propiamente el concepto. Se trata, dicho más exactamente, de la clarificación, preci-

709 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 336.

710 Así, BACIGALUPO, Enrique; *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, cit., ps. 24-25.

711 HERZBERG, Rolf Dietrich; *Reflexiones Acerca del Concepto Jurídico Penal de Acción y de la Negación del Delito "pretípica"*. Traducción de la prof. Dra. Teresa Rodríguez Montañés. En: "Cuestiones actuales de la teoría del delito", cit., p. 25.

sión, delimitación del concepto, esto es, de su definición⁷¹², a partir de la cual se pueda establecer claras delimitaciones, como un "plus" valorativo y no "neutral" que incida en la construcción misma de la imputación jurídico-penal.

Pero, nos hacemos la pregunta ¿Cuál es la acción que nos interesa para el estudio de imputación jurídico-penal?, la acción (conducta) que puede describir un estado de cosas material, la conexión psíquica del autor con el hecho, la esfera interna del autor en cuanto materia de valoración.

Conforme lo anotado, las fuerzas de la naturaleza tienen la suficiente susceptibilidad de producir la modificación del mundo exterior, cuyo substrato material puede identificarse con la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, v.gr., un aluvión, un tsunami, un huracán revelan la suficiente intensidad como para destruir casas enteras, arrastrar a cuanto ser vivo se le cruce por el camino, puede entonces producir la «muerte de una persona», así como las acciones esencialmente instintivas de los animales, siempre y cuando no intervenga una voluntad humana de por medio (autoría inmediata); asimismo, la muerte de una persona puede ser ocasionada por la fuerza motriz de otro individuo (cuerpo mecánico) que es impulsado por una fuerza natural o por la incidencia física de otro.

La conexión entre el resultado producido y el hombre que genera esta fuerza no puede ser de naturaleza causal, tampoco llevada a la espiritualidad, en tanto, no trasciendan en mundo exterior mediante una acción concreta y real⁷¹³; sino de acuerdo a una concepción autonómica de la persona humana, en cuanto a ser que puede conducirse conforme a sentido y a voluntad propia, el hecho debe ser pues su "obra" como ente portador de autonomía y voluntad.

Al Derecho penal no le interesan pues aquellos resultados lesivos desconectados de la esencia del ser humano, de la *relación personal*, en cuanto ser responsable conforme la posibilidad (facultad) de autoconducirse conforme a su ámbito de gobierno cognoscitivo.

A decir de STRATENWERTH, el Derecho penal no puede impedir sin más la pérdida o la puesta en peligro de bienes jurídicos, sino, a lo sumo, luchar contra determinadas formas de conducta humana socialmente dañosas o indeseadas⁷¹⁴; aquellas intolerables por la sociedad por perturbar sus bases coexistentiales de forma significativa. De todos modos, el juicio de valor debe partir de las estructuras del "ser" (ontológico), para luego derivar una determinada

712 HERZBERG, R. D.; *Reflexiones Acerca del Concepto Jurídico Penal de Acción...*, cit., p. 26.

713 Así, HERZBERG, R.D.; *Reflexiones Acerca del Concepto Jurídico Penal de Acción...*, cit., p. 27.

714 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 113.

valoración (axiológica), luego de completados los dos niveles de consideración podremos construir una acción (conducta) que interese al Derecho penal.

La «acción» como manifestación de la personalidad humana, se exterioriza en la modificación del mundo exterior, perceptible por los sentidos, pero sólo de trascendencia jurídica en cuanto infracción de deberes sociales que se establecen normativamente; pues los tipos penales presuponen determinados modelos de conducta definidos positiva y negativamente, esto quiere decir, de evitar la generación de acciones que puedan lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados (no matar, no lesionar, no dañar, no apropiarse de un bien ajeno); mientras que los segundos establecen mandatos normativos, en cuanto expresan ciertos deberes de tutela y de protección, a fin de evitar justamente la lesión de bienes jurídicos (salvaguardar la vida del bañista, alimentar al recién nacido, adoptar medidas de precaución a fin de evitar la producción de estados de peligro, etc.).

La «acción» debe ser entendida como la conducta humana que puede manifestarse a partir de una acción o una omisión, la dicción acto equivale en sentido jurídico a una variedad de hecho, esto es, el hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derecho⁷¹⁵.

La acción y la omisión son dos formas distintas de comportamiento humano que adquieren significado jurídico, en cuanto, se contienen en normas prohibitivas y normas de mandato; la conducta o acción humana es requisito tanto en los delitos comisivos como de los omisivos⁷¹⁶. De entrada la comprensión conceptual de ambas formas de conducta, no puede partir de un concepto naturalista ni ontológico, pues, ambas perspectivas se quiebran ante la imposibilidad de explicar satisfactoriamente la forma omisiva.

El punto de partida de la imputación jurídico-penal no puede estar configurado, en el delito de omisión, ya por el indeterminismo "no hacer" o mero no evitar el resultado⁷¹⁷; eso sería una ampliación desmesurada. Antes bien, escribe STRATENWERTH, debe ser caracterizada de antemano la acción concreta

715 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal...*, cit., p. 338.

716 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 247.

717 Así, LUZÓN PEÑA al sostener que la omisión -que es un concepto normativo que supone la no realización de una acción debida-, la acción base de la omisión (sea ésta un delito o no) no es la no realización de una determinada conducta, es decir, algo inexistente, no efectuado, sino precisamente la conducta pasiva o activa realizada; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 269; la trascendencia jurídico-penal de la conducta "omisiva" radica precisamente en un no hacer algo que exigía (deber de evitabilidad) la norma en cuestión, a fin de salvaguardar la intangibilidad de un bien jurídico, no es una inercia muscular de ningún modo, sino la realización de una acción cualquiera por parte del sujeto obligado (Garante), ajena a la esperada por las normas. El substrato materia de los delitos no pueden ser explicitados de forma ontológica, pues, éstos derivan de una creación eminentemente normativa.

(evitante del resultado) cuya omisión configura el delito: sólo cuando el autor habría sido capaz de realizar una acción determinada de esa forma se puede decir que le ha "producido" el resultado mediante su conducta⁷¹⁸.

La posibilidad de evitar el resultado nace de la exigibilidad que se desprende de deberes sociales que son asumidos normativamente, quien deja morir a un accidentado, sin tener que ver con el accidente fatal, no le puede ser imputada responsabilidad penal a título de homicidio, a lo más por exposición de abandono de personas en peligro. Así, también el "carácter fragmentario del Derecho penal", implica, que en muchas ocasiones, una conducta contraria al deber y antijurídica no encaje en ningún tipo penal; por ejemplo, las contravenciones, el tomar una cosa ajena sin intención de apropiación, la apropiación antijurídica de un inmueble y muchos casos de tentativa⁷¹⁹.

Lo anotado, ha de ser concatenado con la función reductora del injusto penal que desempeña la teoría de la adecuación social y, no menos importante la teoría de la imputación objetiva como criterio restrictivo de aplicación del tipo penal. El nivel axiológico de la conducta incide en una consideración normativa.

Para poder afirmar que una determinada conducta constituye delito, el primer presupuesto que debe concurrir es que lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado penalmente, y como segundo requisito, la conducta debe provenir de una acción humana voluntaria y consciente. Cuando se verifica la ausencia de todo comportamiento humano, ya no será necesario realizar el análisis de los demás elementos dogmáticos integrados en la Teoría del Delito; en consecuencia, la lesión de un bien jurídico que no emane de un comportamiento humano es irrelevante para el Derecho penal.

La definición de la «acción» como categoría pre-típica adquiere relevancia en cuanto a la función a desarrollar de acuerdo a los otros niveles de la imputación delictiva, es decir, conectado con ello y en razón a la valoración concreta de la «conducta típica»; no entonces como "elemento neutro", sino como plano delimitador de aquellas conductas humanas, que por ingresar al radio de acción de los tipos penales adquieren relevancia jurídico-penal, o *contrario sensu*, cuando por carecer de los elementos necesarios se produce su exclusión, es pues, este elemento el llamado a definir si un comportamiento determinado le interesa o no al derecho penal⁷²⁰.

En resumidas cuentas, la definición de "acción" que interesa al Derecho penal no es aquel campo fenomenológico, desprovista de cualquier consideración valorativa, pues, la conducta humana que trasciende el interior del ser y se

718 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 121-122.

719 HERZBERG R. D; *Reflexiones Acerca del Concepto Jurídico Penal de Acción...*, cit., p. 37.

720 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal...*, cit., p. 340.

materializa en el exterior, debe expresar una especial vinculación subjetiva, en cuanto conciencia del autor con su obrar, el hecho como suyo del ser consciente y libre de dirigir su conducta conforme al sentido que el mismo manifiesta en su comportamiento.

Lo que caracteriza y diferencia de las conductas o actuaciones del hombre de los fenómenos naturales o de los actos animales es su dependencia de la voluntad humana -concepto más amplio que los de finalidad o intencionalidad apunta LUZÓN PEÑA-, que a su vez presupone la situación de conciencia (e inteligencia) del aparato cerebral y del sistema nervioso central, es decir, de la instancia anímico-espiritual que en la terminología psicoanalítica -utilizada p. ej. por GIMBERNAT o ROXIN- se denomina el "yo"⁷²¹. El "yo" es el eje central de todo el motor cerebral, que conecta los pensamientos con la actividad mecánica del cuerpo humano, y que se identifica con la "voluntad".

El concepto de acción tiene la función de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el Derecho penal; será en suma, la valoración que se le otorgue a la acción lo determinante para establecer si es jurídico-penalmente relevante.

Durante varias décadas la Teoría de la Acción fue objeto de controversia entre causalistas y finalistas, discusión que se limitaba al contenido óntico de la acción como dato prejurídico. Mientras la teoría causal identificaba la acción humana desde un concepto causal-naturalístico, la teoría finalista la ubica en un contexto científico-social, expresado en la significancia que el autor le imprimía a la acción en cuanto a un fin a alcanzar, la cual estaba dotada de contenido social.

Con el fin de conciliar ambas teorías, irrumpió el concepto «Social de Acción», que procuró nutrirse de elementos de ambas teorías.

2. LA ACCIÓN TÍPICA

La teoría Finalista consideraba que la acción era una cuestión meramente ontológica, en cuanto parte de la estructura del "ser" como caracterización fenoménica lógico-objetiva; contrario *sensu*, parte de la doctrina actual considera que la acción se encuentra alojada y pertenece intrínsecamente a la tipicidad, se propone una definición de delito que reemplace el concepto de acción por el de realización del tipo⁷²². Se señala que el Derecho no retrocede a recoger conceptos que lo anteceden, su tarea es de subordinar a la conducta que pretende regular, esto quiere decir en otras palabras, que para el Derecho penal sólo son

721 Cfr., LUZÓN PEÑA, D. M., cit., p. 265.

722 BACIGALUPO, E; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., ps. 24-25.

relevantes aquellos elementos que le son útiles para construir su análisis, por ende, la acción sólo interesará, cuando ésta sea considerada jurídico-penalmente relevante, esto es, como conducta que se subsume en un tipo penal de acuerdo al mandato de determinabilidad de la conducta típica (*nullum crimen sine lege*).

Parafraseando a PEÑA CABRERA R., diremos que: "La acción humana es el sustento y la base que permite el sostenimiento de todo comportamiento punible, sea doloso, culposo, comisivo y omisivo"⁷²³.

Dicho así, la acción humana es el presupuesto básico por el cual debe partir cualquier análisis que quiera establecer si la conducta puede o no ser delictiva (Derecho Penal del hecho); en otras palabras, si el comportamiento es una acción típica, antijurídica no justificable e imputable a una persona penalmente responsable.

La conducta humana en cuanto susceptible de adecuación a los alcances normativos del tipo penal, cuyo encaje se deriva de las diversas prescripciones que el legislador prevé en el ámbito de la tipicidad.

La conducta humana se manifiesta a través del ánimo que guía la conducta, en cuanto conocimiento de los elementos que la componen (dolosa), en cuanto sea que infringe deberes de actuación conforme a regulaciones previamente establecidas (culposas), así como la desobediencia a los mandatos normativos que exige una determinada actuación ante un deber de exigibilidad (omisivos). El comportamiento como tal, que se define a partir de sus elementos propios y que adquiere significación social y jurídica a partir de criterios de valoración.

Otra consecuencia, es que la acción por sí misma, es decir, autonómicamente no puede ser objeto de valoración jurídico-penal, la relevancia típica le otorga la presencia de un acto humano voluntario y consciente. Por consiguiente, las acciones provenientes de la naturaleza y de los animales no son objeto de valoración jurídico-penal, no tienen importancia alguna para el Derecho penal, a pesar de que sí pueden vulnerar bienes jurídicos.

La conducta humana para adquirir relevancia penal, debe exteriorizarse en el mundo real a través de efectos lesivos hacia intereses jurídicos; deben quedar al margen de toda valoración los pensamientos, ideas y sentimientos.

Como señala MUÑOZ CONDE: "De las múltiples conductas que acontecen en el mundo exterior, el Derecho Penal selecciona determinadas conductas que luego penaliza y conmina con una pena, por ser consideradas disvaliosas y negativas para el orden social"⁷²⁴.

723 PEÑA CABRERA, Raúl; *Derecho Penal, Estudio Programático de la Parte General*.

724 MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. cit., ps. 225-240.

El Derecho penal sólo puede intervenir ante la comisión de actos disvaliosos provenientes de comportamientos humanos que se concretizan en la vulneración de determinados intereses jurídicos, que el legislador ha considerado vitales, por su importancia para el individuo y para la sociedad.

La acción únicamente adquiere lugar destacado, cuando ésta viene concurrida por el dolo o la culpa, como elementos integrantes del tipo subjetivo, penetrando en el ámbito nuclear de la tipicidad, siendo irrelevante averiguar el sustrato ontológico de la misma.

El tipo del injusto (acción típica y penalmente antijurídica) implica ya una desvaloración objetiva del orden jurídico-penal, y asimismo, que no se encuentre justificado por el ordenamiento jurídico al entrar en conflicto con intereses vitales de orden superior.

2.1. Formas de comportamiento humano «penalmente relevantes»

Un comportamiento humano adquiere dos variantes cuando se exterioriza en la realidad empírica, a través de una acción, que infringe una norma penal prohibitiva («acción») y por medio de una «omisión», la cual viola una norma penal que implica un mandato, es decir de realizar una prestación positiva dirigida a evitar la lesión a un bien jurídico penalmente protegido, donde el mandato normativo se dirige a establecer ciertos deberes de cuidado que recaen en la esfera de competencia del «Garante».

Ambas variantes de conducta humana, constituyen los modelos conductivos que puede asumir una norma penal, como directivo de conducta que busca interiorizarse en la conciencia de los ciudadanos -como destinatarios de las normas-, a fin de que asuman modelos valiosos de conducta; por eso se dice con corrección que la función principal del tipo penal es «preventiva».

Dichos comportamientos se comparan con lo descrito en la norma penal, tanto en sus componentes objetivos como subjetivos, de tal modo, sólo será relevante, si en su comparación se afirma plenamente la violación del precepto penal en su totalidad.

2.2. Concepto de Acción

Es todo aquel comportamiento proveniente de la voluntad humana, la cual implica siempre una finalidad pre-concebida, la determinación conductiva conforme a sentido que se manifiesta en la exteriorización de esa voluntad en el mundo exterior, a partir de concretos estados de lesión o percepción de riesgos concretos en la esfera de intangibilidad de los intereses jurídicos merecedores de tutela penal.

No resulta consecuente con los fines del Derecho penal, concebir una acción al margen de cualquier finalidad, es decir, sin tomar en consideración el hombre concreto conforme al grado de vinculación con su conducta, de acuerdo a criterios autonómicos y subjetivos, lo que importa su desconexión con las categorías sistemáticas de la teoría del delito, sino en cuanto determinación con los planos valorativos de la imputación jurídico-penal.

Cuando una persona dirige su acción, lo hace pues con una finalidad, imprime su sello personal, para la consecución de un fin determinado, mejor dicho bajo la conducción de su voluntad que exteriorizada manifiesta un significado social determinado.

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LOS DELITOS DE RESULTADO (RELACIÓN NORMATIVA⁷²⁵)

3.1. Introducción al Tema

El fatigoso desarrollo de la ciencia jurídico-penal, se ha esforzado por presentar la relación, o dígase la vinculación que une al autor y/o partícipe del hecho punible, mediando un «nexo de causalidad» en términos mecanicistas, ahora desde un plano esencialmente «normativo»; donde los efectos perjudiciales de la conducta humana, deben ser obra del sujeto conciente y libre y, no cualquier factor causal concomitante u sobreviviente, que nada tiene que ver en la imputación *jurídico-penal*.

Lo anotado, va más allá de los delitos de resultado, pues la dogmática hoy en día, tiene que ver con la «imputación de riesgos» y con la «imputación de resultados».

La adecuación típica en los delitos de resultado depende de que la realización de la acción haya producido un resultado lesivo que le sea imputable objetivamente, en base a criterios materiales de atribución.

El objeto de una acción puede ser una cosa o una persona, el resultado, *strictu sensu*, importa una lesión del objeto de la acción y no cualquier consecuencia vinculada a ella.

La lesión del objeto de la acción debe distinguirse de la lesión del objeto de protección, que el bien jurídico tutelado, pues, en algunos delitos, robo, secuestro, extorsión, estafa, etc.,) la acción delictiva puede recaer en una persona distinta del titular del bien jurídico tutelado, por eso se dice, que puede coexistir el sujeto pasivo de la acción (objeto de la violencia física o psicológica) y sujeto

* 725 Así, PEÑA CABRERA, R.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 167 y ss.

pasivo del delito, éste último es el que sufre una disminución o una pérdida total de las facultades jurídicas que se derivan del bien.

Ahora bien, de plano, debemos negar la posibilidad de que la atribución de responsabilidad penal, se siga sustentando en el pretendido «nexo de causalidad» o «relación de condicionalidad», factor de atribución objetiva que era utilizado por la teoría causal para fundamentar el nexo entre el autor y el resultado lesivo producido, punto de inflexión que será dilucidado más adelante. Por consiguiente, la doctrina dominante, por no decir unánime, en contra los partidarios de la teoría finalista ortodoxa, la atribución de responsabilidad debe derivarse de un juicio de imputación eminentemente normativo que se basa fundamentalmente en los fines político-criminales que despliegan las categorías sistemáticas del delito, se parte de un criterio normativo de orientación teleológica; entonces, si las normas de dirigen al deber ser, no puede establecerse el factor de atribución de responsabilidad, en el ser, como producto de las ciencias naturales que falsean el resultado por su contenido ontológico, sino por, la atribución del resultado al autor como obra suya, de tal manera, que la imputación jurídico-penal importa una «Relación de Riesgo» (relación normativa) entre el resultado lesivo producido y la generación de una conducta del autor o participe que sobrepase el Riesgo Permitido; por lo que el resultado sólo será atribuido a la esfera de competencia organizativa del autor, sólo si el resultado producido es consecuencia directa del riesgo creado por el autor y no por obra de factores imprevisibles y no conocidos por el autor del delito en cuestión.

No todo delito requiere una lesión material de un objeto determinado, que se exteriorice en el mundo físico, como es el caso de los delitos contra el honor, al caracterizar un bien jurídico inmaterial (no corpóreo).

La tipicidad de una acción respecto del tipo penal de un delito de resultado, requiere de la comprobación que el resultado producido se encuentre en relación con la acción desplegada, como producto de ella y no de otro curso causal que también pueda haber ocasionado el resultado lesivo, ora por un factor natural, ora por una conducta «riesgosa» propiciada por la propia víctima (auto-puesta en peligro); en tal medida, la realización de la parte objetiva no se satisface con la concurrencia de elementos objetivos, de una acción, de un resultado vinculado bajo una relación de causalidad en el caso de los delitos dolosos o culposos. Además, se necesita de un elemento que permita afirmar que dicho ataque es objetivamente imputable al autor del comportamiento típico (Imputación Objetiva).

La normativización de los conceptos, importa que el juicio de atribución delictiva, no pueda asemejarse a cualquier acontecimiento natural, todo lo contrario, ello supone definir la imputación sobre la base de los roles sociales que asumen los individuos en el quehacer cotidiano de la vida social, los cuales han merecido por parte del legislador, la regulación de dichas actividades en pre-

ceptos legales, cuya infracción nos muestra el primer peldaño de imputación, en cuanto a la generación de un «riesgo jurídicamente desaprobado».

La teoría de la Imputación Objetiva o teoría del tipo penal, que será examinada a profundidad en el capítulo correspondiente, permite realizar una clasificación de aquellas conductas que por ingresar a los topoi de los tipos penales adquiere relevancia jurídico-penal, claro está siempre y cuando se ocasione un resultado lesivo o la creación de un riesgo no permitido.

La responsabilidad penal es un proceso de imputación, atribución como autor de un injusto penal, que conlleva la respuesta jurídico-penal (pena). Entonces, como afirma ZÚÑIGA RODRÍGUEZ,⁷²⁶ se trata de un sistema normativo, lógico, intersubjetivo de atribución de responsabilidad penal por la comisión de un hecho considerado insoportable por la convivencia social⁷²⁶.

3.2. Teorías Clásicas

Basaron su teoría del delito (factor de imputación delictiva), afirmando que la relación que permite considerar un resultado producido (acontecido) como producto de una acción u omisión es una «Relación de Causalidad» (relación de condicionalidad), es decir, una relación causa-efecto, de idéntica configuración como los procesos que se desarrollan en el ámbito de los estados naturalísticos.

Se designa al concepto científico natural, la noción de conducta o acción dominante desde finales del siglo XIX hasta los años treinta del presente siglo y que, tanto en su variante estrictamente naturalística como causal, permitió levantar una estructura del hecho punible conocida hoy como causalista, sea clásica o neoclásica (...), porque estaba inspirada en las ciencias naturales entonces imperante⁷²⁷.

En general, puede afirmarse que la Causalidad establece un límite a la responsabilidad, pero no toda causalidad, implica sin más, responsabilidad, la utilización de estos criterios amplía la responsabilidad penal más allá de los propios ámbitos de protección de los tipos penales, por lo que se vulnera una serie de principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* estatal, v.gr., legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, lesividad (ofensividad); supone un elemento de valoración insuficiente e incapaz de ofrecer respuestas uniformes a las diversas variantes de conducción delictiva, por ende, incapaz de generar seguridad jurídica.

De tal forma, que la exposición que seguidamente se detalla, refuta de forma indiscutible la idoneidad de esta teoría para poder fundamentar la res-

726 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 146.

727 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal...*, cit., p. 342.

ponsabilidad penal (imputación jurídico-penal) de un individuo en el marco de un Derecho penal ajustado a los principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

3.3. Teorías de la Causalidad

Compuesta por la «Teoría de la Equivalencia de Condiciones - *Conditio sine qua non*» y de la «Causación Adecuada»: se diferencian en que la primera considera como relevante para el Derecho penal una conexión causal concebida en el sentido de las ciencias naturales, mientras que la segunda trata de limitar los resultados de una consideración meramente natural, incluyendo juicios valorativos que restringen el concepto de causalidad a causalidad jurídico-penalmente relevante.

De forma general, puede decirse lo siguiente: la relación de Causalidad supone que la conducta humana (acción u omisión) ha condicionado la producción del resultado lesivo acontecido, conforme a las reglas de la naturaleza, es decir, como dice GIMBERNAT, cuando la acción ha condicionado el mundo exterior con el resultado. La acción es definida por LISZT, como el movimiento corporal destinado a ser aprehendido sensiblemente en el mundo exterior. En este concepto de acción se incluía también el resultado y, por tanto, en su seno, debía plantearse el problema del nexo entre conducta y evento. Dicho problema era propio de la relación de causalidad⁷²⁸.

Tal resultado que normalmente se producirá (y no tiene por qué ser un resultado delictivo) consistirá en una consecuencia causada en el exterior, por el movimiento corporal y distinta de éste acción en sentido estricto, relación causal, y resultado, que componen una acción en sentido amplio⁷²⁹.

Entonces, la relación de causalidad se basa esencialmente en la acción que despliega el autor, que da curso a un proceso causal y que finalmente desencadena en un resultado lesivo, bastando por lo tanto, una vinculación meramente objetivada, sin interesar la vinculación anímica del autor con el hecho producido, y sí efectivamente el resultado producido es consecuencia directa de esa conducta humana, cuya valoración es puramente fenoménica.

Un mero suceso causal productor de un resultado (cambio en el mundo exterior): "causación de una transformación en el mundo exterior proveniente de un movimiento corporal voluntario"⁷³⁰, (...) en este concepto la "voluntariedad" sólo caracteriza "aquel acto psicofísico por medio del cual ocurre la tensión en-

728 BARBERO ROLDÁN, H.; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del delito*, cit., p. 24.

729 LUZÓN PEÑA, D. M.: cit., p. 250.

730 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., ps. 26-27.

tre músculos o bien no ocurre⁷³¹. Mientras que por "querer", debía entenderse también únicamente el impulso de la voluntad", que es definido "fisiológicamente como enervación, psicológicamente como aquel proceso de conciencia" "por el que ponemos causas" (LISZT)⁷³².

Según esta doctrina, escribe WELZEL "la acción" debe ser el mero proceso causal que desencadena la voluntad (el "impulso voluntario", o la "enervación") en el mundo exterior (=efecto de la voluntad), con independencia de que el autor lo haya querido o incluso pudiera preverlo (=contenido de la voluntad)⁷³³. Conforme a ello, el primer juicio sobre la responsabilidad penal por un hecho se libraba en una instancia prejurídica⁷³⁴; repercutiendo en todo el Sistema del delito, o por incluir conductas desprovistas de verdadera relevancia jurídico-penal o de excluir conductas que sí revelaban relevancia jurídico-penal. Esta idea de acción, entonces, acentuó el carácter ontológico y prejurídico de la conducta y aspiraba a convertirse en la noción fundamental de la teoría del hecho punible⁷³⁵.

El Sistema Causalista, por lo tanto, condicionaba el propio método de la teoría del delito para atribuir responsabilidad penal a un método inductivo propio de las ciencias naturales, ajeno a un juicio de imputación delictiva que debe basarse en criterios estrictamente normativos, es decir, propio del sistema.

WELZEL citando a MEZGER, escribe que el contenido de la voluntad es sólo el "reflejo" subjetivo del acontecer causal externo en el alma del autor⁷³⁶.

MEZGER, cuyo concepto de acción fuese acusado por WELZEL como "naturalístico", señala este autor que es incomprensible, pues, escribe que el concepto de acción se comprende naturalísticamente cuando se quiere ver en él sólo una "abstracción de la realidad", pero esta opinión es representada por V. Liszt, es insostenible, pues desconoce la naturaleza esencial de la acción⁷³⁷. Construye un concepto "existencial" de acción, pues comprende nominalmente las consideraciones de la realidad de valor. Sus "valores" son en verdad "valoraciones", es decir, actos que se regulan por una creación cultural de naturaleza positiva⁷³⁸. La acción en su aspecto existencial, considerada como conducta humana, es un hacer o un omitir queridos. Sin embargo escribe MEZGER, sólo nos interesa aquí "que" es querido; "lo que" en el hecho penal debe ser conte-

731 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 114.

732 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 50.

733 Ibidem.

734 BARBERO ROLDÁN, H.; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, cit., p. 24.

735 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal...*, cit., p. 343.

736 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 51.

737 MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-Penal*, cit., p. 21.

738 MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-Penal*, cit., p. 21.

nido del querer en concreto, nos los dice la teoría de los elementos subjetivos del injusto y la teoría de la culpabilidad en sus formas de dolo e imprudencia⁷³⁹. En realidad, la concepción que formula MEZGER sobre la acción es «ontológica» y no «naturalística» como acusaba erróneamente WELZEL, en la medida, que MEZGER, agrega al concepto de acción un contenido subjetivo que supone el reconocimiento del ser en cuanto portador de voluntad y de finalidades, contenido ajeno a cualquier consideración causal de la acción.

Siendo así, convenimos, que los conceptos de acción de ambos autores más que advertir diferencias estructurales, manifiestan semejanzas y afinidades de naturaleza ontológica, es decir, concebir a la acción como categoría «prejurídica», donde la diferencia estriba únicamente en que el dolo y la culpa están en uno en la tipicidad y en el otro en la Culpabilidad.

En este orden de ideas, debe anotarse que el concepto casual de acción desconoce la función de la voluntad, como fuerza motriz que impulsa la conducta humana de acuerdo a sentido, por tanto, convierte a la acción en un mero proceso causal desencadenado cualquier acto voluntario, desconectado con la personalidad del autor, pues no interesa que el resultado sea obra de la voluntad humana, sino basta con una modificación exterior bajo una vinculación exclusivamente «objetiva» desprovista de cualquier dato ontológico; fracasa, al momento de intentar resolver la punición de la tentativa, pues, si no hay modificación del mundo exterior, decae la fuerza de la imputación delictiva, en tanto, la punición de la conducta está condicionada al disvalor puro del resultado.

Así, también para explicar la fundamentación del delito culposo y las diversas variantes del delito omisivo. De allí, como subraya STRATENWERTH, un concepto causal de acción sólo puede ser de utilidad, en el fondo, para excluir del Derecho penal a las formas de conducta totalmente independientes de la voluntad, como los movimientos reflejos o las reacciones en estado de absoluta inconsciencia (para lo cual no hace falta un gran esfuerzo teórico)⁷⁴⁰.

a. Teoría de la Equivalencia de Condiciones

Esta teoría renuncia a la determinación de una sola causa del resultado y afirma que todas las condiciones de un resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal. Partiendo de esta concepción de la causalidad se elaboró la fórmula de la «Teoría de la Condición», cuya finalidad es la de permitir una aplicación práctica de los principios causales de ésta, con una intención limitadora.

739 MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-Penal*, cit., p. 22.

740 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 114; Así también, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., cit., p. 343.

Para ello es preciso distinguir las condiciones positivas (acciones en sentido estricto) y las negativas (omisiones).

La acción es causa del resultado, si suprimida mentalmente, el resultado no se hubiese producido (supresión mental hipotética).

La equivalencia de condiciones venía a desembocar en una atribución de resultado a todo aquel que hubiera puesto en marcha la cadena causal, es decir, a todo autor de la acción⁷⁴¹; no existía entonces una interrupción de aquellos factores que únicamente venían unidos con la acción humana en base a una relación causal, desprovista de cualquier vinculación subjetiva.

La teoría de la Equivalencia de Condiciones importa la acentuación más significativa de la acción de contenido causal, que viene a sustentar la imputación delictiva sólo en base a la cadena que se manifiesta en el mundo exterior, como categoría prejurídica, donde imperan las ciencias de la naturaleza. En efecto, dice SCHÜNEMANN, con el triunfo de la teoría de la equivalencia, que caracterizaba a todas las condiciones del resultado como causales de idéntica medida y rechazaba, por no científica, la idea de sopesar normativamente las diversas aportaciones causales, se sofocaron todos los intentos de la dogmática de la Parte General de derivar la diversa intensidad o peligrosidad de la posición social, o de la forma de cooperación de los intervinientes en el hecho, una valoración jurídica también diversa⁷⁴², esto quiere decir, que las diversas aportaciones en la comisión del injusto no pueden ser valoradas correctamente, en la medida, que todo aporte -por mínimo que éste sea- condiciona, pues, la producción del resultado lesivo.

Una posición de esta naturaleza, no puede diferenciar debidamente al autor del partícipe, al asumir un concepto formal-objetivo de autoría como veremos en el capítulo en referencia.

Según esta teoría basta con que exista una equivalencia de condiciones para que pueda acreditar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado producido. No importa como dice CEREZO MIR, que hayan contribuido también a su producción circunstancias o cualidades de la víctima (que padeciera ante grave dolencia cardíaca, fuera hemofílico, etc.) o la conducta dolosa o imprudente de la misma (que se infecte voluntariamente las heridas para agravar la responsabilidad penal del delincuente, o descuide su curación, no acudiendo a un médico que yerra el diagnóstico o no aplica el tratamiento adecuado)⁷⁴³.

741 ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, cit., p. 25.

742 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 45.

743 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 57.

Las reformas político-penales que nos tiene acostumbrado últimamente el legislador nacional, produjo la incorporación de una circunstancia agravante en el tipo penal de Robo Agravado (art. 189)⁷⁴⁴, en virtud del cual se prescribe: *"que la pena será de cadena perpetua si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima"*, esto quiere decir en cristiano, que si producto del susto mismo que provoca la irrupción de un acto violento, de la sorpresa con que se mueve la conducta delictiva, la víctima muere a causa de un paro cardíaco, se podría atribuir responsabilidad penal al agente en base a esta teoría, pero, claro está, que en sí el Sistema Penal consagra el principio de culpabilidad, al menos el juzgador para poder dar por acreditada la imputación delictiva deberá basarla en la "previsibilidad", definiendo la procedencia de un juicio de imputación delictiva a título de culpa.

Los partidarios de esta teoría tienen dificultades, para separar por irrelevantes, las contribuciones al hecho que están muy alejadas al momento de la acción. Fórmula en extremo equívoca, por los resultados ilógicos a los que llega. Ejemplo: que los padres del asesino son causas del homicidio, ya que procrearon a éste; como también al hotelero, respecto al autor del delito de violación sexual, por haber rentado el cuarto donde se produjo el hecho delictivo.

La visión reduccionista de su metodología inductiva la limita de forma significativa, a efectos de fundamentar la punición de aquellas conductas que sin manifestarse de forma causal, podían lesionar bienes jurídicos, por lo que, un concepto así construido no puede ser asimilado de ningún modo a las diversas variantes que asume la norma en la descripción de la conducta legalmente prohibida (culposo, omisiva, etc.).

Conforme a lo anotado, a la teoría de la equivalencia de condiciones, se le atribuye el hecho de que no fundamenta los supuestos de error, que recaen sobre la efectiva peligrosidad que revelaba la conducta desplegada por su autor. No resuelve el problema ante la concurrencia simultánea de varias acciones causales, que en sí todas evidenciaban la suficiente peligrosidad para causar el resultado lesivo, de acuerdo a una valoración *ex ante*⁷⁴⁵.

b. Teoría de la Causalidad Adecuada

Para esta teoría no toda condición es causa, en el sentido del Derecho penal, sino solamente aquellas que, de acuerdo con la experiencia general, habitualmente producen el resultado. Ejemplo: Una dosis de arsénico suficiente produce la muerte de un ser humano. Se opone al conocimiento del concepto científico-racional de causa; lo condiciona a la previsibilidad objetiva del resulta-

744 Ley N° 27472 del 05/0601, anteriormente modificado por el Dec. Leg. N° 896 del 24/05/98.

745 Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 56.

do, como un elemento de añadido, que permite excluir de la relación de causalidad aquellos eventos que por alejados a su real concreción no pueden servir como factor de responsabilidad.

La fórmula de la adecuación, adquiere la configuración, asumida por el TSE "quien es causa de la causa, es la causa del mal causado (*causa causae, causa causati*", donde se afirma la relación de causalidad "...siempre que suprimida, en un proceso hipotético, la conducta del sujeto activo, el resultado no se hubiera producido"⁷⁴⁶; alusión a terminologías que empleadas desde un uso natural, importan la "trascendencia de hechos naturales que en la realidad no deberían ingresar al ámbito de valoración jurídico-penal, asimilables a la teoría de la Equivalencia de Condiciones. Ya en S. de 8 de julio de 1933 se produjo una fuerte oscilación hacia la teoría de la *causalidad adecuada* recuerda DÍAZ PALOS, que con el transcurso del tiempo fue ganando terreno, hasta el punto de servirse de ella el Tribunal Supremo para corregir desde el plano causal los excesos a que llevaban los vestigios de responsabilidad objetiva que aún permanecían (...) "⁷⁴⁷, para negar la relación de causalidad sobre resultados lesivos que desbordan la esfera de previsibilidad del agente, pues no se encuentran abarcados por su esfera volitiva, e implican una cualificación objetiva por el resultado (*versari in re illicita*).

En las restantes figuras delictivas de resultado no quedaba comprendida ya tampoco toda causación de la lesión del bien jurídico, con arreglo a la teoría de la equivalencia de condiciones, sino únicamente aquellas en que la producción del resultado fuera objetivamente previsible⁷⁴⁸.

Esta es criticada, porque para juzgar la adecuación de la causa, parte del conocimiento general en vez de una imputación sometida a conceptos y elementos normativos. De esta forma, para afirmar la imputación se basa en barómetros imprecisos alejados de una verdadera valoración jurídico-penal. Sin embargo, se le reconoce, que ya en el primer nivel de la imputación realiza un análisis adecuado al descartar conductas que previsiblemente son objetivamente inadecuadas para la causación de un resultado lesivo.

De esta idea es ROLDÁN BARBERO, al escribir que la idea de la adecuación, al igual que la equivalencia, siempre ha permanecido en un ámbito extrajurídico, desligado de los concretos requerimientos típicos. Pese a ello, con la causación adecuada ha venido incubándose la superación del causalismo, lo que, modernamente se asume de forma más desenmascarada con la teoría de la imputa-

746 ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social...*, cit., p. 92.

747 DÍAZ PALOS, Fernando; *La Jurisprudencia Penal ante la Dogmática Jurídica y la Política Criminal*, cit., p. 60.

748 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., ps. 63-64.

ción objetiva⁷⁴⁹. Como dice GIMBERNAT, esta teoría contradice la naturaleza de las cosas, al hacer depender la existencia o no existencia de la relación causal de la previsibilidad del resultado.

Los criterios de "posibilidad" o de "probabilidad" utilizados por Von Kries, no hace más que convertir los delitos de resultado en delito de peligro, pues, si ante un homicidio, donde la probabilidad del resultado al 90% obedece al veneno ingerido por la víctima y el 10% a los golpes sufridos por aquélla, no queda más que absolver en base al *in dubio pro reo*; por lo tanto, la teoría de la causación adecuada adolece de precisiones científicamente demostrables, que pueda acreditar la relación de causalidad en el marco del procedimiento penal.

La determinación de relevancia típica, no puede partir, pues, de inducciones lógicas propias de las ciencias naturales, sino de la verdadera implicancia de la conducta, conforme al baremo de permisión, que sólo puede extraerse de las categorías dogmáticas del delito.

c. Teoría Final de la Acción

Surgió como una variante opuesta, al concepto de acción esgrimida por los causalistas; para esta teoría, la finalidad debe ser tenida en cuenta cuando se emprende la acción (tipicidad; contrario a la causalidad que reconduce la valoración de la voluntad a nivel de la culpabilidad, en las otras categorías (tipicidad y antijuridicidad) sólo se valora la descripción objetiva y su contrariedad al orden jurídico, en suma, se torna un «Injusto Objetivizado».

Los medios necesarios para su realización, su finalidad y los efectos concomitantes deben ser ya tenidos en cuenta en el primer nivel de análisis del delito.

La acción se define como actividad, humana final, la descripción de la acción contraria a la norma (tipo penal) tendrá que alcanzar también a la dirección final o no de la acción al resultado⁷⁵⁰.

Según el concepto finalista, pertenecen sólo a la acción las consecuencias comprendidas en la voluntad de realización del autor. Para WELZEL, escribe CEREZO MIR, finalidad y voluntad son sinónimos⁷⁵¹; por ello, se rechaza la interpretación estricta de la finalidad, con arreglo a la cual, ésta comprendería únicamente las consecuencias que constituirían el fin perseguido por el autor y, a lo sumo, las que consideraba necesariamente unidas a la realización del fin⁷⁵².

749 ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social...*, ps. 93-94.

750 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 27.

751 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 33.

752 Ibidem.

Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento.

La finalidad dice WELZEL es, por ello -dicho en forma gráfica- "vidente", la causalidad, "ciega"⁷⁵³. Donde la voluntad es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego⁷⁵⁴. Se "materializó" la voluntad de la acción, al sustituir el "movimiento corporal voluntario" por el "ejercicio de la actividad final"⁷⁵⁵.

Lo que al intérprete realmente le interesa es la acción típica y ésta se desprende de la interpretación de los diversos tipos legales comprendidos en las leyes penales, no es otra cosa que una acción final; prescindiendo de esta valoración no vamos a poder distinguir entre la acción de un rayo que mata a un hombre, con la acción de matar procedente de un comportamiento humano; únicamente la finalidad del autor puede dotar de contenido a un proceso meramente causal; al igual que hay que recurrir complementariamente a diversos elementos del tipo subjetivo ajenos al dolo, como: el ánimo de lucro, lascivo, difamante, etc.

No siendo éste el espacio adecuado para delinear argumentos de crítica sobre esta postura, debe apuntarse -tal como lo expusimos en el Cap. VII-, que el «Finalismo» al margen de estructurar un concepto ontológico de la acción (categoría prejurídica), supuso un avance significativo en el pensamiento sistemático para la configuración más coherente con la naturaleza misma de la ciencia penal; forzar el desplazamiento del dolo y culpa al tipo subjetivo del injusto, así como la definición de una esfera de valoración que se desdobra en dos campos (disvalor de la acción y disvalor del resultado), importó considerar a la persona desde un plano voluntativo y no mecanicista -como lo consideraba la Escuela Causalista-, valorando la conducta humana desde su plano interior, ya le otorga un significado, conforme al sentido de lo que quiso hacer cuando realizó una determinada acción o simplemente no hizo nada para evitar la causación de un resultado.

No podemos pedir menos a un jurista de la talla de WELZEL, que sostenía su acervo filosófico, en planos de valoración finamente estructurados, influenciados por la ética axiológico-objetiva de SHELER y HARTMANN. Con todo, la doctrina de WELZEL, en cuanto a la funcionalidad del bien jurídico, que da lugar a la

753 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 41.

754 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 42.

755 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 56.

formulación de su teoría de la "Adecuación Social" es un paso fundamental en la elaboración de la teoría que hoy conocemos como "Imputación Objetiva", que será desarrollada más adelante. En sus propias palabras, las acciones recién son típicas -sea un tipo de lo injusto o una causal de justificación- cuando ellas sobrepasaron la adecuación social⁷⁵⁶.

De todos modos, las falencias del Finalismo surgen a partir de sus propias premisas ontológicas, a fin de explicitar de forma sistemática el injusto imprudente⁷⁵⁷ y los delitos de omisión.

d. Concepto Social de Acción

A fin de dar por resuelta la infructuosa discusión entre causalistas y finalistas, surge el concepto «social de acción», que procuró sintetizar aspectos de ambas teorías, pero bajo el tamiz diferenciador de dejar de lado un concepto "ontológico" de acción, añadiendo otros elementos, que ya tenían cabida en la postura finalista. Es SCHMIDT, a quien se le atribuye la titularidad de esta postura en su construcción original, quien definió a la acción como "la modificación del mundo externo social a través de una conducta voluntaria"⁷⁵⁸.

El concepto de acción finalista, según SCHMIDT, determina el sentido de la acción demasiado unilateralmente en función de la voluntad individual⁷⁵⁹, de tal forma que el sentido de la acción debía determinarse objetivamente de conformidad con su "trascendencia social", con el declarado objetivo de concebir la acción penalmente relevante como "unidad de sentido funcional social" (y de este modo diferenciar, dicho a modo de ejemplo, el obrar de un médico que actúa conforme a la *lex artis* de una mera lesión corporal)⁷⁶⁰.

De esta suerte, irrumpía en el curso evolutivo de la teoría jurídica del delito un concepto de acción que, por primera vez, tomaba en cuenta el marco social⁷⁶¹.

Son extraídas de este concepto los elementos ontológicos, para dar cabida al significado de la acción en cuanto acontecer de significado social, las conductas de puro automatismo, autorreflejo, y otros, que no tienen que ver en

756 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 66.

757 En contra, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., ps. 33 y ss.

758 Citado por ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social...*, cit., p. 68; así también, LUZÓN PEÑA, D.M., cit., p. 257.

759 CEREZO MIR, J.; ob. cit., p. 41.

760 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 117-118.

761 ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social...*, cit., p. 69.

un mundo regido por el hombre sociedad. Concepto que pretende comprender las diversas conductas de relevancia jurídico-penal.

Mientras que para MAIHOFFER, acción es "todo comportamiento objetivamente dominable con dirección a un resultado social objetivamente previsible"⁷⁶².

Luego, se dio a una posición más acabada en cuanto el añadido de determinados conceptos. Así. JESCHECK, para quien la "acción es conducta humana socialmente relevante" de donde se desprende que sus elementos son, el intelectual, el voluntario o voluntativo, el objetivo y el social, como "un comportamiento humano social mente relevante"⁷⁶³.

De esta última concepción escribe VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, se desprende, en primer lugar, que la acción o la conducta es un comportamiento, esto es, toda respuesta del hombre ante una situación concreta que puede llevarlo a reaccionar, dado que tiene libertad de hacerlo; humano, porque sólo el ser individual puede actuar en sentido jurídico penal, y no los entes colectivos o las personas jurídicas; y, socialmente relevante (socialidad), pues se requiere que ese actuar afecte la relación del individuo con el mundo que lo rodea y que alcancen a ese último sus consecuencias, o sea, que trascienda al mundo exterior⁷⁶⁴.

Dicho en nuestras propias palabras: *la relevancia jurídico-penal del comportamiento presupone una acción que proceda de la voluntad humana como obra que adquiere valoración en cuanto al sentido social de dicho actuar, conforme a su capacidad de transformar el mundo exterior, por ende, la acción se constituye de igual modo en una categoría pre-jurídica, que sin delimitar aquellos comportamientos que no provienen de la conducta humana, el elemento «social» redundante en la estructuración de un Supra-concepto que en la práctica desborda el tenor literal de los tipos penales, esto, es, la relevancia social desplaza a la relevancia legal, tal como debe proponerse en una sistemática de plano a la realidad categorial; contrario sensu, aquellas conductas que no tienen relevancia "social", pero que importan la infracción de normas positivas quedarían sustraídas del ámbito de punición.*

¿Quién finalmente decide qué conducta debe ser reprimible? La relevancia social evoca un término vacío y a la vez muy lato, que puede ser llenado de valoración a partir de muchos criterios de diversa orientación teleológica, que por su contenido indefinido llevaría a la resolución de diversas formas a un supuesto de hecho que revela las mismas características fácticas. Los hechos con significación social negativa no sólo son asuntos de interés del Derecho penal.

762 Citado por CEREZO MIR, J.; cit., p. 41.

763 JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 201.

764 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal...*, cit., p. 346.

A otros sectores -escribe ROLDÁN BARBERO- del ordenamiento jurídico le interesan también ciertas conductas sociales negativas⁷⁶⁵. La relevancia jurídico-penal de la conducta humana no puede dejarse al libre arbitrio basado en valoraciones sociales, que por su carácter relativo puede llegar a episodios trágicos en el ámbito de la resolución práctica, afectándose con ellos garantías fundamentales que no pueden ser conmovidas según los dictados del Estado de Derecho.

Bajo esta postura, el momento legislativo, es decir, la sanción de las conductas prohibidas (proceso de criminalización primaria), sería dejado de lado, por consiguiente la validez formal del principio de legalidad, convirtiéndose este criterio aglutinador, en un método de interpretación metajurídico que fácilmente puede caer en arbitrariedades y en soluciones irracionales, afirmación que no puede llegar a suponer, que el contenido de las normas penales no importan una valoración social, que favorece un criterio delimitador del tipo penal. El Juez se convierte en creador del Derecho, por lo que usurpa la investidura parlamentaria, quebrándose así el principio de separación de poderes, colocándose la libertad ciudadana en un grave riesgo ante la inminente arbitrariedad judicial. Justamente, el principio de legalidad es un mecanismo de interdicción a la arbitrariedad pública.

En un orden democrático de derecho, la definición de la conducta típica es atribución exclusiva del legislador, mientras que el juez es el ente encargado de aplicar las normas de acuerdo a criterios de interpretación que se derivan de la dogmática jurídico-penal.

La crítica se sustenta también en lo siguiente: no todo lo que es socialmente relevante le interesa al Derecho penal; no interesará pues, si la conducta se subsuma o no en un tipo legal; bastará que en base a determinados criterios sociales sea relevante, abriéndose, por ende, grandes espacios valorativos para considerar a una conducta penalmente relevante, fuera de toda consideración puramente normativa, pues, sólo deben ser objeto de valoración las conductas que ingresen al ámbito de protección de la norma, en base a una interpretación normativa de los tipos penales. El dato social se constituye en un dato prejurídico.

Somos de la postura, entonces, que el concepto «social» de acción debe ser rechazado como elemento de integración de las diversas formas de comportamiento humano que interesan al Derecho penal.

El concepto social de acción, tanto en su versión inicial objetivo-final vinculada a la imputación objetiva del resultado⁷⁶⁶, como en su posterior versión

765 ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social...*, cit., p. 71.

766 Así, WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., ps. 40 y ss.

más genérica, es un concepto de acción declaradamente normativo, pues se remite como mínimo a las normas y usos sociales para delimitar lo que tiene relevancia o trascendencia social de lo que no la tiene, aduciendo que sólo lo socialmente relevante va a ser también jurídicamente relevante y lo que carezca de esa cualidad se puede descartar de entrada como acción, porque no le va a interesar en absoluto al Derecho penal como posible base de un delito⁷⁶⁷.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Recapitulando, debe subrayarse que la discusión sobre la «acción» continúa aún latente en el foro académico de las Ciencias Penales, pero ya no en cuanto a su contenido o definición, que llevarán a las posturas antes anotadas a construir la conducta humana (acción) como categoría pre-jurídica de naturaleza ontológica, sino de cuáles deben ser las funciones que la «acción» debe desplegar en el Sistema de la teoría del delito en cuanto conjunto ordenado de elementos que deben actuar a plenitud, conforme a las ordenaciones político-criminales que se derivan de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Dicho lo anterior, la función de este elemento debe ser básicamente delimitadora, de fungir de filtro de selección de aquellos comportamientos humanos que por carecer de los elementos básicos (relevancia típica), deben ser dejados de lado por el Derecho penal. A fin de identificar aquellas conductas, que a pesar de provenir de un hombre, no pueden adquirir relevancia por no reflejar la voluntad de un hombre que dirige su conducta bajo un sentido determinado. Significado que no puede ser dejado a la discrecionalidad valorativa de las normas sociales, pues con ello estaríamos burlando las garantías fundamentales del Estado de Derecho, en cuanto la función definidora de la conducta típica es potestad -que en forma monopólica-, asume el legislador y, que por ningún motivo puede ser asumida por el juzgador.

El concepto de acción que interesa al Derecho penal no puede obtenerse de la sola contemplación de la realidad física de los hechos humanos, de su estructura lógico-objetiva, sino de las exigencias que emanan del *ius puniendi* estatal. Sin duda, los comportamientos relevantes para el Derecho penal existen antes de éste; siguiendo esta orientación, la selección de los hechos jurídicos penalmente relevantes sólo puede efectuarse desde el prisma mismo del Derecho penal. Se excluyen, pues, del concepto jurídico-penal de acción, aquellos hechos que no pueden ser prohibidos a nadie, y por ende, no pueden ser objeto de una desvaloración como penalmente antijurídicos, por carecer de una objetiva peligrosidad *ex ante*.

767 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 257; Así también, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., cit., p. 346.

La conducta humana no importa al Derecho penal como movimiento físico sino por su relevancia social.

Según el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, sólo es lícito penalizar conductas que exterioricen en el mundo real efectos lesivos a bienes jurídicos penalmente tutelados; sólo resulta admisible castigar conductas y no personalidades. Se exige por lo menos un mínimo de voluntad consciente para que una acción sea relevante para una valoración jurídico-penal; el Derecho penal sólo puede prohibir aquellas conductas que obedecen al control de la voluntad humana.

Para MUÑOZ CONDE el concepto de acción, debe reducirse a una función negativa, excluyendo de ella todas aquellas acciones no voluntarias e inconscientes, por ende, irrelevantes para el Derecho Penal⁷⁶⁸.

Ahora bien, no puede rechazarse sin más la posibilidad de reordenar todas las diversas formas de conducta que adopta la norma jurídico-penal, a fin de servir de enlace; en tal sentido, se construye un concepto personal de acción por parte de ROXIN. La definición de acción como "expresión de la personalidad" solamente adquiere contenido real a la hora de su concreción⁷⁶⁹. Concepto de acción que debe ser neutral frente al tipo penal, así como a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Para servir de criterio de enlace no puede contener predicados valorativos que finalmente pueden perturbado en su función de enlace con el significado sistemático que le debe ser propia⁷⁷⁰.

Que sea una manifestación de la «personalidad» supone que se le pueda atribuir al hombre como centro anímico-espiritual de actuación, es decir, que la conducta esté sometida al control del yo, a la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano, de la "persona", lo que no sucede en los efectos que parten de la esfera puramente corporal, somática, material o animal del hombre; y que se trate de una "manifestación" de la personalidad requiere que el pensamiento o la voluntad salgan de lo interno y se pongan en relación con el mundo exterior⁷⁷¹. «Manifestación de la personalidad», no es acaso la voluntad y conciencia del individuo, en cuanto esfera interna del individuo, que ordena su comportamiento conforme al sentido personal.

Mientras que JAKOBS, desde otra perspectiva (normativista), define a la acción en un Derecho penal de culpabilidad como el hacer-culpable competente para infringir una norma de valoración⁷⁷², en tal sentido, acción y Cul-

768 MUÑOZ CONDE, F. y otro; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 233.

769 Citado por STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 118.

770 Así, HERZBERG, R. D.; *Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción*, cit., p. 26.

771 LUZÓN PEÑA, D. M.; cit., p. 263.

772 Así, HERZBERG, F. D.; ob. cit., p. 28.

pabilidad se engarzan como un único concepto, en cuanto a la Culpabilidad como valoración que tiende al reconocimiento de la vigencia de la norma: únicamente podrá calificarse "acción" en este sentido configurador, cuando se es competente para manifestarse sobre la configuración del mundo social. JAKOBS construye un concepto negativo de acción, donde la acción es la "causación evitable de un resultado" y la omisión "la no evitabilidad de un resultado", (...) el concepto de lo "evitable" o "evitación" es vago y ambiguo, no posee sustancia alguna que le permite distinguir las conductas penalmente relevantes de los movimientos físicos automáticos, que podrían ser evitables, y no siquiera deja fuera del derecho penal los meros pensamientos⁷⁷³. No creemos que puedan derivarse dichas conclusiones a toda probabilidad, pues, el concepto de acción -atribuible a JAKOBS-, debe entenderse de común idea con la Culpabilidad y las funciones que este elemento despliega en el sistema en sí, de todos modos hemos de acotar, que la abstracción a la que conduce esta construcción imposibilita una clarificación que debe distinguir cualquier postura que tenga por fin determinar la relevancia jurídico-penal de la conducta humana, dotándola de un mayor realismo.

Conforme lo anotado, debe subrayarse que los esfuerzos deben estar orientados a atribuir a la «acción» funciones delimitadoras, y también de enlace con las demás categorías dogmáticas, pero no como valor neutro, sino adentrándose en un contenido que pueda cobijar las diversas formas de comportamiento humano que dan cabida a los preceptos normativos, sin dejar de lado la «personalidad» y la «voluntad», debe cotejarse con el significado social que tenga relevancia jurídico-penal, de esta forma se desconecta la acción de contenidos valorativos imprecisos y carentes de definición.

Un concepto que sirva como dique de contención ante pretensiones expansivas de regulación jurídico-penal, a fin de respetar la autonomía personal y la dignidad humana, pues a un individuo sólo se le puede atribuir responsabilidad penal por aquellas conductas que sean «obra suya» y no de las fuerzas naturales, o de estados incontrolables de la voluntad humana.

5. AUSENCIA DE COMPORTAMIENTO HUMANO

En el apartado precedente, hemos analizado las diversas perspectivas en cuanto al contenido que la dogmática jurídico-penal confiere a la «acción» (conducta humana), a efectos de servir como criterio de delimitación para definir la relevancia jurídico-penal de la conducta, de común idea con un criterio de sistematización del resto de elementos dogmáticos, no como categoría prejurídica sino desde una consideración cumplimentadora y de enlace, en cuanto

773 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; ob. cit., p. 348.

a los fines que este elemento debe desplegar en una teoría del delito acorde a un Derecho penal propio de un orden democrático de derecho.

Se determinaron, por ende, los elementos que deben revestir a la "acción", para que éste ingrese al campo de valoración jurídico-penal, tomando en cuenta, al ser humano como portador de una serie de facultades psico-motrices que condicionan la «voluntariedad» y la «controlabilidad» de la conducta que da origen a la transformación de la realidad social, a partir de la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos.

Dicho en otros términos: *la acción debe ser producto de un acto consciente y voluntario del individuo, conforme a su sentido interno y de acuerdo a la idoneidad de ésta para repercutir de forma significativa en la esfera social, pero sólo importan aquellas manifestaciones, que provocan ámbitos intolerables de convivencia social, a fin de resguardar el carácter subsidiario del Derecho penal;* en tal virtud, todas aquellas acciones u omisiones que no sean portadoras de las características -antes anotadas-, deben quedar al margen de la imputación jurídico-penal, sin perjuicio de que puedan ser objeto de valoración por las otras parcelas del ordenamiento jurídico.

La pena presupone la comisión de un injusto penal, un injusto que no sólo debe significar la ofensividad al bien jurídico desde un punto de vista material, sino que también debe constituir la obra de un individuo, generada corporalmente de forma consciente y voluntaria, como base fundamental del sistema de imputación jurídico-penal; el Derecho penal no puede, en serio, tornar en consideración aquellas conductas que suponen únicamente un automatismo, un acto reflejo o el resultado de una fuerza física irresistible, pues, la base de imputación delictiva sólo adquiere legitimación cuando se acredita que la conducta es la manifestación de la personalidad humana y la base de un sentir social determinado, que por su grado de incidencia del injusto se muestra contrario a los patrones de conducta especificados por el legislador en los tipos penales.

Cuando en todo caso no se revela una actividad consciente del individuo, en la medida que esta voluntariedad está condicionada a la capacidad de control de los movimientos corporales, que obedecen a las fuerzas motrices de la esfera interna del "Yo", aquellas conductas que no son pasibles de ser controladas, se encuentran sustraídas de la esfera consciente, pues no revelan la cualidad suficiente para ser reputadas como acciones en sentido jurídico-penal. Al faltar la acción, naturalmente tampoco puede haber delito, ya que el Derecho penal sólo se ocupa de comportamientos externos, de ahí que el aforismo, que se remonta al Derecho romano (ULPIANO), *cogitationis poena nemo patitur*, por el pensamiento nadie sufre una pena⁷⁷⁴. Quiere decir, entonces, que la pena no

774 Cfr., LUZÓN PEÑA, D. M.; ob. cit., p. 276.

sólo supone la concreción de una conducta humana -consciente y voluntaria-, sino que ésta debe exteriorizarse en el mundo exterior a partir de concretos estados de lesión o de peligro en el ámbito de intangibilidad de los bienes jurídicos. No se puede ser delincuente por "conciencia" o por sentimiento de Culpa-bilidad de acuerdo a la concepción de FREUD y DOSTOYEVSKI.

La problemática resultante en lo relacionado a la ausencia de acción sólo podrá adquirir relevancia cuando el hecho sea producido por un comportamiento humano, porque no todos los hechos provenientes del hombre constituyen «comportamientos humanos o acciones», en un sentido jurídico-penal. Se requiere de una conducta externa y final del hombre.

Los casos de ausencia de acción se refieren fundamentalmente a supuestos hechos del hombre no guiados por una voluntad, la fuerza irresistible, la inconsciencia y los actos reflejos⁷⁷⁵.

Los actos producidos por estas manifestaciones no aparecen precedidos por obra de una voluntad humana; se trata de supuestos en donde, por motivos externos o internos, no hay acción -desde un punto de vista jurídico-penal- y, por ende, tampoco hay delito⁷⁷⁶. Sin embargo, a veces el momento decisivo de la imputación se remonta a un momento (estadio) anterior de la acción u omisión; esto sucede cuando la producción de una lesión sin acción tiene lugar en virtud de una conducta precedente que el sujeto realizó queriendo provocar aquella lesión sin acción, debiendo preverla y, en todo caso, evitarla. La *Actio Libera in Causa* dolosa y culposa.

6. AUSENCIA DE ACCIÓN POR FALTA DE MANIFESTACIÓN EXTERNA:

Sólo pueden considerarse punibles aquellas acciones que trascienden en el mundo exterior y que son relevantes para el Derecho penal; se exige que el sujeto llegue a realizar la conducta externa que hubiera deseado llevar a cabo.

a. Fuerza Física Irresistible

Importa un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente, -se anula completamente la voluntad humana-.

La fuerza ha de ser absoluta, de tal modo que el sujeto se encuentre anulado en su capacidad de reacción (*vis absoluta*). Se entiende por *vis absoluta* la que constriñe directa y materialmente al individuo, anulando por completo la

775 Así, DÍAZ PALOS, F.; *La Jurisprudencia Penal ante...*, cit., p. 62.

776 PIÑERO, J.R.; *La acción*. En: *Derecho Penal. Parte General*. Director: Carlos Julio Lascano, cit., p. 254.

voluntad, a la ejecución de un hecho delictuoso o le impide realizar un acto positivo cuya omisión le acarrearía responsabilidad criminal⁷⁷⁷.

Cuantitativamente se exige que la fuerza sea irresistible, es decir, que anule totalmente la posibilidad de órdenes de la voluntad y la capacidad de resistencia del sujeto, es decir, se exige *vis absoluta* o *ablativa*: por eso no basta la *vis compulsiva*, en que se emplea la fuerza física contra el sujeto, pero para amedrentarle ante el temor de que siga la violencia y así compelerle moralmente a actuar o a quedar quieto: pues no se anula la voluntad del sujeto, sino que se incide en el proceso motivador de su toma de decisión, lo que sólo afectará, excluyéndola o disminuyéndola, a la antijuridicidad de la acción si concurre legítima defensa o estado de necesidad, o, si no, a la culpabilidad, pero en todo caso habrá una acción⁷⁷⁸, donde (...) la intensidad hay que apreciarla en cada caso concreto, ya que sus efectos dependen de las condiciones personales del forzado⁷⁷⁹.

La «fuerza física irresistible» requiere para su concreción, el ejercicio de una fuerza lo suficientemente intensa para anular por completo la voluntad del sujeto, en cuanto a capacidad de reaccionar corporalmente conforme a sentido; a partir de dicho momento, el sujeto es incapaz de controlar el acto que se origina a partir del ejercicio de la violencia, empero, basta con un espacio de control o de dominabilidad, para que no estemos ante esta hipótesis, sino más bien adentrarnos en la esfera de la imputación individual⁷⁸⁰.

Es importante distinguir los casos en los cuales la voluntad puede existir, pero, puede estar viciada, la cual no anula la entidad antijurídica penal del mismo, pero el agente puede ser eximido de pena al concurrir un Estado de Necesidad Disculpante o de Miedo Insuperable (art. 20° incs. 5 y 7 del CP), como «causas de inculpabilidad». Esta valoración es de suma importancia a efectos de establecer los grados de participación delictiva, configurándose en el caso de la fuerza física irresistible un caso de Autoría Inmediata, pues, el sujeto que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados, actúa como un cuerpo mecánico, pues al carecer de conciencia no puede ser calificado como un intermediario (instrumento) que da lugar a un típico caso de autoría mediata; *contrario sensu*, si la voluntad del sujeto actuante no se encuentra plenamente anulada podría ser reputado como Autoría Mediata, en cuanto el «hombre de atrás» ostenta el dominio de la voluntad del «hombre de adelante», aunque para otros, la capacidad de obrar de otro modo del hombre de adelante elimina esa

777 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal*. T. I., cit., p. 83; así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 66.

778 LUZÓN PEÑA, D. M., cit., p. 278.

779 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal*. T. I., cit., p. 83.

780 ASÍ, PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 172.

posibilidad, pero de todos modos, concurre un estado de inexigibilidad, por lo tanto, un estado de exculpación.

La fuerza física irresistible, es entonces, cualquier fuerza que impide a una persona moverse a voluntad, es decir, la que reduce el cuerpo a una condición mecánica, sea impulsado por una fuerza externa o interna, como: empujones, caídas, acción de fuerzas naturales o de terceros.

El sujeto no domina la acción, sino que es un instrumento de un tercero, y aquella es resultante de la impulsión de una fuerza natural o mecánica extraña⁷⁸¹. Para que excluya el comportamiento humano, necesario en todo delito, la fuerza debe suprimir por completo la voluntariedad.

La fuerza física irresistible se encuentra prevista en el art. 20 inc. 6 del CP, como una causa eximente de responsabilidad penal, lo cual consideramos erróneo de acuerdo con una correcta interpretación sistemática de las categorías dogmáticas; la fuerza irresistible no anula la antinormatividad por ser una causa de justificación ni tampoco constituye una hipótesis de inculpabilidad o de exculpación, ésta se constituye como una modalidad de ausencia de acción irrelevante para el Derecho penal, por lo que se muestra inoficioso valorar esta modalidad, tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad.

De todos modos, en un ámbito jurisprudencial, a duras penas inclinado a la resolución de los casos concretos según el uso de las categorías dogmáticas de la sistemática de la teoría del delito, resulta útil su reconocimiento normativo, a fin de ejercer una mayor obligatoriedad de su valoración como criterio de exclusión de la acción de relevancia "*jurídico-penal*".

b. Movimientos Reflejos

Tienen lugar sin la participación de la voluntad (no interviene la conciencia), (...) se producen reacciones del organismo que son transmitidas directamente a los músculos u órganos a través del sistema neurovegetativo o simpático, sin control alguno del sistema nervioso central y sin que medien por tanto órdenes cerebrales: p. ej., reacciones de dolor ante heridas, pinchazos o quemaduras inesperadas, erizamiento del cabello o castañeteo de dientes ante el frío, sudoración u otras reacciones fisiológicas ante el calor, el miedo o la ansiedad, estornudos como reacción a la introducción de partículas extrañas a las vías respiratorias⁷⁸²; es decir, todos aquellos movimientos que se manifiestan de automática en el individuo, como la reacción natural ante una serie de estimulaciones o influencias (endógenas y exógenas), quien ante un terremoto, del

781 PIÑERO, J. R.; *La acción*, cit., p. 255.

782 LUZÓN PEÑA, D. M., cit., p. 280, Así, CEREZO MIR, J.; cit., p. 66.

susto golpea fuertemente a su compañero de al lado. Al no ser una expresión del psiquismo del sujeto, resulta incuestionable la falta de acción⁷⁸³.

Supuestos de paralización momentánea por obra de una impresión física o psíquica, sólo en aquellos casos en que al sujeto le era imposible reaccionar.

Ingresa a esta hipótesis, las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa; no constituyen acción, ya que el movimiento en estos casos no está controlado por la voluntad. Distinto es el caso de los actos en "corto circuito", las reacciones impulsivas o explosivas en que la voluntad participa fugazmente y por lo tanto no excluyen la acción; estas reacciones pueden excluir la imputabilidad dependiendo de su grado de intensidad.

c. Inconsciencia

Desde un punto de vista clínico (el que aquí importa), la conciencia es el resultado de las actividades de las funciones mentales; no se trata de una facultad del psiquismo humano, sino del resultado del funcionamiento de todas ellas⁷⁸⁴.

También falta la acción, como el sueño, el sonambulismo o la embriaguez letárgica; en estos casos, los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por ende, carecen de relevancia jurídico-penal. Sonambulismo es un estado de sueño anormal con aptitud para la ejecución de actos de la vida de relación perfectamente coordinados, de suerte que aparecen realizados en estado de vigilia, y con pérdida, al despertar, del recuerdo de lo ocurrido, que a lo sumo se considera un sueño⁷⁸⁵.

En el caso de la embriaguez, únicamente la letárgica puede producir inconsciencia, que excluya el comportamiento humano, al contrario de las otras manifestaciones de embriaguez que habrá que evaluarlas a nivel de la capacidad de responsabilidad penal⁷⁸⁶, en el plano de la imputación individual, el reproche de imputabilidad en sentido estricto.

El caso de la hipnosis, trae a colación toda una discusión en la doctrina, acerca de su idoneidad para generar en realidad un supuesto de exclusión de acción. Se dice que en estado sonambólico el sujeto se somete a la voluntad del sugestionador y ejecuta las órdenes que de él recibe, sea durante el sueño hipnótico (sugestión intrahipnótica), o después de haber cesado (sugestión posthipnótica), con olvido completo, al despertar, de los actos ejecutados o de las

783 PIÑERO, J. R.; *La acción*, cit., p. 256.

784 PIÑERO, J. R.; *La acción*, cit., p. 256.

785 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal*, T. I., cit., p. 85.

786 Así, PIÑERO, J. R.; *La Acción*, cit., p. 257; LUZÓN PEÑA, D. M., cit., p. 281.

órdenes recibidas durante el sueño⁷⁸⁷. Evidentemente, el caso de la hipnosis es un estado de inconsciencia que va más allá de un campo estrictamente científico, para penetrar en una esfera metafísica.

No puede llegar a demostrarse —con una probabilidad rayana en la seguridad—, que a partir del estado de sugestión que provoca la hipnosis, el hipnotizado quede a merced de la voluntad del hipnotizador, no se puede medir con exactitud hasta qué punto sus acciones obedecen a la voluntad del segundo y cuándo a su propia voluntad. La sugestión hipnótica no puede dar lugar —como escribe CEREZO MIR—, por tanto, a la exclusión de la voluntad y de la acción o de la capacidad de acción inherente a la omisión, sino únicamente a una exclusión o atenuación de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (...) ⁷⁸⁸, con lo que su valoración correcta importa su traslación al ámbito de la imputación individual, concretamente, a la capacidad del autor de adecuar su conducta conforme al directivo de conducta, si la motivabilidad normativa se encuentra anulada o disminuida, decae el reproche individual o en su defecto se aminora conforme lo descrito en los artículos 20° y 21° del CP.

Nuestro derecho positivo a diferencia de otras legislaciones (argentina⁷⁸⁹), no reconoce a la hipnosis como causa de exclusión de acción, así como otros supuestos estados de inconsciencia.

787 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal*, T. cit., p. 85.

788 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*. T. II, cit., p. 67.

789 Así, el CP argentino, que en su artículo 78°, por expresa disposición se establece “el uso de medios hipnóticos o narcóticos” queda comprendido en el concepto de violencia; PIÑERO, J. R.; *La acción*, cit., p. 255; así también, ZAFFARONI, E. R.; *Tratado de Derecho Penal*. Ediar, Buenos Aires, T. III, cit., p. 154.

CAPÍTULO IX LA TEORÍA DEL TIPO PENAL

LA TIPICIDAD

Sumario: 1. Concepto y Función del Tipo Penal. 2. Funciones del Tipo Legal. 2.1 *Función de Garantía*. 2.2 *Función indiciaria*. 2.3 *Función Sistemática*. 2.4 *Función Motivadora*. 3. Teoría de los Elementos Negativos del Tipo. 4. Estructura del Tipo. 4.1 *Elementos Descriptivos*. 4.2 *Elementos Normativos*. 5. Clasificación de los Tipos. 5.1 *Según su Estructura*. a. *Tipo Básico*. b. *Tipo Derivado*. 5.2 *Por la Relación entre Acción y Objeto de la Acción*. a. *Tipo de Resultado*. b. *Tipo de Mera Actividad*. 5.3 *Por el Menoscabo del Objeto de la Acción*. a. *Tipos de Lesión*. b. *Tipos de Peligro*: b.1. *Peligro Concreto*. b.2. *Peligro Abstracto*. 5.4 *Por las Formas Básicas del Comportamiento Humano*. a. *Tipos de Comisión*. b. *Tipos de Omisión*: b.1. *Omisión Simple u Omisión Propia*. b.2. *Omisión Impropia (comisión por omisión)*. 5.5 *Por el Número de Bienes Jurídicos*. a. *Tipos Simples*. b. *Tipos Compuestos*. 5.6 *Por las Características que Ostenta el Agente*. a. *Tipos Comunes*. b. *Tipo de Sujeto Cualificado (especial propio)*. c. *Tipos Especiales Impropios*. 5.7 *Tipos de Propia Mano*. 5.8. *Delitos de Encuentro (participación necesaria)*.

1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL TIPO PENAL

Una de las grandes conquistas del Derecho penal liberal fue la cosagración 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 que 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 sólo basta con que la conducta materialmente transforme de forma significativa el interés jurídico, sino que dicho comportamiento 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*), sólo 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 sólo 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 valores⁷⁹⁰.

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.

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

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

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*).

Bajo el prisma del principio *nullum crimen* es precisamente lo contrario lo justo, anota ROXIN, es decir, una interpretación restrictiva que actualice la función de carta magna del Derecho penal y su "naturaleza fragmentaria" y que atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico⁷⁹¹.

Dicho lo anterior, la pena no sólo 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 comisión 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 cuadro⁷⁹². Conforme a ello, el tipo consiste en la descripción (legal) de los factores de la situación de hecho que interesan para el Derecho penal⁷⁹³. 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 delitos⁷⁹⁴; esto quiere

791 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, cit., p. 73.

792 VON BELING, E.; *Esquema de Derecho Penal...*, cit., p. 44.

793 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal*, cit., p. 126.

794 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal*, cit., p. 87.

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.

La comprobación de que el comportamiento infringe una norma es la materia propia de la «tipicidad»; en cuanto a la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho que es presupuesto de la pena contenida en la Ley⁷⁹⁵.

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 sólo 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 reprobadas 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"⁷⁹⁶.

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 que debe ser muy riguroso y racional en su aplicación,

795 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 79.

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

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.

Ahora bien, la pregunta sería enseguida, la siguiente ¿Podemos partir de un concepto del tipo penal, que aglutine todas las caracterizaciones del Injusto penal, es decir, si a partir de su descripción legal puede establecerse no sólo la coincidencia legal de la conducta, sino también los supuestos permisibles, así como otros factores que condicionan también la punición, que se encuentran más allá de la antijuridicidad? No creemos esto posible, pues si esto fuese así, ya quedaría agotado todo el pensamiento sistemático en la tipicidad, sería otorgarle funciones que van más allá de su propia entidad.

El agotamiento de todas las estructuras del delito, que dan lugar a la punición, importa la cancelación de etapas que se encuentran unidas de forma sistemática.

Desde este punto de vista el concepto definido puede definirse como tipo sistemático o tipo de la adecuación⁷⁹⁷.

Siguiendo a STRATENWERTH, diremos que la sistemática de la estructura del delito exige precisamente la separación de los diversos niveles de valoración y, por ello, un concepto de tipo que se le adapte. Tendrá que ser, por un lado, más restringido que el concepto de tipo de garantía, pues, entre los presupuestos legalmente regulados de la punibilidad, habrá que hacer una selección regida por puntos de vista material, y, por otro lado, más amplio, pues deberá dar cabida a elementos no escritos⁷⁹⁸.

De la tipicidad se puede establecer positivamente si un bien jurídico ha sido efectivamente lesionado, pero no se puede saber si esta lesión obedeció al ejercicio de un precepto permisivo, pero, sí puede a este nivel descartar la punición de aquellas conductas, por no poseer la suficiente relevancia jurídico-penal (tolerancia social y principio de insignificancia social). La garantía debe entenderse entonces, en el conocimiento de aquellos elementos mínimos que adecuan un comportamiento a un tipo legal. Para otros, la categoría de la tipicidad es "neutra" en cuanto sólo es indiciaria o juicio provisional de la antijuridicidad. Así, LUZÓN PEÑA, al sostener que (...) el tipo a diferencia de la antijuridicidad, que supone desvaloración de la conducta, es una categoría puramente descriptiva y valorativamente neutra, pues no implica todavía valoración negativa y prohibición de la conducta, y afirmar la tipicidad de una acción, como la de matar, lesionar, privar de libertad o destruir una cosa, no significa más que la constatación de que coincide con la descripción legal de los preceptos de homicidio, lesiones,

797 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 31.

798 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal*, cit., p. 127.

detenciones o daños, pero de momento es una comprobación valorativamente neutra, ya que tal acción puede resultar no antijurídica, y por tanto no desvalorada, por estar cubierta por una causa de justificación⁷⁹⁹; por tales motivos, que aquellas circunstancias que están al margen de la tipicidad, sea como elementos supresores legales de punibilidad (art. 208° del CP) o como fundamentos de punibilidad⁸⁰⁰, no tienen por qué ser abarcados por el dolo del autor, de común idea con el tipo sistemático, a diferencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, que sí deben ser abarcados por la esfera subjetiva del agente, pues, el agente no sólo debe actuar objetivamente bajo un estado de necesidad, sino que debe actuar guiado en dicha determinación volitiva. Si no se acepta la regla no-escrita que le quita relevancia al error sobre la "punibilidad" del delito, la categoría de las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad dejan de tener sentido⁸⁰¹.

Empero, la teoría del tipo penal sí tiene la propiedad de excluir a este nivel, aquellas conductas, que pese a adecuarse formalmente al tipo penal, no son desvaloradas por no detentar una suficiente relevancia jurídico-penal («causas de exclusión de atipicidad» en sentido estricto); ya a este nivel se pueden utilizar correctivos "objetivos" que sustraen una conducta en principio "típica" del ámbito de punición.

Por los fundamentos expuestos, no puede considerarse que la tipicidad y la antijuridicidad formen parte de una sola valoración, donde la tipicidad es una valoración positiva y la antijuridicidad la parte negativa.

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)⁸⁰². 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 justificación⁸⁰³. Según esta concepción el tipo implica siempre antijuridicidad porque sólo hay

799 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 296.

800 ASÍ, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 96.

801 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 82.

802 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 32.

803 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., ps. 83-84.

auténtico tipo penal completo cuando no concurren causas de justificación, y por eso es un "tipo total o global de injusto"⁸⁰⁴.

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 conducta, mas aún la tipicidad o atipicidad de la conducta sólo 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 Estado⁸⁰⁵ y, no sólo 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 jurídica⁸⁰⁶. Simplemente, lo que ocurre es que las normas son reglas con excepciones y éstas constituyen precisamente las autorizaciones, que están a la base de las distintas causas de justificación⁸⁰⁷. 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 antijuridicidad⁸⁰⁸, para nosotros la tipicidad es indicio de la «antijuridicidad»⁸⁰⁹, es un primer esca-

804 LUZÓN PEÑA, D. M.; ob. cit., p. 299.

805 ASÍ, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., ps. 154-155.

806 JAÉN VALLEJO, Manuel: *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*. Editorial Colex, 1992, Madrid, cit., p. 213; VERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, sigue esta postura, considerando que el dolo y la imprudencia forman parte del tipo penal, y se asigna una función de motivación, (...), la cuestión de su contenido será la de las características del comportamiento que se desea evitar, y que no puede desconocer que el comportamiento justificado es un comportamiento que pese a lesionar un bien jurídico, con carácter general, y en razón de los intereses sociales que están en conflicto, no se quiere evitar; *El Contenido del Tipo del Injusto*. En: Temas de Derecho Penal. Cultural Cuzco, Editores S.A., 1993, cit., p. 27; Así también, MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 96 y ss.

807 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 49.

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

809 ASÍ, BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 32.

lón en orden a la acreditación de su contenido del injusto, mas no el fundamento principal de aquélla, es sólo la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad⁸¹⁰. Para MAYER, la tipicidad es el primero y más importante indicio de la antijuridicidad de una conducta.

Mediante el tipo, el legislador acota las formas de injusto que tienen relevancia para el Derecho penal y en algunas ocasiones el fundamento de la antijuridicidad de la acción yace en la misma ley penal, por tratarse de conductas que no estaban previamente prohibidas en otros sectores del ordenamiento jurídico⁸¹¹.

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 principio⁸¹², 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 sólo sean delito las conductas antijurídicas seleccionadas y descritas por la ley penal⁸¹³.

El tipo legal obedece, pues, al pensamiento de determinación o por lo menos de determinabilidad precisa de la descripción del ámbito situacional a

810 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 159.

811 CEREZO MIR., J.; *Curso de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 83.

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

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

que se refiere la norma, de modo que quede totalmente claro al ciudadano qué es lo que se está prohibiendo o mandado⁸¹⁴.

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*)⁸¹⁵.

En definitiva, se podría decir que se trata de una prevención general cognoscitiva, que por ello implica los principios garantistas propios a la tipicidad (sólo se responde por hechos, por hechos determinados, y en relación a los cuales hay una norma previa)⁸¹⁶.

El principio de legalidad exige al legislador que construya las convenciones penales en base a hechos, de forma clara, precisa y exacta. En principio, se prohíbe la formulación de tipos penales abiertos, donde peligrosamente se extiende la interpretación, que podría desencadenar en la aplicación de la Analogía, prohibida en el Derecho penal (art. III del Título Preliminar del CP), sólo aquella *in malam partem*, no beneficia al reo.

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 entraña 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

814 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 159.

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

816 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 160.

de justificación, que determina que el comportamiento típico es permitido por el ordenamiento jurídico⁸¹⁷; 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, al señalar que la tipicidad es la antijuridicidad tipificada, por lo que concibe un tipo en sentido amplio⁸¹⁸.

En consecuencia, la tipicidad puede considerarse como presupuesto indiciario de la antijuridicidad, no pudiéndose agotar el análisis en este nivel dogmático, al concebirse que el injusto penal, debe 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 neutras⁸¹⁹.

La tipicidad nos dice si al 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».

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

818 SAUER, Guillermo; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 111 y ss.

819 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 130.

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 tipicidad⁸²⁰.

2.4. Función Motivadora

El ordenamiento jurídico-penal, a través de los diversos tipos penales que lo comprenden, tienen 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 intelectual 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 cometerla⁸²¹, 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.

820 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 80.

821 LUZÓN PEÑA, D. M.; cit., p. 302.

3. TEORÍA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO

Según esta teoría, no debe admitirse una diferencia valorativa entre la comprobación de la tipicidad y de la antijuridicidad: «La conducta es típica si es antijurídica», pues ambas categorías comprenden una sola valoración, en cuanto a que lo prohibido debe ser típico y viceversa.

El tipo penal estaría compuesto por elementos positivos (descritos en el tipo objetivo) y por elementos negativos que no deben concurrir («causas de justificación»); se parte entonces, de una premisa ya de por sí falsa, que llega a resoluciones contradictorias, a partir de la posición del dolo, que tendría que cubrir todas las categorías del injusto, así como el error en los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Vale todo lo dicho en la parte introductoria de este capítulo.

La Teoría del Delito, importa todo un complejo de niveles o dígame de categorías conceptuales, donde cada una de ellas despliega un rol, una función, que de forma particular la distingue de la otra, no puede, por tanto, asimilarse los objetivos de una sobre la otra, con el riesgo de infundir la confusión conceptual, si es que la conducta ha sido ya declarada «atípica», no tiene porque valorarse ya, en la «antijuridicidad penal», y, si se declara la tipicidad penal de la conducta, no necesariamente estaremos ante un injusto penal, al identificarse la presencia de un precepto permisivo.

Conforme a lo anotado, «tipicidad» y «antijuridicidad», manifiestan planos de valoración distintos, cuya singularidad, define la asignación de diversas tareas; mientras que a la primera, si es que existe o no lesividad de un bien jurídico, a la segunda de las mencionadas, si es que dicha afectación, fue producto de una acción de salvaguarda hacia un interés jurídico preponderante.

Ambas categorías dogmáticas -tipicidad y antijuridicidad-, constituyen niveles de diferente análisis valorativo, que si bien definen una misma cosa, en cuanto a la categoría de la «ilicitud», deben conservar las funciones que le son propias.

La tipicidad permite establecer que la acción realizada por el autor es la acción prohibida por la norma a través de un proceso de adecuación y, la antijuridicidad si dicha conducta no es permisible para el ordenamiento jurídico por entrar en colisión con intereses superiores, es decir, si se encuentra o no justificada.

Sólo a partir de ambos análisis podrá hablarse de un ilícito penal. La antijuridicidad pues, a diferencia de la tipicidad, requiere la negación de la subsunción del hecho bajo alguna causa de justificación.

Al afirmar que la lesión de una norma puede estar justificada en algunos casos, no supone, como pretenden los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo, ninguna contradicción lógico-jurídica.

Simplemente, lo que ocurre es que las normas son reglas con excepciones, y éstas constituyen precisamente las autorizaciones, que fundamentan las diversas «causas de justificación».

4. ESTRUCTURA DEL TIPO

Antes de pasar a describir los elementos componedores de la tipicidad penal, resulta 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, conforme a 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 realización 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 típica⁸²². 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). 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 pre-jurídicas de naturaleza ontológica, con una fuerte subjetivización del injusto (*Willungstrafrecht*).

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).

822 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*. cit., p. 37.

Como puso de relieve BELING, los delitos-tipo no son en modo alguno, como recientemente se ha afirmado, "tipos de ilicitud" en el sentido, de que, con afirmar que un delito-tipo se ha realizado, se afirma conjuntamente la antijuridicidad⁸²³. De ahí se deduce que los delito-tipo son de carácter puramente descriptivo y que con ellos no se contesta la cuestión de la antijuridicidad o de la ilicitud, a pesar de su derivación de lo "ilícito"⁸²⁴.

La mayoría de los tipos penales, comprende en su construcción semántica, elementos objetivos descriptivos y normativos, cuyas valoraciones son utilizadas por el legislador para caracterizar el ámbito objetivo del delito, como: casa habitada, funcionario público, medio ambiente, etc. Siendo que algunos de ellos son de simple comprensión, como los descriptivos, existen otros, que van a suponer una valoración más concienzuda -elementos normativos-. Por consiguiente, son elementos que van a necesitar del Juzgador una interpretación analítica y teleológica, con la finalidad que dicha labor no se realice en forma arbitraria y extensiva.

4.1. 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.⁸²⁵; 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 acciones⁸²⁶.

A decir de BUSTOS RAMÍREZ, no revisten una mayor problematicidad 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, sólo 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

823 BELING, E.; *La Doctrina del Delito-tipo*, cit., p. 54.

824 BELING, E.; *La Doctrina del Delito-tipo*, cit., p. 55.

825 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 39.

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

entiende que una persona ha nacido⁸²⁷, 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 necesitar de un mayor análisis valorativo. No requieren de una valoración más allá de la esfera del profano.

4.2. 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.⁸²⁸

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 complementador valorativo, es decir que dan una valoración en blanco⁸²⁹.

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"⁸³⁰, 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 socio-cultural general, como es el caso de la expresión

827 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 168.

828 BELING, E.; *La Doctrina del Delito-tipo*, cit., p. 53.

829 MEZGER, E.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., ps. 225 y ss.

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

"buenas costumbres" o de carácter jurídico valorativo, como es el caso de "ajenidad", "funcionario público", "escándalo público", "documento", etc.⁸³¹.

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, en mérito a 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 normativos, 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 cri-

831 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 168; así también, BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 39.

mineral 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 mismos⁸³². Mediante este principio se exige que el ciudadano sepa con precisión en qué circunstancias se le va a exigir responsabilidad, y con qué consecuencias⁸³³, se trata del mandato de determinación de los tipos penales, temática que fue abordada en capítulos precedentes⁸³⁴.

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.

5. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

5.1. 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 pena, v.gr., estafa con otras defraudaciones, defraudación de rentas de aduana-falsedad material.

832 CASABO RUIZ, J. R.; *La Legalidad del Delito*, cit., p. 191.

833 DIEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La Racionalidad de las Leyes Penales*, cit., p. 146.

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

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.

5.2. 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 frustración⁸³⁵.

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.

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 alguno⁸³⁶.

835 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 307.

836 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., ps. 34-35.

Y, naturalmente, un resultado no puede fundamentar el ilícito por sí solo, sino solamente en conexión con la conducta del autor⁸³⁷.

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 aquélla⁸³⁸. No lo integra ningún resultado exterior que vaya más allá de la realización de la acción del hecho⁸³⁹.

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 calumnia⁸⁴⁰; 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 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.

5.3. 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.

837 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 144.

838 LUZÓN PEÑA, D.M., cit., p. 306.

839 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 144; BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 35.

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

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 consumación 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 abstracto⁸⁴¹.

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

841 CUESTA PASTOR, P.; *Los Delitos Obstáculo...*, cit., p. 70.

jurídicos, sino que es necesario centrar la prevención de las conductas en la contención del riesgo⁸⁴².

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 penales⁸⁴³.

“Peligro” es, por consiguiente, la existencia de circunstancias que precisarían o habrían precisado sólo el agregado de otras condiciones parciales frecuentes para producir la lesión⁸⁴⁴, se manifiesta una alta probabilidad de que se produzca el resultado de lesión para el bien jurídico.

El peligro, como subraya GIMBERNAT, no es una modificación dañosa en el mundo exterior: es una amenaza de ésta, cuya presencia se establece sobre la base de un juicio de probabilidad que se elabora intelectualmente teniendo en cuenta los dos siguientes elementos: el primero, de carácter material y positivo, consiste en la existencia (o en la creación) en el mundo exterior, de un foco de peligro; el segundo tiene un carácter especulativo, pero se fundamenta en el dato, absolutamente real, de que la ausencia o la presencia de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva⁸⁴⁵.

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».

842 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 259.

843 ASÍ, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 259.

844 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 127.

845 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Causalidad, omisión e imprudencia*. En: *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Director: Carlos María Romeo Casabona, cit., p. 81.

Ahora bien, los tipos de peligro se encuentran reservados para los delitos dolosos; en cuanto la punición del injusto imprudente está 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 tentativa⁸⁴⁶.

b.1. 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)⁸⁴⁷.

CUESTA PASTOR, distinguiendo 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)⁸⁴⁸.

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.

846 LUZÓN PEÑA, D.M., cit., p. 314.

847 LUZÓN PEÑA, D. M., cit., p. 314.

848 CUESTA PASTOR, P.; *Delitos Obstáculo...*, cit., ps. 70-71.

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. 273º), omisión abandono de personas en peligro, delitos ambientales, etc.

b.2. 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 injusto⁸⁴⁹. Así, podemos decir que la cualidad de la acción viene determinada “*ex ante*”, bastando un peligro potencial, no efectivo, susceptible de que se produzca⁸⁵⁰.

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 que 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

849 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 259.

850 CUESTA PASTOR, P.; *Delitos Obstáculo...*, cit., p. 71.

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 concomitantes⁸⁵¹. Siempre estará presente aquel instrumento jurídico-procesal, denominado *in dubio pro reo* que puede en algunos 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 aptitud^{852 853 854}.

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 intereses⁸⁵⁵, por lo que la tipificación de tipos de peligro abstracto son indispensables para la tutela de bienes jurídicos "supraindividuales".

En palabras de ZUÑIGA 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 legi-

851 Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal Económico*, cit., p. 56.

852 PRATS, Canut, J.M. y otro; *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, T. II, cit., p. 1192; BARRERO CÁCERES, J.; *La contaminación ambiental como delito de resultado*, cit., p. 92.

853 Así, MORALES PRATS, F.; *Responsabilidad Penal por Contaminación Ambiental*, cit.

854 De particular posición es CARMONA SALGADO, C.; *Delitos contra los Recursos Naturales*, cit., ps. 63-64.

855 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 147; de acuerdo a los postulados de HASSEMER y sus seguidores, de acuerdo a la concepción de las perspectivas del Derecho penal en la sociedad moderna.

timar también las posturas prevencionistas *ex ante* que prescinden de la lesión de bienes jurídicos, centrando el injusto en el desvalor de la acción⁸⁵⁶.

5.4. Por las Formas Básicas del Comportamiento Humano

a. Tipos de Comisión⁸⁵⁷

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.

856 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, cit., p. 259.

857 La evolución de saber jurídico-penal demuestra cómo los penalistas siempre han dirigido sus estudios a establecer una distinción dogmática entre el delito de comisión (acción) con el de omisión; para RUDOLPHI la distinción dependerá si el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal o si ha dejado de emplear la energía necesaria para intervenir en un nexo causal no creado por él; Citado por BACIGALUPO: *Manual de Derecho Penal*, ps. 224 y ss.; JAKOBS redunda su posición imperativista de la norma, señalando que todas ellas implican un deber, unifica pues ambos conceptos (acción y omisión), escribiendo que "no sólo el autor de la omisión, sino también de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión, Cfr. *Sistema Funcionalista*. Edit. Grijley. Tomando como referencia la defraudación de expectativas normativas por haber asumido deficitariamente el rol impuesto en base a una esfera de competencia organizativa propia. Los tipos omisivos consisten en un "no hacer" por parte de quien, en base a su posición en el sistema social, le era exigible realizar, por lo tanto, su no prestación contradice la norma y el sustento protector del Derecho penal hacia los bienes jurídicos; para KAUFMANN, la omisión está constituida por la concreta capacidad de acción y la ausencia de la realización de esa acción, por ende, al autor se le reprocha no actuar, pese a haber tenido la capacidad de evitabilidad del resultado. La omisión en definitiva no implica un "hacer nada", se hace cualquier cosa, menos aquella prestación exigida por la norma. La configuración social otorga al ciudadano la posibilidad de comportarse en base a una variedad de formas y una de ellas es comportarse conforme a derecho. SILVA SÁNCHEZ señala que la omisión es el juicio típico mediante el que se imputa a una conducta la no realización de una prestación de un bien jurídico. *"El delito de omisión. Conceptos y sistemas"*. Barcelona, 1986; esa prestación como afirma el autor proviene de una exigencia normativa, ésta establecerá en definitiva sus límites de extensión aplicativa. ZAFFARONI adopta la teoría del *aliud agere*, implica que en el plano pretípico no existen omisiones penalmente relevantes, sino sólo acciones; *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, cit.; la omisión no indica un puro no hacer nada, como confundían aquellos que querían sustentar su plano pretípico des de una visión naturalista, sino un no hacer algo esperado por la norma de mandato, por ende, la valoración únicamente puede derivarse de un juicio normativo, pues en este ámbito se determinará el deber de salvaguarda. Los tipos omisivos consisten en la abstención por parte del autor, de la realización de una prestación positiva dirigida a salvaguardar un bien jurídico tutelado, prestación que le era exigible realizar, por ende, su omisión contradice la norma, y el reproche se orienta a no haber actuado conforme al rol social que éste debió haber asumido en el caso concreto.

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.

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 omisión⁸⁵⁸.

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 vida⁸⁵⁹.

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 omisión⁸⁶⁰; 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 realización de una conducta valiosa "positiva", para el bien jurídico objeto de tutela.

858 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 223.

859 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 120.

860 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 118.

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 concreta⁸⁶¹.

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"⁸⁶². La madre que 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)⁸⁶³.

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 dígase 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. Así, MEZGER, al sostener que 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*⁸⁶⁴.

Se asume como dice GIMBERNAT, el deber de controlar "focos de peligro". El compromiso de actuar como controlador de riesgos, quiere decir, la exigibilidad de evitar la realización de peligros, en cuanto la posición de «Garante».

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.

861 CEREZO, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 50.

862 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 102-103.

863 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 103.

864 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 122.

b.1. 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 resultado⁸⁶⁵.

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 aquélla, por ende, acontecen comportamientos positivos distintos a los esperados por la norma.

Los delitos propios de omisión sólo resultan punibles si están expresamente tipificados (*expressi verbis*) en éstos, 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 jurídico⁸⁶⁶; 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 activo⁸⁶⁷.

865 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 118.

866 Se postula en la doctrina mayoritaria, que los delitos de omisión propia constituyen la contrapartida de los delitos de mera actividad, mientras que en los delitos de omisión impropia la contrapartida está representada por los delitos de resultado.

867 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 355-357.

b.2. 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 consumado⁸⁶⁸, 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 mismo⁸⁶⁹. 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.

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 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 evitabilidad⁸⁷⁰.

868 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 118.

869 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 226.

870 De dicha definición conceptual, pueden extraerse tres elementos básicos definidores del delito de omisión impropia: 1. Garante, son todas aquellas personas que asumen un determinado deber jurídico en virtud de una determinada fuente generadora de deber. En estos delitos el sujeto activo se encuentra tipificadamente indeterminado; serán las diversas realidades sociales las que generarán el deber jurídico (art. 125° del CP); al respecto anota ZAFFARONI "por eso se dice que el tipo objetivo omisivo es un tipo circunstanciado", op. cit., p. 453; 2. Exigibilidad, la posición de garantía hace exigible la realización de una determinada prestación positiva en referencia a una configuración social en concreto; y, 3. Poder de evitabilidad, sólo se le puede exigir la realización de la prestación a aquel que estaba en capacidad individual de poder evitar el resultado lesivo. Existe en verdad una hipotética relación de riesgo entre la omisión de la prestación exigida que genera un riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado lesivo producido.

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 13º del CP⁸⁷¹, 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, etc⁸⁷².

5.5. Por el número de Bienes Jurídicos

a. Tipos Simples

Cuando la acción u omisión típica recae sobre un solo bien jurídico, los efectos perjudiciales sólo 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 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.

871 Cuando el artículo II del Título Preliminar del CP hace alusión a la palabra «acto», hace referencia a las dos modalidades comisivas: a la acción y a la omisión: el acto puede patentarse criminalmente en ambos supuestos, mediante los cuales se puede llegar a vulnerar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos. De nuestra parte, su omisión terminológica no constituye quebrantamiento alguno al principio de legalidad, más aún el art. 11º *in fine* (bases de la punibilidad), termina finalmente por darnos la razón. La solución correcta se arriba mediante un análisis interpretativo teleológico. El hecho de que el legislador haya considerado necesario regular el delito de Omisión Impropia (art. 13º) en la parte general como una cláusula general, es decir, de *lege lata* y no producto de una interpretación analógica como opina un sector de la doctrina, obedeció estrictamente a garantizar la seguridad jurídica como elemento indispensable del Estado de Derecho; en ese sentido MIR PUIG en la doctrina española que considera que debería procederse a incluir una cláusula en la parte general, que identifique de manera genérica la posibilidad de cometer los delitos incluidos en la parte especial, a través de la omisión impropia (comisión por omisión); *Derecho Penal. Parte General*, ps. 291 y ss.

872 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 125.

b. Tipos Compuestos

Denominados comúnmente de naturaleza «Pluriofensiva» o «macroso-ciales»; si bien es cierto que —de forma preponderante—, protegen un determinado bien jurídico, como es el caso del Robo, donde el objeto de protección prevalente, 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 reforzada⁸⁷³.

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).

873 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 439-440.

5.6. Por las Características que Ostenta el Agente

a. Tipos Comunes

Aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona, no se exige una posición especial del agente en relación con el objeto de protección; en otras palabras una cualidad especial para poder ser considerado protagonista principal del suceso criminal. Comportan ámbitos de libre organización individual, donde la conducción delictiva puede ser emprendida por cualquier persona, sin necesidad de que se trate de un sujeto con capacidad de culpabilidad personal.

No obstante, puede presentarse algunos tipos penales "fácticamente cualificados", cuya particularidad, es que la realización típica determina una situación, únicamente susceptible de ser asumida por ciertos sujetos: Falso Testimonio, Bigamia, etc.

Ejemplos: homicidio simple, lesiones, estafa, conducción en estado de ebriedad, falsedad material, etc.

b. Tipo de Sujeto Cualificado (Especial Propio)

Son todos aquellos tipos legales, en cuya redacción normativa se hace alusión a una cualidad especial, a una particularidad singular en la calidad de autor, restringiendo el círculo de autores; el legislador, ha construido esta clase de delitos, en el marco de ciertos ámbitos de la criminalidad, donde se tutelan bienes jurídicos institucionales, como la Administración Pública y la Administración de Justicia, donde se advierten una especial vinculación del sujeto público (*intraneu*) con el objeto material del delito, donde se reprime con pena, la infracción o dígame vulneración de relaciones de garantía, de infracción de deber; por tales motivos, todos aquellos que no cuentan con dicha condición *funcionarial* (particulares – *extraneu*), no pueden ser autores a efectos penales, a lo mas podrán ser penalizados como partícipes, siguiendo en rigor el principio de Unidad en el Título de la Imputación.

Importan específicos ámbitos de organización funcional, cuya plataforma se sostiene sobre relaciones de Derecho público u, otros, que la ley fije de antemano.

En este caso, el legislador ha cerrado el posible círculo de autores, a determinadas posiciones «positivas» que el autor asume en cuanto a la tutela de un determinado bien jurídico, son deberes por asunción de la ley o de las propias instituciones sociales que exigen la adopción de conductas dirigidas a la salvaguarda de un bien jurídico. En los mismos, la posibilidad de la autoría

se vincula a determinadas condiciones naturales o jurídicas, por las cuales si no existen, no hay autoría⁸⁷⁴.

De ahí, que en la doctrina se haya distinguido con propiedad los denominados delitos de «infracción de deber», aquellos que suponen la contravención de normas de derecho público, por sujetos funcionalmente cualificados, por lo que sólo, aquellos pueden ser considerados "autores" a efectos penales; a diferencia de lo que sucede en los delitos de dominio, en los cuales la calidad de autor es de carácter universal.

La infracción del deber, constituye en definitiva, un primer peldaño, en la afirmación de la tipicidad penal de la conducta, a lo cual debe añadirse, la verificación de que el agente, haya cometido todos los elementos constitutivos del tipo penal, con arreglo al principio de legalidad; no basta, entonces, que se diga que el funcionario público, quebranto sus deberes de custodia, en cuanto a la pérdida de un bien mueble por parte de la Administración, sino que aquél se apropió o utilizó dolosamente, los causales, que le estaban confiados en razón del cargo, a menos que dicha infracción del deber *funcionarial*, haya permitido que otro sustraiga los caudales o efectos del Estado, dando lugar a una tipificación penal por el tipo penal de Peculado Culposos.

Los delitos «especiales propios», importan un universo importante, dentro de la dogmática penal, cuyo análisis pormenorizado, resulta fundamental, para poder aplicar con suficiente corrección, las diversas formas de participación delictiva que pueden presentarse en la constelación de casos, que llegan a conocimiento de los tribunales de justicia.

c. Tipos Especiales Impropios

Siendo que en principio pueden ser cometidos por cualquier persona, al ostentar el sujeto activo una cualidad especial (funcional), puede derivarse en una agravante del tipo penal, por desencadenar una mayor reprochabilidad en la imputación individual; cuentan con un tipo común paralelos⁸⁷⁵.

Es decir, cuando el delito solamente puede ser cometido por alguien que tiene la calificación jurídica exigida para el sujeto, es un delito especial propio; cuando el delito especial es simplemente una forma agravada o atenuada de otro que puede ser también cometido por cualquiera, es un delito especial impropio⁸⁷⁶, v.gr., arts. 121º-A, 122º-A, 297º, 367º del CP, etc.

874 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 94.

875 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 305.

876 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., ps. 36-37.

5.7. Tipos de Propia Mano

Para poder ser considerado autor, la realización típica supone una acción corporal, que deberá realizar el propio autor, porque en otro caso faltaría el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito; en realidad, esta construcción doctrinal, obedece a aquellas posturas ancladas en la interpretación formal-mecánica de las figuras delictivas, en el entendido de captar la esencia del delito, en mérito a una realización *naturalística del suceso delictivo*, escapando a la lógica de la interpretación normativa de los elementos constitutivos de tipicidad penal; en el sentido, de que no necesariamente se puede matar a alguien de propia mano, se puede emplear a un tercero (Autoría Mediata) o hasta la propia víctima, encaminándola a emprender su propia muerte.

Aquellos suponen fácticamente la realización del tipo penal de forma personal por el autor, la acción se realiza con el propio cuerpo, puramente el movimiento corporal puede dar cabida a la realización típica. Son descripciones típicas que se remontan a precisiones dogmáticas naturalistas, basadas en una teoría formal-objetiva. Ejemplos: violación a la libertad sexual, actos contra el pudor, conducción en estado de ebriedad, bigamia, falso testimonio en juicio, etc.

Los delitos que atentan a la Libertad Sexual, no pueden ser hoy en día, contemplados desde esta perspectiva, no sólo por cuestiones de índole dogmática, sino también por obra de la propia ley, cuando la sanción de la Ley N° 28251, ha supuesto ingresar a un ámbito más amplio de la violencia sexual, cuando se puede perpetrar mediante el ingreso de objetos a las cavidades sexuales de la víctima o mediante otras partes del cuerpo; lo anotado, cobra vigencia importante, cuando apostamos, a la Co-autoría y a la Autoría Mediata, donde una mujer puede asumir cualquiera de dichas posiciones. El objeto de penalización, no es aquella conducta que logra satisfacer el llamado *ánimo libidinoso*, de lograr siempre una eyaculación o el orgasmo, sino de quebrantar la libertad sexual del ofendido, por lo que la conducta típica puede ser cometida tanto por un impotente como por una persona que carece del órgano genital masculino⁸⁷⁷.

5.8. Delitos de Encuentro (participación necesaria)

Son todos aquellos injustos, que para su realización típica requieren necesariamente de la participación activa o pasiva de la víctima, es decir, es la propia víctima que da un aporte imprescindible, sin el cual no se hubiera podido consumar el delito. La realización típica exige la contribución fáctica de la víctima (delitos de relación).

877 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 615-619.

En efecto, el legislador en muchas oportunidades ha especificado normativamente una participación de la víctima, a fin de alcanzar su realización material: es sabido, que el caso del Proxenetismo o de Favorecimiento a la Prostitución, requieren de una persona dispuesta a trabajar en el mercado carnal, al igual que la estafa, donde la participación de la víctima del error, es en realidad emblemática, pues ella misma, fruto del engaño que es víctima, realiza un acto de disposición patrimonial a favor del sujeto activo del delito.

Así también, los delitos de Colusión Ilegal y de Tráfico de Influencias, con especial particularidad típica los delitos de Cohecho; merece destacarse que en estos últimos, la persona o mejor dicho el particular que interviene, no es en realidad la víctima del delito, en la medida, que ésta participa conscientemente en una actividad ya de por sí antijurídica. No obstante, debe apuntarse, que la modificación producida, a casi todas las figuras delictivas, vía la Ley N° 28355 del 06 de octubre del 2004, comprendidas en la Sección IV del Título XVIII del CP, ha implicado el quiebre de esta categoría dogmática, al instituir varias de sus modalidades típicas, en tipos penales «mono-subjetivos»

CAPÍTULO X

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sumario: 1. Consideraciones Generales. 2. Actuar en Nombre de Otro. 3. La Incapacidad de Culpabilidad de las Personas Jurídicas. 4. Crítica a la Teoría de la Representación. 5. La Estructura del Principio de Culpabilidad. 6. Regulación Jurídico-penal de la Persona Jurídica. 7. Fundamento de la Responsabilidad. 8. Responsabilidad por Omisión (comisión por omisión). 9. La Técnica del Levantamiento del Velo. 10. La Desestimación de la Personalidad Jurídica. 11. Naturaleza de las Sanciones.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El hecho punible es atribuido es un sujeto infractor –penalmente responsable-, al haber lesionado y/o puesto en peligro bienes jurídicos fundamentales, dando lugar a una reacción jurídica legitimada, una pena es caso de los imputables y una medida de seguridad en caso de los declarados inimputables.

La pena se dirige a fines estrictamente preventivos (generales y especiales), mediando el despliegue de una comunicación socio-pedagógica, dirigida esencialmente a evitar la comisión de delitos en el futuro (*punitur ne pecetur*). Empero, la política criminal que ha de perfilar el Estado en el combate contra la delincuencia no se agota en la sanción que recae sobre el sujeto infractor, sino que de aparejar también otras instituciones sancionadoras que coadyuven a neutralizar la comisión frecuente de las conductas prohibidas.

La imputación *jurídico-penal*, presupone dos aspectos a conocer: primero, el conjunto de reglas (prescripciones: prohibiciones y mandatos), que se plasman en los directivos de conductas contenidos en los enunciados penales (*tipicidad penal*) y, segundo, sujetos capaces (*destinatarios*) de comportarse (*motivación normativa*) según los modelos conductivos que hacen alusión los

tipos penales. Concretamente, si se imputa anota Sánchez-Ostiz, se parte de un sujeto que no se encuentra predeterminado, sino abierto a vincularse mediante reglas (de conducta). Es más, que la persona se determina y determina el proceso que "acontece". Y, en igual medida, esa persona, como sujeto de conductas, no puede concebirse sin la existencia de un conjunto de reglas de imputación⁸⁷⁸.

Hoy en día la criminalidad desarrollada al amparo de las sociedades es vasta y de un potencial criminógeno antes nunca visto, llámese mafia, criminalidad organizada, redes de tráfico de armas, de niños, de prostitución, de drogas, de blanqueo de dinero, etc. Se estima que su desarrollo tan espectacular en los últimos tiempos se debe precisamente a la irresponsabilidad penal de las sociedades, pues muchas de dichas organizaciones utilizan sociedades ficticias, sociedades tapaderas, corrompen a la clase política para perpetrar sus ilícitos, anota ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁸⁷⁹.

En el campo estrictamente penal la persona jurídica, la *societas* es vista como un instrumento -que es empleado por las personas físicas que ejercen sus órganos de representación-, para la perpetración de hechos delictivos, desnaturalizando los fines sociales, para los cuales fue creada la corporación. Bajo tal contexto, el derecho positivo, fijado desde las normas jurídico-penales trata de abordar -desde una visión totalizadora-, la forma de cómo enfrentar esta criminalidad, sumando sanciones que no necesariamente pueden ser explicadas desde los derroteros de la política criminal. Con ello queremos fortalecer la idea, que según la normativa de nuestro CP, las *societas* no son pasibles de Responsabilidad penal (*societas delinquere non potest*), ora por motivos de estricta imputación individual y de acción, al margen de posiciones en puridad *dogmáticas* que pretenden alejarse de las prescripciones de la *lege lata*.

Un aspecto es la proponer las fórmulas dogmáticas de cómo poner freno a la criminalidad empresarial y, otra muy distinta, de interpretar la ley penal, con arreglo a los dictados del principio de legalidad.

El papel de la doctrina es el de desentrañar en el propio Derecho positivo (penal y administrativo), mediante la hermenéutica correspondiente, los tipos de infracción que ya se encuentran descritos en los programas de buen gobierno y también debe desempeñar el rol de señalar al legislador la vía por la que debe de discurrir en la tarea de tipificar nuevas conductas, señala Bajo FERNÁNDEZ⁸⁸⁰.

878 SÁNCHEZ-OSTIZ, P.; *Imputación y Teoría del Delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, cit., ps. 395-396.

879 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Criminalidad de Empresa, Criminalidad Organizada y modelos de Imputación Penal*. En: *Delincuencia Organizada*, cit., ps. 202-203.

880 BAJO FERNÁNDEZ, M.; *Modelo para un Derecho Penal de las Personas Jurídicas*. En: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I, cit., p. 726.

Es de verse, entonces, que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es un punto que aún sigue latente en la discusión dogmática jurídico-penal, discusión que obedece a una realidad criminológica y a consideraciones de orden político-criminal.

Hoy en día no puede discutirse, que desde un ámbito empresarial se cometen una serie de infracciones, que desde un punto de vista criminal es por no menos decirlo "significativo", desde defraudaciones sociales hasta la introducción en el mercado de productos dañinos para la salud de las personas. Desde ya no puede negarse, que desde la perspectiva de un Derecho penal preventivo, estos focos de riesgo deben ser duramente combatidos y neutralizados. Sin embargo, cuestión aparte es pretender plantear la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando las estructuras dogmáticas fundamentales dirigen la imputación jurídico-penal sobre la persona psicofísica considerada, tanto con respecto a la acción, a la culpabilidad como al principio de personalidad de las penas.

Es en el ámbito del derecho anglosajón, sobre todo, que se ha seguido la suerte de una serie de teorías (*strict liability doctrine*), por la cual se sigue el fundamento para la ampliación de punibilidad en la capacidad penal de las corporaciones en el Derecho penal a delitos *mens rea*⁸⁸¹. Sin entrar en el detalle de esta teoría anglosajona, centrándonos en el derecho positivo vigente (continental europeo), son las propias estructuras dogmático-positivas que impiden la atribución de responsabilidad penal a las *societas*, son las propias regulaciones legales que se constituyen en un escollo para esta finalidad político-criminal, así como las consecuencias jurídico-penales que se derivan de ella.

Por lo tanto, sólo la persona humana, y no la corporación, es considerada penalmente capaz⁸⁸².

La persona jurídica no tiene conciencia y voluntad en sentido psicológico y similar, por tanto, ala de la persona física⁸⁸³. Contrariamente a lo que ocurre en el derecho civil, el derecho penal no contempla, de ordinario, el delito de la corporación⁸⁸⁴.

En Roma, en virtud del principio "*societas delinquere non potest*", se rechazó la posibilidad de que las personas jurídicas fuesen sujeto activo de delito, como nos relata BUSTOS RAMÍREZ⁸⁸⁵.

881 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 170.

882 HIRSCH, Hans Joachim; *La cuestión de la Responsabilidad penal de las Asociaciones de Personas*. En: *Derecho Penal*, T. III, cit., p. 109.

883 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, T. I. cit., p. 70.

884 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 93.

885 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 170; así también, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 288.

Para HIRSCH, que defiende la postura de atribuir responsabilidad penal a las asociaciones de personas, escribe que probablemente este principio era acertado en el Derecho Romano, al que todavía le eran absolutamente extraños el concepto de corporación como tal, y en particular también el concepto de persona jurídica⁸⁸⁶; empero, la comprensión normativa del concepto de persona jurídica en la actualidad, conduce a conclusiones ajenas a las que fundamentan la responsabilidad penal de la *societas*, como veremos más adelante.

En principio, sólo el despliegue de la acción de una persona humana puede ser considerada una «acción penalmente relevante».

Capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de una persona individual, que no existe en la persona jurídica; ésta es un ente ficticio creado por la ley a efectos de dotarle de vida propia, para que se incorpore a la vida económica como una unidad funcionalmente orgánica, impulsada por una voluntad social, distinta de los miembros que la componen.

La negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, encontró su fundamento decisivo en los principios político-criminales que caracterizaron al Derecho Penal Liberal, entre los cuales no podía sino contar con el principio de la personalidad de las penas⁸⁸⁷. Sin embargo los Positivistas, admitían la posibilidad de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; VON LISTZ, su más conspicuo representante señalaba "Quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios"⁸⁸⁸.

886 HIRSCH, H. J.; *La cuestión de la Responsabilidad penal...*, cit., p. 111.

887 Tal como narra FRÉDÉRIC DESPORTES-FRANCIS LE GUNEHÉC, la aplicación de sanciones a las personas jurídicas data de tiempo antiguo al relatar que en el Ancien Régime el legislador previó la posibilidad de infligir a las personas jurídicas, penas consistentes en la privación de derechos o en la afectación del patrimonio (supresión de privilegios, destrucción de monumentos, barreras o puertas, etc.); *Las Penas Aplicables a las Personas Jurídicas*, p. 307; "El Sistema de Penas del Nuevo Código Penal" - Asociación Peruana de Derecho Penal. Director: Hurtado Pozo. José. Edit. Grijley, 1999.

888 En ese sentido BACIGALUPO SILVINA; "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un problema del Sujeto del Derecho Penal". En: *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas - Órganos y Representantes*. Coordinador: Percy GARCÍA CAVERO. ARA editores, 2002, ps. 99 y ss; quienes pretenden atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, se apoyan en la teoría personal real de la asociación de V. Gierke de mediados del siglo XIX, reconociendo una voluntad propia a la *societas*; así, BUSTOS RAMÍREZ, J., cit., p. 170; HIRSCH, H.J., cit., p. 113; CEREZO MIR, J., cit., p. 70; LUZÓN PEÑA, D.M., cit., p. 289; a dirección distinta se llega con la teoría de la ficción construida por Savigny, pues al no tener existencia real, la persona jurídica no puede tener responsabilidad criminal, no se pueden construir los criterios de imputación jurídico-penal en base a una ficción, más aún cuando este ordenamiento cuenta con las sanciones más severas, esto es, la pena. Aquello sucede cuando los fines político criminales desbordan los principios legitimadores del *tus puniendi*, mediante la reformulación de sus conceptos en base a teorías que si bien pueden apuntar a criterios formales correctos, materialmente resultan a todas luces incorrectos.

La problemática estriba en la naturaleza de las sanciones que recae sobre el seno de la Persona Jurídica, al respecto puede plantearse la siguiente interrogante: ¿Si los órganos representantes de la persona jurídica realizan contratos fraudulentos, a través de la persona jurídica, actividad delictiva que sólo puede tomar lugar instrumentalizando la misma? Sería lógico que la sanción no sólo deba recaer en las personas humanas sino también en la persona jurídica, ya que esta personalidad ha sido el medio comisivo para poder configurar la realización típica. Entonces, la discusión en la dogmática jurídico-penal es si la sanción que recae sobre la persona jurídica puede ser concebida como una pena⁸⁸⁹.

Nuestra posición en la presente monografía, es de negar la naturaleza punitiva de estas medidas punitivas (consecuencias jurídico-penales), son sin duda, medidas de seguridad de carácter preventivo destinadas a neutralizar a la persona jurídica como instrumento criminógeno⁸⁹⁰. La irresponsabilidad penal de la persona jurídica sustentada en el axioma "*societas delinquere non potest*"⁸⁹¹, no se opone a la posibilidad de que la misma pueda ser objeto de

889 En algunos países del ámbito jurídico angloamericano, ha sido posible acumular una experiencia de muchos años en las sanciones a las personas jurídicas. JAKOBS, Günther; *¿Punibilidad de Las Personas Jurídicas?* En: *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas - Órganos y Representantes*. Coordinador: Percy GARCÍA CAVERO. ARA Editores, 2002, Lima, pp. 63 y ss.

890 En ese sentido FEUDO SÁNCHEZ, que en su monografía sobre este tema sostiene la opción de desarrollar legislativamente y dogmáticamente un sistema propio de sanciones ajenas a la culpabilidad, no es pues una propuesta de *lege ferenda* sino como una tesis de *lege lata* que permita afrontar satisfactoriamente la utilización de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas (Art. 129° CP español y Art. 105° del CP peruano); FEUDO SÁNCHEZ Bernardo; *Sobre el Fundamento de las Sanciones Penales para Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Penal Español y en el Derecho Penal Peruano*. En: *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas - Órganos y Representantes*. Coordinador: Percy GARCÍA CAVERO. ARA Editores, 2002, Lima, pp. 215 y ss; así también CEREZO MIR, al señalar, que se trata sin duda, de medidas de carácter administrativo (...) y no medidas de seguridad del Derecho penal, pues las personas jurídicas no han realizado ni podían realizar una acción u omisión típica y antijurídica; *Curso de Derecho Penal Español*, T. II, cit., ps. 73-74; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 173; lo importante es estructurar la naturaleza de estas sanciones sin necesidad de alterar los elementos categoriales del delito, es decir, acción y culpabilidad, ambos elementos conceptuales han sido estructurados según las características de la persona humana, por lo tanto sólo ella tiene capacidad de imputación jurídico-penal; de este prisma dogmático se niega la transmisión directa de responsabilidad de la empresa a sus órganos representantes, caracterizados por las personas humanas que la componen.

891 Tanto en Alemania como en España, la posición tradicional de la doctrina se ha venido decantando por el no reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas apoyándose en argumentos como: la ausencia de capacidad de acción de las personas jurídicas, el concepto individual de la culpabilidad y la naturaleza de las penas concebidas para ser aplicadas sólo a las personas físicas. SERRANO-PIEDRASAS FERNÁNDEZ; *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., ps. 111 y ss.

sanciones preventivas, producto del Derecho Administrativo Sancionador; son medidas adecuadas dirigidas a neutralizar la especial delincuencia enmascarada tras una persona jurídica.

SILVA SÁNCHEZ analiza la temática en cuestión, abordando la problemática en tres partes. Primera: la responsabilidad penal de las empresas en sí mismas, en tanto que agrupaciones de personas o corporaciones, eventualmente dotadas de personalidad jurídica, que, además han pasado a ser sujetos fundamentales de la actividad económica, en lugar del empresario individual. Segunda: la responsabilidad penal de los órganos en el supuesto de delitos comunes, que constituye un buen ejemplo de la problemática -más general- de la delincuencia en el marco de estructuras organizadas jerárquicamente. Tercera: la responsabilidad de los órganos en los casos de delitos especiales, en que las condiciones, cualidades o relaciones exigidas típicamente concurren en la empresa en sí, pero no en los órganos que la integran⁸⁹².

Son estos los tres grandes rubros sobre los cuales va a girar la siguiente exposición dogmática.

2. ACTUAR EN NOMBRE DE OTRO

El CP de 1924, no regulaba ningún tipo de regulación en ciertos comportamientos delictivos que acontecían en el seno de una persona jurídica; que si bien es cierto, que las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad, para que la misma sea pasible de relevancia jurídico-penal, la imputación debe recaer en un comportamiento humano, y siendo que éstas concurrían en la persona jurídica, al carecer ésta de capacidad de responsabilidad penal, tal conducta quedaba fuera del ámbito de intervención del Derecho punitivo.

En tal virtud, el Derecho, sobre todo el Derecho penal no podía quedar al margen -ser ajeno- de esta nueva fenomenología disvaliosa; por consiguiente, el Código Penal de 1991 -desde una dogmática más avanzada- elabora la fórmula «Del actuar por otro» (art. 27° del CP), mediante la cual la imputación

892 SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La Responsabilidad Penal de las Empresas y de sus órganos en Derecho Español*. En: *Fundamentos de un Sistema Europeo de Derecho Penal - Libro Homenaje a CLAUS ROXIN con ocasión de su doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra*. B. SCHÜNEMANN / J. DE FIGUEIREDO DIAS y J. M. SILVA SÁNCHEZ. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, ps. 357 y ss.; en base a esta triple incardinación del tema, se logra confluir tres dimensiones esenciales: la económica, pues, la empresa hoy en día ocupa un rol protagónico en la vida económica, y financiera de una nación, por el dinamismo y circulación que ésta imprime en el mercado de capitales; en el caso de los delitos comunes, el problema surge al momento de distribuir responsabilidad penal, en virtud de que las personas se encuentran encuadradas, dígame protegidas por la estructura formal de la empresa, en este sentido no queda más que penetrar en su estructura corporativa: en los delitos especiales, hablamos de un problema de tipicidad.

criminal recae sobre quien actúa como órgano de representación de una persona jurídica o representante de una sociedad, cuando los elementos que funda la punición no concurren en él pero sí en la representada.

Conforme a las descripciones típicas, anotadas en el capítulo anterior, determinadas conductas que se comprenden en los tipos penales, sólo pueden ser cometidos por un determinado círculo de individuos, son entonces, delitos especiales "propios", pues la punibilidad de la conducta se fundamenta en un especial "deber" que recae sobre una persona, en el caso de los delitos comunes no habría en principio ninguna dificultad a efectos de establecer la imputación delictiva, pues ante unas lesiones respondería la persona física que dio lugar a la acción típica, pero en caso de productos defectuosos que se ingresan al mercado de consumo humano, si se producen lesiones y muertes, habría que acudir a esta fórmula normativa.

Relaciones de carácter institucional que se fundan en Derecho público y privado. Resulta entonces, que la calidad de sujeto obligado a efectos tributarios ("contribuyente") es la persona jurídica; quien se somete a un procedimiento de reestructuración patrimonial u otro régimen concursal es la *societas*; quien se constituye en deudor de una acreencia dineraria con el sistema bancario y financiero es la empresa o asociación de personas; quien emite los comprobantes de pago es también la persona jurídica; quien contrata con el personal (recursos humanos) es la empresa: son únicamente estas cualidades "jurídicas", las que son susceptibles de ser transmitidas a los sujetos actuantes, y no los elementos subjetivos del injusto o aquellos que fundamentan una mayor penalidad⁸⁹³.

Por lo tanto, todas estas condiciones jurídico-civiles, jurídico-comerciales, jurídico-laborales y jurídico-tributarias, tienen por titular a la *societas* y, no a las personas físicas que dirigen sus órganos de representación, y, los actos criminales que podrían y se cometen desde sus estructuras internas societales serían imputadas en principio a las corporaciones empresariales o asociaciones de personas, lo cual lesionaría la vigencia normativa del *societas delinquere non potest*. En efecto, para no vulnerar dicho principio, se elaboró esta fórmula de transmisión, en la medida, que si bien las condiciones de autoría concurren en la representada, es el representante quien asume la responsabilidad penal al ser el responsable de determinadas esferas de organización por competencia "social", un dominio social de una estructura societal. Condición de autor, tendrán todos aquellos que el legislador ha comprendido normativamente en el artículo 27° (*in fine*).

Las personas jurídicas carecen de voluntad propia, no tienen la posibilidad de autodeterminarse conforme al sentido de su propio saber y entender; no poseen una estructura psico-somática (ontológica), que les permita comprender

893 Así, GARCÍA CAVERO, P.; *La Regulación Positiva del Actuar en Lugar de Otro...*, cit., p. 106.

el contenido del injusto y adecuar su conducta conforme a dicho comprender normativo, no tienen pues facultad de motivabilidad normativa.

Son las personas naturales que instrumentalizan a la *societas* para la consecución de fines delictivos, aquellos que asumen posiciones sociales en los Órganos de Representación de la persona jurídica.

Así lo entendió el legislador del 91, pues por motivos de política criminal habría que cerrar espacios a una injustificada impunidad, sancionándose en el artículo 27° la fórmula normativa del «Actuar en nombre de otro»⁸⁹⁴; si bien las condiciones u elementos especiales que fundamentan la punibilidad de una conducta concurren en la administrada, estas condiciones se transmiten (transfieren) a quienes actúan como Órganos de Representación: órgano de representación autorizado de una persona jurídica o socio representante autorizado de una sociedad.

Debe tratar entonces de un Representante Legal, debidamente reconocido en los registros correspondientes, bajo las salvedades que se estipulan en la Ley societaria. Empero, la construcción de la teoría de la representación en Derecho penal, o dígase la posibilidad de delimitar el círculo de autores en este tipo de delitos, no puede recoger una concepción estrictamente mercantil, pues los fines de esta rama del ordenamiento jurídico en relación a los derecho punitivo son en realidad distintos; de tal forma, que la vinculación material del sujeto con el bien jurídico, es lo que determina la posibilidad de dominio, en cuanto a la posibilidad de cometer esta clase de injustos, sin que ello suponga desconocer las regulaciones del derecho mercantil⁸⁹⁵.

Opción político criminal que se orienta a cubrir espacios de impunidad, ante la pretendida formalización de los criterios de imputación jurídico-penal, que sin atender para ello con el principio de legalidad, puedan extender el marco de atribución de responsabilidad.

894 En contra, GARCÍA CAVERO, P., pues para este autor nacional, la descripción típica contenida en el artículo 243-A del CP, supone un supuesto que regula una actividad específica y que, limita por ello de alguna manera el círculo de destinatarios, (...) por lo que se podría sancionar directamente al representante de una persona jurídica que organiza o conduce casinos de juego requeridos por autorización administrativa; *La actuación positiva del actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, ARA Editores, Lima, 2003, cit., ps. 86-87; pero es de verse, tal como se desprende de la normatividad extra-penal, concretamente la Ley N° 27153, que Titular de la autorización es aquella persona jurídica que obtiene autorización expresa para explotar juegos de casinos o máquinas tragamonedas y no el representante legal, donde el representante gestiona la autorización a nombre de la representada.

895 Vide, al respecto, GARCÍA CAVERO, P.; *La regulación positiva del actuar en lugar de otro...*, cit., ps. 89-90; SCHÜNEMANN, Bernd; *El dominio sobre el fundamento del resultado...*cit., p. 56.

Habría que preguntarse ¿Cuáles son los elementos que se transmiten desde la representada hacia sus órganos representantes? Únicamente la calidad jurídica que determina la ley de la materia, ser «Titular de la Autorización», mas no los elementos subjetivos del injusto o aquellos que modifican la responsabilidad criminal, en el caso de las figuras delictivas contempladas en los artículos 243-B y 243-C del CP.

De todos modos, cabe precisar que no basta con identificar al sujeto actuante del delito (órgano de representación), sino que su actuación u omisión fue la que dio origen a la infracción normativa y que dicha conducta fuese dirigida con conciencia y voluntad ("dolo"). Por consiguiente, a fin de no verificar una responsabilidad objetiva por el resultado, deben acreditarse tanto la imputación objetiva como subjetiva. Empero, el hecho de tratarse en realidad de un injusto administrativo, hace dificultosa la labor de identificar los elementos subjetivos del injusto.

En el marco del sujeto activo del delito, corresponde también hacer mención a las distintas formas de autoría y participación, pues tal como se desglosa de los artículos 23º y ss. del CP, a parte del autor se reconocen otras formas de autoría: co-autoría y la autoría mediata.

La co-autoría importa la co-decisión de dos o mas personas para la realización de un evento delictivo, basado esencialmente en el co-dominio del hecho que se manifiesta en el reparto de los roles, que debe tomar lugar en la etapa ejecutiva del delito, debiendo aparecer en cada uno de los co-autores el factor subjetivo así como los elementos subjetivos del injusto que pueden ser abarcados en la estructura constitutiva de la tipicidad penal.

Entonces, ¿Cómo podría darse esta variante de autoría en estos tipos penales? Si se trata en realidad de personas jurídicas, aún una EIRL, dos o mas de ellas se pueden unir comercialmente en contratos asociativos (joint venture o contrato de colaboración empresarial), a fin de operar un Casino de Juego o un negocio de Máquinas Tragamonedas; debiéndose añadir que no será la sociedad como tal, la que asuma la responsabilidad penal, sino los órganos representantes de las referidas empresas, a partir de la persona del Gerente o Administrador, en este caso el "titular de la Autorización".

En el caso de la autoría mediata, se trata de la instrumentalización del «hombre de atrás» hacia el «hombre de adelante», donde el primero se aprovecha de la ignorancia, error u otros defectos psico-cognitivos, para determinarlo a cometer directamente una actividad criminosa.

Antes de proceder al análisis concreto de la autoría mediata en esta clase de delitos, previamente fijaremos unos conceptos, importantes para dar nuestra posición al punto en cuestión, pues en realidad no es tarea fácil fijar la configuración de autoría mediata, por los escollos formales y normativos que se colocan en frente.

La dogmática penal ha dividido la autoría en delitos de dominio y delitos de infracción de deber; en los primeros, la condición de autoría no requiere de mayor requerimiento, que la propia determinación de ámbitos internos de libertad auto-organizativa, en cuanto a la realización fáctica de la conducta plasmada en la estructuración normativa; en cambio, los delitos de infracción de deber suponen algo más.

En los delitos consistentes en la infracción de un deber, dice ROXIN, actúa típicamente sólo (aun cuando siempre) quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del suceso externo⁸⁹⁶. En ellos, la descripción del autor que se realiza en el tipo, tiene por función determinar el círculo de personas a los que alcanza el deber especial en el que se basan⁸⁹⁷. Siendo así, basta que se contravenga un dispositivo legal (civil, administrativo, etc.), para que de lugar la responsabilidad penal a título de autoría, dejando de lado cualquier valoración fáctica que sea importante a efectos de determinar la relevancia contributiva del participante; por lo que la distinción entre autor y partícipe en base al principio de accesoriedad en la participación queda vacío de contenido. Cualquier tipo de intervención o de inacción por parte del *intraneus*, es considerada sin más, responsabilidad a título de autoría, lo que pone en riesgo el principio de legalidad.

Sobre la tesis de ROXIN se ha cuestionado también en el sentido de que no es esencial en el delito especial la infracción siempre de un deber⁸⁹⁸. En efecto, hemos partido de la premisa que los injustos *in examine* son delitos especiales propios, pues para ser considerado autor se requiere la presencia de una determinación relación positiva con el bien jurídico objeto de tutela y, su vulnerabilidad y/o puesta en peligro, no puede fundamentarse en la mera infracción de un deber extra-penal, sino en la determinación de una conducción de dominio, basada en la posición privilegiada del autor con respecto a la conducción de la sociedad; lo que no obsta a reconocer, que la infracción del deber pueda constituir la premisa del contenido típico penal, mas no siempre será así.

El bien jurídico protegido en los delitos especiales "se encuentra con respecto a los miembros de la comunidad social en una posición diferente a la de los bienes jurídicos de los tipos en los delitos comunes (estos bienes jurídicos) no se encuentran en el espacio social abierto a todos, pues únicamente pue-

896 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*..., cit., p. 69.

897 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; *El denominado delito de «propia mano»*, cit., p. 133; Al respecto ver la distinción efectuada por GARCÍA CAVERO, entre los delitos de dominio con los delitos de infracción de deber, a partir de la figura de la representación; *La regulación positiva del actuar en lugar de otro*..., cit., ps. 100-101.

898 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*..., cit., p. 315.

den desempeñar su concreta y específica función social dentro de determinadas, limitadas y por ello, "cerradas" estructuras sociales⁸⁹⁹.

En estos delitos —como apunta GRACIA MARTÍN— como en todos, existe también un desvalor del resultado, entendido éste como la lesión o peligro del bien jurídico. Lo injusto de los delitos especiales, como del respeto de los delitos, sólo queda constituido plenamente cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado⁹⁰⁰.

Se ha dado lugar, por tanto, a una nueva concepción, definida materialmente por la relación del autor con el bien jurídico protegido, son delitos que supone determinados elementos especiales para poder ser considerado "autor" a efectos penales; (...), los cuales se explican e interpretan por el dominio social del bien jurídico por el sujeto cualificado y, en este sentido, son "delitos de dominio social"⁹⁰¹. El dominio social, además, es la fuente material de la posición de garante, por lo que tales delitos son, también, "delitos especiales de garante"⁹⁰².

De lo dicho, se deriva que lo decisivo para el delito especial no será el status formal con el que el legislador describe al sujeto activo del delito, sino la relación material de dominio social típico en virtud de la competencia para el ejercicio de una función⁹⁰³. De posición similar SCHÜNEMANN, al afirmar de que en la cuestión del actuar en nombre de otro no se trata de otra cosa que la formulación de una posición de garantes, es decir, del dominio sobre el fundamento del resultado (...) ⁹⁰⁴. Pues, si el suceso siempre se le imputa penalmente a quien también domina el respectivo ámbito social en el que se originan los riesgos, entonces la responsabilidad jurídica concierne a quien también efectivamente decide acerca de la lesión al bien jurídico⁹⁰⁵.

Dicho así: *lo que fundamenta el dominio de la acción que da lugar a la realización típica en un delito especial, no es en realidad la función específica encomendada al autor, sino el manejo que éste asume en el seno de una cor-*

899 FARALDO CABANA, P.; *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, cit., p. 73.

900 GRACIA MARTÍN, L.; *Actuar en lugar de otro*, T. I, cit., p. 333.

901 GRACIA MARTÍN, L.; *Actuar en lugar de otro*, T. I, cit., p. 355.

902 GRACIA MARTÍN, L.; *Actuar en lugar de otro*, T. I, cit., p. 355.

903 FARALDO CABANA, P.; *Los delitos societarios...*, cit., p. 74.

904 SCHÜNEMANN, Bernd; *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógica-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*. Publicado en el Libro-Homenaje al Prof. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, cit., p. 52.

905 SCHÜNEMANN, B.; *El dominio sobre el fundamento del resultado...*, cit., p. 52.

poración, es decir, el dominio social, en cuanta relación material con el bien jurídico tutelado.

Siendo así, la regulación jurídico-penal del «actuar por otro» es una cuestión que se comprende en el ámbito de autoría y participación, pero que por criterios de sistematización la estudiamos en este apartado. Así, GARCÍA CAVERO, al señalar que debe tenerse en cuenta que el punto de partida de esta relación de inclusión de conceptos es la autoría y participación, las cuales si bien forman parte de la categoría de la tipicidad, tienen una autonomía regulativa en el Código penal⁹⁰⁶. En este orden de ideas, la necesidad de regular esta condición autoral, importa su ubicación expresa en la Parte General, en virtud de su efecto regulador de alcance general, a pesar de que en algunos tipos penales de la Parte Especial, el legislador se haya inclinado por determinar "normativamente" la calidad de autor, cuando la infracción criminal es cometida desde el seno de la persona jurídica, por lo que no habría necesidad de acudir a esta fórmula normativa.

El caso más claro -escribe GARCÍA CAVERO- de regulación especial del actuar en lugar de otro se encuentra en el delito de atentado al sistema crediticio. El propio artículo 209 del Código penal recurre a la cláusula de extensión especial, quizá con la intención de escapar al límite de relación de representación que exige el artículo 27 del CP⁹⁰⁷. Consideramos, que el fundamento de extensión de punibilidad, obedece a un factor político-criminalmente concreto: penalizar aquella conducta que en dichos procedimientos administrativos, revela una posición legal que le permite disponer del patrimonio del deudor -sujeto al procedimiento concursal-, por lo que su inclusión importa cerrar espacios de impunidad.

Lo que entra en discusión, es si la comisión de una acción típica por parte de la persona jurídica debe entenderse como la realización de un comportamiento típico (doloso o culposo), de acuerdo a la estructuración dogmática propuesta en el artículo 11° del CP, el cual reza de la siguiente manera: "*Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*", por lo tanto de *lege lata* se ha previsto que únicamente la persona humana es pasible de cometer acciones u omisiones punibles, por lo tanto, se niega a la persona jurídica la capacidad de acción por faltarse el elemento subjetivo del delito, que sólo puede provenir de un comportamiento humano voluntario y consciente. En consecuencia, la estructuración imputativa jurídica penal no admite la posibilidad delictiva de las personas jurídicas. La problemática tiene implicancias antinómicas entre el apotegma "*societas delinquere non potest*" con el "*societas delinquere potest*".

906 GARCÍA CAVERO, Percy; *La Regulación Positiva del Actuar en Lugar de Otro en el Derecho Penal Peruano*. Universidad de Piura y ARA Editores EIRL, Lima. 2003, cit., p. 84.

907 GARCÍA CAVERO, P.; *La Regulación Positiva del Actuar en Lugar de Otro...*, cit., p. 122.

En Holanda, por ejemplo, la actual posibilidad de punir a las personas jurídicas lleva a menudo a una persecución penal en los casos de delitos económicos o de naturaleza defraudatoria. Al principio era unánime la opinión de que la persona jurídica sólo podía obrar válidamente a través de sus órganos oficiales, pero después se ha modificado la opinión, de modo que ahora ya no es absolutamente necesaria una decisión de un órgano para la autoría de la persona jurídica⁹⁰⁸. Nuestro sistema penal es inequívoco al negar la capacidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Por lo tanto, las infracciones penales que se cometan en el seno de una corporación mercantil, ameritará una sanción criminal que únicamente podrá recaer en las personas físicas que la integran.

La consideración del principio "actuar por otro", tiene suma importancia para la solución de los problemas que se presentan de la participación en los delitos especiales.

Esta participación no presenta problemática alguna cuando el representante comete el acto delictivo materialmente mediante la participación delictiva del representado (persona natural a título de coautor, instigador o partícipe). Pero, al tratarse de la persona jurídica, esta actuación choca frontalmente con la incapacidad de acción y de culpabilidad de la estructura societaria. Problema que a decir de CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO es de tipicidad, esto es, de transferir al ejecutor de la acción en nombre o por cuenta de otro las condiciones típicas de que aquél carece, carencia que harían impune el acto del ejecutor por atípico, pero que posee el otro o representado, quien a su vez sería impune, bien por no ser capaz de responsabilidad penal *-societas-* bien por no ser susceptible de reproche personal *-incapaz-* e incluso por ser ajeno a la actuación de su representante⁹⁰⁹.

En definitiva, no estamos admitiendo la responsabilidad por otro, es decir, de transmitir una responsabilidad prestada de ser así estaríamos vulnerando el *societas delinquere non potest*, la finalidad es declarar típica la responsabilidad por el acto propio, complementándolo con los presupuestos típicos exigidos por el tipo legal, cumpliendo con sus elementos constitutivos típicos.

La actual coyuntura expansionista de la actividad económica propulsada por la Empresa, trae como consecuencia un crecimiento geométrico de la criminalidad empresarial, dicho estado situacional obliga al Estado a reformular su estrategia político-criminal, a través de mecanismos de sanción

908 DE DOELDER, H.: "La Punibilidad de las Personas Jurídicas en Holanda"; en AA.VV, Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1995, p. 498. Citado por PEÑA CABRERA R. Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General.

909 CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO: op. cit., p. 984.

más efectivos y oportunos, que tengan por finalidad no sólo cometidos repressivos sino más bien preventivos, sin que ello suponga una vulneración de los elementos categoriales (dogmáticos) del delito que estructuran la imputación jurídico-penal.

3. LA INCAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las personas naturales poseen una identidad, constituyen una dimensión sociológica, que las dotan de personalidad moral, es decir, sólo ellas detentan una voluntad propia que guía su destino y que hace que el ser humano oriente su comportamiento a determinadas finalidades; detenta estructuras lógico-objetivas, que definen su comportamiento en base a una naturaleza psicosomática.

El Derecho Positivo, al recoger en su dimensión normativa dicha realidad psico-física, estructura sus normas dirigidas a regular el comportamiento humano, ante el cúmulo de variantes conductuales que pueden acontecer en una realidad social configurativa. Según el art. 1º de nuestro CC: "*la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*"; en base a esta perspectiva de *lege lata* se reconoce que la persona humana es centro de imputación de derechos y deberes.

La culpabilidad, como sentido de reproche jurídico-penal, está constituida por la capacidad de motivabilidad normativa, presupuesto material que vendrá definido por las características psicofísicas que presenta el individuo al momento de la comisión del injusto penal⁹¹⁰; importa, un reproche que se realiza al autor por no haberse comportado conforme al mandato normativo, siempre y cuando haya estado en la capacidad de realizarlo y cuando le era exigible. Asimismo, la acción jurídico-penalmente relevante, es el primer elemento que debe concurrir para que pueda operar la imputación y ésta sólo interesa al Derecho penal cuando ingresa a su propio sistema, es decir, cuando penetra en el ámbito de la tipicidad. Ambos presupuestos de imputación jurídico-penal, se constituyen en elementos indispensables para fundamentar válidamente la imputación jurídico-penal⁹¹¹.

910 HIRSCH, que apunta a reconocer capacidad de responsabilidad penal a las asociaciones de personas, a partir de un concepto de culpabilidad ético (libre albedrío), considerando que si a las asociaciones de personas se les reconoce honor, es entonces, absolutamente posible comprobar paralelos de culpabilidad con las personas naturales, afirmando una "responsabilidad colectiva": *La cuestión de la Responsabilidad penal...*, cit., ps. 121-123; sin embargo, lo que tienen las personas jurídicas es en realidad "prestigio" y no honor, atribución inherente a la intersubjetividad humana. De hecho, el concepto de culpabilidad que se maneja en estos apartados conduce a una dirección político-criminal contraria.

911 Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 70.

Ante la afirmación anotada, consideramos categóricamente que la persona jurídica no tiene ni alma (*GEIST*) ni conciencia propia que pueda guiar su propio destino, no tiene capacidad de motivabilidad normativa, las decisiones que se toman y ejecutan en sus órganos proceden de las personas físicas que la integran.

La persona física está compuesta por una dimensión biopsico-somática, como una unidad sociológica a quien se le confiere derechos y deberes. Conclusivamente, detenta los elementos internos y externos, que la definen como centro de imputación jurídica en todas las ramas del Derecho Positivo, incluyéndose en este ámbito, al Derecho penal.

La persona jurídica es producto de una elaboración legal, de un proceso de abstracción dirigido a dotar de existencia normativa a las estructuras societarias. FERNÁNDEZ SESSAREGO señala que la aplicación de esta peculiar y comprensiva visión de fenómeno jurídico, permite distinguir a la persona jurídica, la presencia necesaria, simultánea y en recíproca exigencia, de tres niveles integrados por el dato formal derivado del aparato normativo, por las conductas humanas intersubjetivas que constituyen la dimensión sociológica existencial de las personas jurídicas y por los fines valiosos que la caracterizan y le otorgan sentido⁹¹².

La *ratio essendi* reside en dotar de personalidad jurídica a estas estructuras empresariales, es la de fomentar la creación de empresas como unidades orgánicas económicas, son unidades funcionales que dinamizan el mercado financiero y de capitales, generan productividad, son pasibles de recaudación al fisco, promueven el empleo, en fin, son estructuras orgánicas societarias que hoy en día se han constituido en el motor de la economía de un país. Por consiguiente, la persona jurídica es un ente ficticio o abstracto, dotado de personalidad propia como centro unitario, ideal, de referencia de situaciones jurídicas, de imputación de deberes y derechos⁹¹³.

Si bien son centros de imputación jurídica, sólo a efectos jurídico-civiles o administrativos, cuando se toma a esta estructura formal como centro de perpetración de delitos; habrá que penetrar en su estructura sociológica, es decir, en las personas físicas, finalmente son ellas las que toman las decisiones y que instrumentalizan a ella a fin de cometer hechos punibles.

La persona jurídica dinamiza su función orgánica a través de las funciones que ejecutan sus órganos de gestión y de administración, son estos órganos

912 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; *Derecho de las Personas*, séptima edición actualizada. Grijley, 2000, pp. 185 y ss.

913 FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.; *Ibidem*.

quienes a su nombre hacen asumir derechos y obligaciones a esta estructura formal, siempre y cuando se encuentren legalmente legitimados para ello. Sin embargo, estas gestiones ordinarias deben sujetarse a los parámetros establecidos en su cuerpo orgánico (estatuto y leyes regulativas) así como en el objeto social propuesto en su incorporación a la vida normativa.

A partir del instante en que sus órganos representantes realizan y cometen actos delictivos, se alejan de su vida institucional para los cuales fue creada la empresa, siendo que las personas físicas son las que deciden en un acto consciente la perpetración de actos fraudulentos, son ellas las únicas sobre las que debe recaer la imputación jurídico-penal. La persona jurídica no es centro de imputación jurídico-penal por no poseer capacidad de culpabilidad⁹¹⁴. Bien escribe FERNÁNDEZ SESSAREGO al señalar que la adopción de formas de la persona jurídica no supone la creación de nuevos seres reales o irreales, ya que en la realidad de la vida humana social encontramos siempre una colectividad, una organización de personas⁹¹⁵.

El hecho de que se le otorgue vida propia, a través de una abstracción normativa, no supone de ninguna manera que adquiera una vida coexistencial propia, por carecer de un ámbito de organización propia -fundamento indispensable para poder ser centro de imputación jurídico-penal-. De *lege lata* las personas jurídicas no son sujetos de imputación para el derecho punitivo sancionador, manteniéndose incólume el principio *societas delinquere non potest*⁹¹⁶. Por estas razones y hasta que de *lege ferenda* no sean introducidos profundos cambios en el Derecho positivo, carece de sentido práctico discutir sobre la capacidad de culpabilidad de dichos entes⁹¹⁷.

914 "En el Derecho penal español, la responsabilidad se fundamenta en acciones de personas físicas, por el contrario, se parte de la base -al menos hasta hoy- de que las personas jurídicas carecen, en principio, tanto de capacidad de acción como de la capacidad de culpabilidad que requiere el Derecho penal. Ello no excluye, de todos modos, que en el derecho administrativo sancionador se acepte que personas jurídicas, sociedades, etc., puedan ser objeto de sanciones, carentes de notas propias de las sanciones penales". STS del Tribunal Supremo Español del 2 de junio de 1993, ponente Sr. Moner Muñoz, FD 9. En: SILVA SÁNCHEZ, cit., p. 360.

915 Cfr., FERNÁNDEZ SESSAREGO, ob. cit; según el art. 78º del Código Civil "*la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas*".

916 Así, CEREZO MIR, en relación al CPE de 1995 y a jurisprudencia constante del TSE; ob. cit., p. 74.

917 SERRANO PIEDECASAS-FERNÁNDEZ, J.R.; *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*; cit., p. 112; Así, también LUZÓN PEÑA, al escribir que (...) una decisión político-criminal del legislador puede optar por la solución contraria, como se ha hecho en otros países; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 291.

Una última objeción cubre de inconsistencia dogmática, la atribución de responsabilidad penal a las corporaciones societarias: el principio de personalidad individual de las penas; estrictamente a los fines de la pena que de forma mayoritaria se orienta hacia fines preventivos; ni la prevención general intimidadora, pues los susceptibles de intimidación como potenciales delincuentes serían las personas individuales y no las personas jurídicas como tales; ni la prevención general de integración social o -si se admite- a la retribución, ya que ambos presuponen la justa respuesta y reafirmación del Derecho frente al culpable de un injusto, y la pena afectaría a la persona jurídica, que no lo es, e indirectamente también a derechos de socios no culpables de la decisión ilícita; ni tampoco estrictamente a la prevención especial, ya que (...) en la persona jurídica no hay peligrosidad criminal en sentido estricto⁹¹⁸.

En resumidas cuentas, toda solución dogmática orientada a resolver este problema, tendrá que encontrar su sustento legitimador en base a dos presupuestos básicos: 1. Legitimación Formal.-Se deben respetar los elementos definidores de la imputación jurídico-penal: cualquier teoría que pretenda hallar solución a la problemática de la responsabilidad de las personas jurídicas (*Juristische Personlichhaftung*), basada en la reformulación de los elementos categoriales de la teoría del delito, está destinada al fracaso. Pues, quienes quieren fundamentarlo sobre una responsabilidad colectiva o en una supuesta transmisibilidad de culpabilidad, terminarán contradiciéndose por las propias soluciones que de ella se deriven. 2. Legitimación Material o Social.-Se debe mantener la estructura o dimensión sociológica de la personalidad, sólo la persona física posee identidad moral⁹¹⁹, por tanto, se advierten los presupuestos indispensables para poder ser el centro de imputación jurídico-penal, como unidad psicofísica y sobre esta estructura está orientada la legislación criminal⁹²⁰.

918 Cfr., LUZÓN PEÑA, D.M., cit., p. 290.

919 JAKOBS es de la misma consideración al afirmar que la teoría de la acción es una teoría sobre el sujeto, por lo tanto el contenido de las categorías dogmáticas dependerá de la idea de sujeto que se adopte. Citado por BACIGALUPO Silvina, "*La Responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho penal*"; cit.; por consiguiente, es claro que las categorías del delito están formuladas según el concepto de la unidad psicofísica; para poder admitir una supuesta responsabilidad penal de las personas jurídicas se tendrían que reformular las estructuras dogmáticas.

920 El artículo 25° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, excluye la posibilidad de admitir responsabilidad penal de las personas colectivas. La Jurisdicción Internacional no hace más que ratificar la tendencia legislativa y dogmática de negar la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. Una imputación colectiva puede implicar el riesgo de no poder identificar a los verdaderos autores del delito.

4. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN

Mediante la formulación de esta teoría se sigue fundamentando la responsabilidad en base a la decisión de otro. El representante de un menor de edad que a su nombre comete un acto defraudatorio y luego se le transmite esta responsabilidad al menor, resultaría en definitiva un acto arbitrario e injusto. Pues, esta misma situación podría acontecer en la administración de una empresa ajena a su titular.

En una estructura societaria rige la voluntad corporativa, es decir, la voluntad social es gobernada por la mayoría (Asamblea General), son los órganos de administración quienes dirigen la actuación funcional de la empresa en la dinamicidad económica.

Como escribe FEIJOO SÁNCHEZ, el órgano de administración toma decisiones que vinculan a la sociedad (como cualquier representante de una persona física), pero no son decisiones de la sociedad en sentido estricto, sino que los administradores toman decisiones en nombre de ella como cualquier administrador de un patrimonio ajeno (por ejemplo, el representante legal de un menor)⁹²¹. En definitiva, la teoría de la Representación únicamente adquiere un sustrato legitimador válido en la esfera del Derecho civil, ámbito del Derecho Privado que fundamenta la responsabilidad mediante variables ajenas al ámbito jurídico-penal⁹²².

921 FEIJOO SÁNCHEZ, B.; *Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas*; cit., p. 221; BACIGALUPO S. Comprende la extensión del Derecho penal a la criminalidad de la empresa, fundamentada a través de la institución de la Representación, en la medida que el representado se auto obliga a aceptar los negocios jurídicos del representante, dicha voluntad se convierte en el fundamento de imputación de tales negocios jurídicos. Continúa la autora su idea señalando que de esta forma se determina que las personas jurídicas pueden ser destinatarias de las normas y cual es el círculo de representantes, cuya acción puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica. cit., p. 138; esta consideración adquiere sustento en el ámbito del Derecho Civil pero no en el Derecho penal, en el primero rige de *prima facie* la voluntad, así como la buena fe como elementos indispensables en la generación de obligaciones contractuales. El art. 160° (Efectos de la Representación Directa) del Código Civil, dispone que el acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado. Son *per se* válidos los actos que se ejercen dentro de los parámetros legales por los cuales se ha conferido la representación, los cuales deben insertarse en los estatutos de la empresa, mas no cuando se realizan actos fraudulentos, éstos de ninguna manera pueden ser considerados como actos normales de representación, ello tampoco no es óbice a negar una supuesta concertación criminal entre representado-representante.

922 CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO comenta al respecto, "...para otro sector, el fundamento del principio examinado (actuar por otro) se encuentra en la regla de que en el tráfico privado y mercantil, cualquier persona puede actuar válidamente por otra y puede cumplir sus deberes, posibilidad que se convierte en necesidad en el ámbito de las personas jurídicas, puesto que éstas han de actuar siempre a través de una persona física, lo que ocurre

Conforme lo anotado, podemos precisar que la teoría de la Representación se fundamenta en una unidad inescindible entre la estructura societaria y las personas físicas que la integran. De esta forma, la sanción punitiva, así como las consecuencias accesorias recaerían en base a una única responsabilidad de la empresa, lo que para FEIJOO SÁNCHEZ supone una infracción del principio de proporcionalidad de las penas, derivado del principio de culpabilidad⁹²³. En consecuencia se estaría imputando una culpabilidad ajena, únicamente atribuible a los órganos de gestión, son entes administrativos -gerenciados y representados- por personas físicas, son ellos finalmente quienes manejan la empresa de acuerdo a las decisiones que toman y ejecutan y cuando éstas son de naturaleza delictiva, sólo en ellos puede recaer la responsabilidad criminal.

La atribución de responsabilidad mediante esta institución terminaría por conculcar el principio non *bis in ideam*, en virtud de la doble sanción que recaería por un único injusto penal cometido a dos personas distintas -representante y representado-, así como sucede en el caso de las «Consecuencias Accesorias», previstas en el artículo 105º del CP.

El órgano representante recibe una sanción como persona y otra como persona jurídica. El Principio de Culpabilidad, garantiza que la sanción punitiva sólo puede imponerse por la comisión de un injusto y de una culpabilidad propia; como bien apunta ZUGALDIA ESPINAR, no se puede tomar prestada la culpabilidad de otro.

5. LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La doctrina *jurídico-penal*, es unánime al considerar viable la responsabilidad de la empresa en el ámbito civil y administrativo, mas no en el ámbito punitivo. Cada rama del ordenamiento jurídico exige presupuestos diferentes al momento de fundamentar su correspondiente responsabilidad.

La imputación penal es directa, por ello se le cataloga «Imputación Individual», ésta pues no es transmisible; en mérito del carácter aflictivo, que se deriva de la sanción punitiva, se exige una valoración más estricta y rígida en sus elementos constitutivos de imputación.

En el campo jurídico-civil o jurídico-administrativo no ofrecen mayores dificultades al momento de atribuir responsabilidad a la empresa, responsabilidad que se puede derivar de un obrar negligente o defectuoso de sus trabajadores.

también en el caso de los incapaces, que sólo pueden actuar válidamente a través de su representante legal. El representante estaría infringiendo el deber de abstenerse de realizar el acto que sería delictivo para su representado, cometería un delito por la infracción del deber (*Pflichtdelikte*); op. cit., p. 983.

923 FEIJOO SÁNCHEZ, B.; cit., p. 223.

Pues, ante un incumplimiento contractual, producto de una negligencia del órgano encargado, la persona natural o jurídica afectada por el incumplimiento podrá demandar directamente a la empresa⁹²⁴.

Al momento de atribuir responsabilidad criminal, debe comprobarse la concurrencia de todos los elementos que fundamentan su imputación al disvalor antijurídico: imputabilidad, motivabilidad normativa, dolo o culpa, conciencia del injusto; dichos elementos normativos, importan los presupuestos básicos que garantizan una responsabilidad penal de carácter individual, *contrario sensu* se terminaría por admitir una responsabilidad colectiva.

El hecho de imputar actos delictivos a un órgano de la empresa en sí, podría significar la atribución de delitos a personas que no conocían de su comisión y que no tenían el deber de vigilancia, que no pudieron advertirlo o simplemente se le falseó el verdadero contenido de los actos que pudieron haber garantizado con su consentimiento. Concluyentemente, toda la estructura societaria no puede responder por lo que ha hecho una sola parte de ella.

Basar, por lo tanto, la imputación criminal en la supuesta culpabilidad de la persona jurídica o de transmitirse estas cualidades hacia la persona física es una ficción que no puede servir de fundamento para una culpabilidad en el campo jurídico-penal⁹²⁵.

6. REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La formulación del artículo 27° de la PG, estructurado por el legislador, responde a la necesidad de cerrar los espacios de impunidad a todos aquellos que se ocultan bajo la fachada de la persona jurídica para cometer actos delictivos, es decir, las estructuras societarias de la persona jurídica dejan de

924 Del mismo modo en una obligación de carácter extracontractual, como la colisión del vehículo manejado por un chofer (subordinado) de una empresa con un particular, éste demandará directamente a la empresa responsable, art. 1981 del Código Civil: "Responsabilidad Patronal".

925 Los partidarios en admitir una responsabilidad colectiva, no podrían admitir una culpabilidad que lesione los intereses propios de la empresa, por lo tanto quedarían impunes estos autores que se sirven de defectos organizativos internos para someterlos a sus propios intereses, por ende, no podría confluir en ella la calidad de víctima y victimario. También se rechaza la solución que traslada al campo de la autoría, en este caso, a la Autoría Mediata, ante una supuesta instrumentalización de la persona física por parte de la persona jurídica, hecho poco creíble, dado que la persona física desarrolla su propio ámbito de organización de acuerdo a sus propios fines, y motivado por intereses internos, no se convierte pues en un ser autómatas o mecánicos manejados por el ente societario. La autoría mediata exige la instrumentalización del autor-ejecutor en base a una conciencia dirigida a lesionar un bien jurídico, conciencia de que carece la persona jurídica.

constituir un muro de protección frente a los verdaderos responsables del hecho punible, aquellos que se sirven de la sociedad para vulnerar bienes jurídicos.

Dicho lo anterior, si bien los elementos que fundamentan la autoría (punibilidad) de la conducta concurren en la representada y no en el representante, éstos son objeto de traslación a los sujetos actuantes, quienes por realizar determinados ámbitos de dominio social en la empresa, son quienes en definitiva, han dado lugar al hecho delictivo atribuible.

A decir de GRACIA MARTÍN "El precepto legal permite la interpretación de exigir previamente la realización material del hecho por el representante, órgano o directivo"⁹²⁶.

Por consiguiente, la regla alcanza a aquel titular de una conducta delictiva que amparándose en una persona jurídica, hagan difícil detectar con exactitud, quiénes, dentro de sus miembros, son los verdaderos responsables del hecho criminal de un delito especial propio. Lastimosamente, el artículo 27° del CP, no hace alusión al caso de la representación de las personas naturales, vacío legal que puede abrir espacios de impunidad a todos aquellos que se aprovechan de una representación de esta naturaleza para cometer hechos delictivos; a diferencia de la legislación penal española que en su art. 31° del CP de 1995, incluye como sujeto activo, a aquel que actúa en nombre o representación legal o voluntaria de otro.

Vacío normativo que esperamos sea cubierto de *lege ferenda* por la Comisión Revisora del CP.

7. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

TIEDEMANN expone que radica en la Responsabilidad por Organización (*Organisationsverschulden*), los hechos objeto de imputación deben estar enfocados como delitos de asociación -a través de sus órganos y representantes- que hayan omitido deliberadamente, tomar las medidas necesarias para garantizar un negocio ordinario, no delictivo⁹²⁷.

El fundamento de la sindicación a la asociación, se subordina a la responsabilidad de las personas que dirigen a la sociedad, son en definitiva ellas quienes instrumentalizan la corporación asociativa para la consecución de los fines de la misma; en consecuencia, las decisiones que de ella emanen son de exclusiva responsabilidad de las personas que la dirigen.

926 GRACIA MARTÍN, L.; *El actuar en Lugar de Otro*. T. II, p. 84.

927 TIEDEMANN, NJW, 1.1169, 1.172 y ss., según referencias de Achenbach, Hans. Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán. En: SILVA SÁNCHEZ/SCHÜNEMANN/DÍAS; *Fundamentos*, cit., p. 405.

Para que los individuos respondan en lugar de la persona jurídica, deben ocupar los cargos societarios que se asumen en los órganos de representación y que hayan realizado la acción típica como representantes de la persona jurídica en el concreto ámbito de que se trate (*dominio social típico*).

Cuando se trate de delitos comunes, que no se requieren condiciones especiales de autoría, no se requiere de la concurrencia de los presupuestos antes expuestos. No habrá problema para imputar directamente el injusto a quien a pesar de representar a una empresa, acude a otra *societas* a culminar un negocio y en su estancia se apropia indebidamente de un bien ajeno (hurto) o lesiona físicamente a un sujeto (lesiones).

La responsabilidad de los órganos en los delitos especiales (para el efecto de los delitos tributarios, así como los atentados contra el sistema crediticio), situaciones típicas donde las cualidades exigidas por el tipo penal concurren en la empresa, pero no en el actor que finalmente ejecuta la realización típica. En estos delitos, es que la fórmula del actuar por otro se aplica correctamente.

Para GRACIA MARTÍN lo decisivo pasa a ser la relación externa existente entre el sujeto actuante y el bien jurídico, en concreto, el hecho de que el actuante por otro haya accedido al dominio social típico del delito especial correspondiente⁹²⁸.

Se atiende así, al concepto material (y dinámico) de función, frente al concepto formal (y estático) de "*status*"⁹²⁹ pues de este modo la punibilidad no sólo se fundamentará en la condición de representante o directivo, sino como escribe SILVA SÁNCHEZ, es que es preciso que en su actuación se den elementos de equivalencia material, con los del sujeto idóneo del delito especial⁹³⁰.

8. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN (COMISIÓN POR OMISIÓN)

Son los sujetos que no intervinieron activamente en el delito o que no se ha probado que lo hicieron, pero que por su función social podían y debían haberlo evitado (deber de garante), así como los directivos que tuvieron conocimiento de los hechos y pudiendo evitarlo no lo hicieron, pese a tener el deber de evitar la producción de todo resultado lesivo a un bien jurídico, como sucedería en el caso de un delito ambiental, cuando no toman las medidas necesarias de precaución, dirigidas a evitar un derrame de una sustancia tóxica en un río, sabiendo de la eminente generación de un riesgo no permitido.

928 GRACIA MARTÍN; *Responsabilidad de Directivos*, p. 27.

929 GRACIA MARTÍN; *Responsabilidad de Directivos*, p. 28.

930 SILVA SÁNCHEZ; *Responsabilidad Penal de las Empresas*; cit., p. 378.

Para SILVA SÁNCHEZ en virtud de esta estructura, podrá estimarse que cometen el correspondiente delito por omisión los referidos hombres de atrás, superiores jerárquicos, que no impiden que éste se produzca, cuando ello sucede en el ámbito de su competencia y podían y debían, siempre según los términos del compromiso adquirido de controlar los correspondientes factores de riesgo, evitar su producción⁹³¹.

La denominada "Responsabilidad por organización o por defecto de organización" edificada por TIEDEMANN, fue estructurada en principio para fundamentar infracciones administrativas (contravenciones) del Derecho Alemán, pero no para crear un sistema de imputación jurídico-penal⁹³². Entendiéndose como delitos de "Asociación", aquellos que son favorecidos o facilitados por la omisión de medidas precautorias para garantizar el manejo ordinario del negocio.

En este caso, son considerados delitos «por defecto de organización», pues por omitir las medidas necesarias conducentes a la evitabilidad de la comisión del injusto; importa en realidad una culpabilidad que se equipara con el tipo objetivo realizado por algún órgano de la empresa, que incide directamente contra la persona jurídica; estamos entonces frente a todo un sistema orientado al correcto funcionamiento del sistema empresarial, un mecanismo de control, de efectividad y de supervisión propio del Derecho Administrativo sancionador, que para FEIJOO SÁNCHEZ resulta ilegítimo para el Derecho penal⁹³³.

El Derecho penal sólo puede ejercer sus efectos retributivo-sancionadores por medio de una culpabilidad propia y no aparente. Si bien es cierto, que en base a la comisión por omisión (*Begehung durch Unterlassung*) podrá imputarse responsabilidad a determinados órganos de la empresa, que a pesar de detentar labores de control y de fiscalización no hicieron nada para evitar la comisión del injusto, pues la evitabilidad se derivaba de una exigibilidad en base a la posición funcional que ocupaban (Garante); dicha cláusula general no podrá extender sin más a todos los casos, no sirve entonces como criterio general interpretativo⁹³⁴.

931 SILVA SÁNCHEZ: *Responsabilidad Penal de las Empresas*; cit., p. 371.

932 En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B.; cit., p. 229.

933 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; *Ibidem*; de un modo más categórico, CÁNDIDO CONDE PUMPIDO-FERREIRO al considerar que esta transferencia de la cuestión del actuar (positivo) representa un desconocimiento de la realidad natural del problema: el órgano o representante que realiza la acción descrita en el tipo está cometiendo (en el sentido de la acción, de obrar positivamente) el delito y lo está cometiendo por propia decisión (o cumpliendo voluntariamente el acuerdo social). No se limita a dejar de obrar impidiendo que el delito se consuma, sino que lo está consumando por sí mismo. En: *Código Penal - Doctrina y Jurisprudencia*. Dirección: CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO; Jurisprudencia e índices: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ. Editorial Trivium S.A., 1 era. Edición, 1997, Madrid, ps. 982-983.

934 Al respecto señala FEIJOO SÁNCHEZ: "Si bien es cierto que es posible fundamentar una po-

9. LA TÉCNICA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

La técnica del Levantamiento del Velo consiste en penetrar en las estructuras formales de la persona jurídica con el cometido de identificar e individualizar a todos aquellos verdaderos autores, que se han servido de su formalidad normativa para perpetrar hechos punibles.

La identificación de estos autores no sólo se limita a aquellos que ejercen formalmente cargos de gestión o de administración, sino también, a los administradores de hecho que utilizan a terceros (testaferros) en la administración de la *societas*.

De *lege ferenda* la extensión del ámbito amplificador típico a los administradores de hecho no haría más que acoger un sentido realista y social de cómo acontecen las decisiones que se ejecutan en el seno de la empresa, aquellos que no detentan una representación válida o que instrumentalizan a los administradores de derecho como órganos ejecutores, siendo realmente ellos quienes ostentan el dominio concienencial típico. Las consecuencias últimas de la tesis sobre el «levantamiento del velo» en las personas jurídicas y, sobre todo en las sociedades mercantiles, cuya construcción privatista está prevista precisamente para generar zonas de impunidad en base a conceptos formales incompatibles con la verdad material y la responsabilidad esencialmente material que rige el Derecho penal⁹³⁵.

Para BAJO FERNÁNDEZ, la tendencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas discurre en sentido contrario al principio del Levantamiento del Velo de las personas jurídicas que tratan de desvelar qué persona física se encuentra detrás de la actividad social, con el fin de hacerla responsable sin que la persona jurídica le sirva de escudo⁹³⁶.

La personalidad jurídica es la estructura formal-normativa que es utilizada por los autores materiales para que sus operaciones delictivas sean de difícil probanza, es el escudo perfecto para encubrir su ilícito accionar. Muchas veces, la estructura societaria es creada con el único fin de cometer actos delictivos, se estructuran empresas fantasmas o de supuestos negocios comercial-expor-

sición de garantía de las personas jurídicas (...), hacen falta más elementos, sobre todo subjetivos, como la capacidad de evitación, para imponerle una pena al autor"; Tal cuestión dependerá del rol que el individuo haya asumido en el seno de la empresa, expresada en una capacidad de gestión o de representación, pues, bastaría por detentar determinadas funciones de responsabilidad en la empresa para que opere la culpabilidad, sería por lo tanto una responsabilidad objetiva *iure et de iure* que vulneraría flagrantemente el Principio Constitucional de Presunción de Inocencia.

935 CÁNIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO; Ob. cit., p. 986.

936 Citado por FEIJOO SÁNCHEZ; op. cit., p. 242.

tadores de transporte, cuando en realidad vienen sino a encubrir actividades de transporte de droga ilícita o de mercadería de contrabando, etc.

El centro de imputación jurídico-penal es la persona física y ello se hace aún más evidente en las empresas unipersonales (EURL) donde la identificación del sujeto actuante se torna de fácil identificación. La problemática se centra en las grandes empresas, donde el poder se encuentra diseminado en varios administradores o gestores actuantes, existe una ramificación muy amplia que se identifica en la división del trabajo.

En base a lo antes dicho, habrá que señalar que la fórmula del «actuar en nombre de otro» tendrá únicamente ámbito de aplicación, cuando la propia acción ejecutada por el que obra en nombre de otro no es por sí misma típica, por no detentar las condiciones y las cualidades exigidas por el tipo legal (delitos especiales).

La operatividad de esta fórmula no es lo suficientemente amplia para poder identificar a todo el universo de actores que pueden intervenir en el seno de una estructura mercantil; el artículo 27º del CP sólo contempla la intervención típica de los administradores de derecho a diferencia de otras codificaciones punitivas que ingresan en su ámbito amplificador típico a los administradores de hecho.

La criminalidad empresarial muestra una realidad compleja, pues detrás de la estructura formal de la empresa se sitúan los verdaderos gestores de la empresa, que en muchas oportunidades instrumentalizan a gestores fiduciarios (hombres de paja), con el fin de no aparecer formalmente en la *societas* y de esta forma servirse de ella como instrumento criminoso.

Finalmente diremos que la técnica del «Levantamiento del Velo» se muestra como un mecanismo idóneo para penetrar en las estructuras formales del ente societario y así identificar a los verdaderos sujetos actuantes del delito, pues, desde el momento en que la *societas* es utilizada únicamente para fines delictivos, pierde el derecho de mantener inexpugnable su estructura normativa. Se supone que la persona jurídica se crea con una finalidad social (civiles) o lucrativa (mercantiles) y ésta es cristalizada en el objeto social.

Como bien anota FEIJOO SÁNCHEZ, mediante la apelación a la “doctrina del levantamiento del velo” se prescinde de la abstracción que representan los conceptos de persona jurídica o sociedad mercantil⁹³⁷.

937 FEIJOO SÁNCHEZ, Cit. p. 244.

10. LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Formulación teórica de contenido análogo a la técnica del "Levantamiento del Velo", proposición teórica elucubrada por ROLF SERICK, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg, en su obra: "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, el abuso del derecho por medio de la persona jurídica"⁹³⁸; es un intento por desestimar, es decir, de penetrar en la estructura formal-normativa de la *societas* a fin de identificar a los verdaderos autores de los actos fraudulentos que en su seno acontecen y que la instrumentalizan en base a sus designios criminales. SEOANE LINARES apunta que se conoce como desestimación, el remedio utilizado para prescindir de la forma de Sociedad o Asociación con que se ha revestido un grupo de personas o bienes, donde el juez a través de una decisión jurisdiccional, desconoce su existencia autónoma como sujeto de derecho en una situación particular⁹³⁹. De esta forma se prescinde de la prerrogativa de la responsabilidad limitada del socio o accionista al momento de develar responsabilidad a fin de proteger los intereses de terceros perjudicados.

SERICK, anota que el juez podrá desconocer la estructura formal de una persona jurídica cuando ésta se utilice quebrantando la buena fe, o para pretender burlar una obligación legal o contractual, o para perjudicar fraudulentamente a terceros⁹⁴⁰. Pues, esto debe ser así en virtud que la estructura normativa con la cual se reviste a la persona jurídica está configurada por los fines lícitos que dirigen su vida societaria que es su «objeto social»; por tales motivos, cuando se aparta del rumbo originariamente (*legalmente*) previsto, pierde el derecho de conservar esa estructura formal-normativa, que en algunas oportunidades dicha fachada es instrumentalizada por sus órganos de gestión y administración.

Es formalmente el manto legal que cubre las operaciones fraudulentas e ilícitas y que de una u otra manera sirven como medio de impunidad para los verdaderos sujetos actuantes del delito, que son las personas físicas que integran la estructura societaria. Señala SERICK, que la separación entre la sociedad y sus socios pierde su razón de ser cuando la persona jurídica utilizando abusivamente su estructura, viola los límites que le ha impuesto el ordenamiento jurídico⁹⁴¹.

Dichos límites, en nuestra legislación positiva están informados por la LGS, el CC, el CP y por la Constitución Política del Estad; este es el complejo

938 Citado por SEOANE LINARES M; *Personas Jurídicas*, cit. pp. 66 y ss.

939 SEOANE LINARES M; *Personas Jurídicas*; cit. p. 66.

940 SERICK ROLF; *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, Ariel, Barcelona, 1958, p. 242.

941 SERICK ROLF; *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, op.cit., p. 242.

normativo, que debe guiar el cauce funcional-institucional de la *societas* en su vida orgánica y económica como unidad económica de suma relevancia en el mercado de bienes y servicios.

Cuando la *societas* desborda el marco legal e insitucional, que regula su actuación funcional, pierde el derecho de conservar la estructura normativa que la revistió de vida orgánica⁹⁴², pues las *societas* son creadas para interactuar en la vida económica de una sociedad, no como decía VON LISZT, para concluir contratos fraudulentos o usurarios.

11. NATURALEZA DE LAS SANCIONES

SILVA SÁNCHEZ les confiere a tales sanciones: 1. La función compensatoria del efecto criminógeno que tiene la organización corporativa de quienes operan integrados en ella; 2. Cuando constatándose el hecho y no se determina al autor en concreto; 3. Percibir el interés en que la resolución delictiva es tomada en forma colectiva⁹⁴³.

Conforme lo anotado, las consecuencias accesorias no tienen sólo un significado cognitivo-fáctico; aunque ésta sea sí dimensión esencial, es también inherente a las mismas una clara significación de reafirmación del Derecho (como conjunto de normas de valoración, en este caso). Y tampoco son ajenos a ellas los efectos secundarios de prevención general intimidatoria e incluso de prevención especial predelictual, éste último restringido a otras personas físicas de la misma empresa⁹⁴⁴. Por consiguiente, la persona jurídica tendría una supuesta capacidad de lesión a una norma de valoración.

La imposición de la pena, exige como presupuesto imprescindible la comisión de un Injusto penal atribuible a un sujeto penalmente responsable, elementos definidores de imputación jurídico-penal ausentes en la *societas*.

942 Una regla que incorpora como norma fundamental SERICK es la siguiente: Cuando la forma de una persona jurídica es utilizada para ocultar que en realidad existe identidad efectiva con las personas que intervienen en determinado acto, entonces puede desestimarse la personalidad; es decir, una persona jurídica oculta en su seno una verdadera intersubjetividad y dimensión sociológica compuesta por las personas físicas que integran su estructura societaria, por lo tanto, existe como dice SERICK, una efectiva unidad e identidad de las personas que intervienen.; op. cit., p. 257.

943 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Responsabilidad Penal de las Empresas*; cit., pp. 364-365.

944 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Lo. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y de las Consecuencias Accesorias del art. 129 del Código Penal Español*. En: *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas - órganos y Representantes*, Coordinador: Percy GARCÍA CAVERO; Ara Editores, 2002, pp. 141 y ss.

En mérito a lo argumentado, se produciría un doble efecto resocializador, tanto en la pena que recae sobre la persona física del autor como de las consecuencias accesorias que recaen sobre la *societas*⁹⁴⁵.

La orientación de las penas privativas de libertad sólo puede dirigirse a las personas físicas, que son las que rigen el destino de la empresa.

Lo correcto es considerar que la imposición de una sanción a la *societas* tiene como cometido evitar que ésta siga siendo objeto de instrumentalización de las personas físicas para fines únicamente delictivos.

Sin duda, la empresa no puede ser considerada como "sujeto peligroso"; el artículo 105° del CP no encuentra su *ratio essendi* en hacer un paralelismo de imputación jurídico-penal a la *societas*.

La sanción obedece a un cambio de rumbo político-criminal del Estado, tomando distancia de la sanción punitiva ante la comisión de un injusto atribuible a una persona física culpable; en cuanto a un modelo de unidad de sanción y prevención, de todas aquellas conductas disvaliosas, que requieren ser sancionadoras y prevenidas por el orden jurídico.

945 En la doctrina española, ZUGALDIA ESPINAR es de posición contraria al afirmar que la persona jurídica es un tercero que responde según su propia culpabilidad; las consecuencias accesorias del art. 129 CP (español) constituyen auténticas penas, ya que la sanción a una persona jurídica exige su propia acción (ya que las personas jurídicas tienen capacidad infractora de las normas) y su propia imputabilidad, reprochabilidad o culpabilidad. Dicho de otra forma, si la aplicación de las consecuencias accesorias exige como presupuesto la propia culpabilidad de la persona jurídica, es que esas consecuencias accesorias son penas. En: "Las Consecuencias Accesorias Aplicables como Penas a las Personas Jurídicas en el CP Español". Anuario de Derecho Penal - "El Sistema de Penas del nuevo Código Penal" - Asociación Peruana de Derecho Penal. Director: Hurtado Pozo, José. Edit. Grijley, 1999, p. 329; la consideración expuesta por este autor no hace más que negar en concreto el axioma: "*societas delinquere non potest*", pues según su concepción las personas jurídicas sí tienen capacidad de acción (*fähigkeithandlung*) y capacidad de culpabilidad, negando la estructuración psicofísica de la imputación jurídico-penal tal como se encuentra estructurada semánticamente en los Códigos penales, tal como señalamos en líneas anteriores que la persona jurídica no tiene capacidad de motivabilidad normativa (culpabilidad) ni de acción en sentido jurídico-penal, las decisiones que se toman y ejecutan proceden de los órganos de gestión y de gobierno funcionalizados por las personas físicas que los dirigen; por lo tanto, el presupuesto fundamental para la aplicación de la sanción punitiva es comprobar la tipicidad de la conducta descrita para la persona física y si ésta se encontraba en capacidades normales de poder motivarse conforme al directivo de conducta, luego la aplicación de Consecuencias Accesorias a la persona jurídica vienen condicionadas por la afirmación de la infracción de la norma por la persona física, entonces la aplicación de la consecuencia accesoria como "Medida de Seguridad" no se fundamenta en considerar a la persona jurídica como objeto peligroso -como una especie de transmisión por parte de la persona física- tal como anota ZUGALDIA ESPINAR, sino con la intención de neutralizar a la *societas* como foco criminógeno, es decir, de cesar su utilización como instrumento funcionalizador en la configuración de delitos.

La sanción responde a la necesidad de evitabilidad de que la empresa siga siendo utilizada como instrumento mediático de realización de hechos punibles. Esta sanción si bien se impone mirando al pasado (comisión de delitos) se orienta de cara a futuro -*prevención de delitos*-.

La empresa únicamente puede ser considerada por el Derecho penal como una fuente de riesgos a determinados intereses jurídicos, a la cual debe neutralizarse por ser un «foco criminógeno»⁹⁴⁶; a tal efecto, se mantiene incólume el principio *societas delinquere non potest*, a través de una utilización óptima del derecho punitivo, en correspondencia con fines político-criminales.

Para SILVA SÁNCHEZ, la sanción penal tiene un valor simbólico innegable de la máxima relevancia negativa para la empresa, lo que determina que su eficacia preventiva sea, sin duda mayor⁹⁴⁷. Sin necesidad de concordar con la naturaleza de la sanción, estamos de acuerdo con asignar a la sanción un efecto preventivo contenedor de una utilización sistemática de la *societas* como objeto peligroso.

En consecuencia, la aplicación de estas medidas fomentará la adopción de mecanismos correctivos y reguladores que permitan una funcionalización óptima de la empresa, destinada a garantizar una correcta gestión administradora y la consecución de su objeto social.

Constituyen *per se* medidas de seguridad preventivas destinadas a neutralizar a la *societas* como fuente generadora de riesgos, sin tener que remitirse a una responsabilidad colectiva o transmitida.

Son medidas coadyuvantes a hacer efectiva la política criminal dirigida a combatir esta fenomenología criminal, que presenta complejidades en virtud de la estructura formal que cubre su fachada.

Por consiguiente, la delimitación de una responsabilidad únicamente atribuible a la persona física a través de una pena, así como la imposición de una medida de seguridad a la *societas*, dirigida a neutralizarla como fuente generadora de peligros objetivados, permite formular una correcta política criminal sin

946 En esta orientación, SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ al considerar que la imposición de medidas de seguridad a la persona jurídica se ha fundamentado desde dos puntos de vista: en base a la peligrosidad de las personas físicas que la integran y que la utilizaron como cobertura para llevar a cabo sus propósitos criminales (CEREZO MIR), o por la propia peligrosidad de la empresa transgresora. Esta tesis es defendida por SCHÜNEMANN, que a decir del autor constituiría una solución intermedia, acompañada a nuestra tradición dogmática y factible de aplicación: op. cit., p. 113; esta última posición encuentra su contenido dogmático coincidente con la posición aquí defendida, considerar a la *societas* como fuente generadora de peligros en base a la actividad delictiva que se encuentra afincada en sus estructuras formales.

947 SILVA SÁNCHEZ, J.M.; Cfr.

necesidad de tener que reformular los elementos categoriales de la teoría del delito que fundamentan la responsabilidad criminal.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estas sanciones, no creemos factible otorgarles naturaleza punitiva, en esencia, por consideraciones dogmáticas, pues ello conllevaría a vulnerar el *societas delinquere non potest*.

Nosotros consideramos plausible, ubicarlas como sanciones privativas del Derecho Administrativo Sancionador⁹⁴⁸, pues esta esfera del orden jurídico también comprende medidas de carácter coactivo y preventivo, que se expresan a través de inhabilitaciones, multas, comisos, clausuras de locales, etc., pues entonces no hay problema alguno para dotarlas de este carácter administrativo.

En palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, quien considera que estas medidas sí son de naturaleza punitiva, quienes no comparten esta idea, es desde su punto de vista secundaria⁹⁴⁹.

Lo relevante a todo esto, es de ofrecer un programa criminal coherente que pueda abordar la problemática de la responsabilidad penal de la persona jurídica, conservando las estructuras categoriales de la teoría de la imputación, así como la dimensión sociológica de la persona física como centro de imputación jurídico-penal.

948 De la misma opinión son BAJO FERNÁNDEZ y MIR PUIG/LUZÓN PEÑA: En este sentido, CEREZO MIR al señalar que las consecuencias accesorias son sin duda, medidas de carácter administrativo, dada la imposibilidad que las personas jurídicas realicen acciones típicas y antijurídicas. En: Curso de derecho penal español, Parte General, II. La *teoría jurídica del delito*, 5ta. edición, Tecnos Madrid, 1997, pp. 69 y ss.; de otra consideración es LANDROVE DÍAZ quien estima a las consecuencias accesorias como una tercera modalidad de sanciones penales "peculiares"; *Las consecuencias jurídicas típicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 124.

949 FEIJOO SÁNCHEZ, considera que el Derecho penal, como medio de control social, está destinado a neutralizar focos de riesgos. Lo que consideramos que afectaría la función esencial del Derecho penal que es la prevención general de delitos y la protección de bienes jurídicos; utilizar al derecho punitivo como medio controlador de riesgos, significaría un adelantamiento peligroso en la intervención del Derecho penal en los bienes de los ciudadanos; op.cit., p. 267; para ZUGALDIA ESPINAR, J.M.; Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas son verdaderas penas, encuentran un enfrentamiento al no reconocérseles como sujetos imputables; op.cit., p. 328.

CAPÍTULO XI

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Sumario: 1. Conceptos preliminares. 2. La Teoría de La Adecuación Social como Antecedente de la Teoría de la Imputación Objetiva. 3. Introducción al Terna. 4. Estructura Sistemática. 5. Campo de Aplicación. 6. Elementos Defi-
nidores de la Imputación Objetiva. 6.1 *Creación de un Riesgo Jurídicamente Desaprobado.* a) *Riesgo Permitido.* b) *Determinación del Riesgo Permitido.* 6.2 *Principio de Confianza.* 6.3 *Prohibición de Regreso.* 6.4 *La Participación en una Autopuesta en Peligro.* a. *Esfera de Responsabilidad de la Víctima.* b. *De-
limitación de Esferas de Responsabilidad.* 6.5 *La Relación de Riesgo.* a. *El Fin de Protección de la Norma de Cuidado.* b. *La Elevación del Riesgo.* 7. Crítica a la Teoría de la Elevación del Riesgo (Conductas Alternativas Adecuadas a Derecho). 8. Toma de Posición

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

El desarrollo de la ciencia jurídico-penal, a partir de la década de los se-
senta, 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 meta-jurídi-
cas, significó a la ciencia jurídico-penal, apelar a criterios correctivos, insertados
en los planos categoriales, influenciados por consideraciones de política crimi-
nal; 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 sobrevinientes. 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 fuera 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 de civil de Karl LARENZ sobre la teoría de la imputación de HEGEL y el concepto de la imputación objetiva⁹⁵⁰. 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 conducta⁹⁵¹.

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 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

950 AMBOS, K.; *Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible*, cit., ps. 61-62.

951 REGIS PRADO, L./ MENDES DE CARVALHO, É.; *Teorías de la Imputación Objetiva del Resultado...*, cit., p. 74.

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.

Conforme lo anotado, 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 vera, 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 lesionar 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 criterio 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».

2. LA TEORÍA DE LA ADECUACIÓN SOCIAL COMO ANTECEDENTE DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

No es casualidad que la mayor parte de los estudios que se dirigen al análisis dogmático de la teoría de la «Imputación Objetiva», realicen un para-

lelo con la teoría de la «Adecuación Social», como construcción antecedente, de significativa importancia en la misión interminable de interpretar los tipos penales de forma restrictiva, tomando como baremo criterios histórico-sociales, que dan lugar a una fórmula interpretativa que excluye del ámbito de la tipicidad aquellas conductas humanas, que a pesar de adecuarse formalmente a los alcances normativos del tipo penal, no poseen la suficiente relevancia de «lesividad social», para ser objeto de punición; más bien su ámbito de exclusión obedece a un sismógrafo social, de que es la misma sociedad que tolera esta clase de comportamientos, que no llegan a lesionar al bien jurídico de una magnitud material considerable.

A través de la teoría de la adecuación social se pretende excluir de la tipicidad aquellos comportamientos “adecuados socialmente”, pero que, sin embargo, coinciden formalmente con los descritos en los tipos penales⁹⁵².

WELZEL, mentor de esta teoría, propugnaba que el fin del Derecho penal era la tutela de los principios ético-sociales de la comunidad, constituidos históricamente, es decir, a una determinada sociedad le correspondía una determinada concepción de bienes jurídicos. WELZEL planteó que los bienes jurídicos no podían ser entendidos de forma estática, como simples piezas de museo que deben permanecer encerradas en escaparates de vidrio para impedir que se los manipule sino que, por el contrario, debían ser comprendidos de forma dinámica, esto es, como elementos que forman parte de la nuestra vida social y con los que estamos interactuando de forma permanente⁹⁵³.

La lesividad social de una conducta, dependía de la función que los bienes jurídicos cumplían en la vida social, sólo son inadecuadas aquellas actuaciones que sobrepasen la medida mínima de cuidado establecida para que se desarrolle la vida en comunidad, esto es, conductas que en realidad podrían lesionar estos bienes jurídicos, no eran merecedoras de pena en tanto no perturbaban el normal desarrollo y realización de estos bienes según una interacción social. Esta concepción dinámica de los bienes jurídicos supondría que no toda lesión que a ellos se cause resulta relevante para el derecho penal, pues existirían muchas formas de comportamiento que, siendo admitidas como válidas por el conglomerado social, suponen ataques o incluso lesiones a los bienes jurídicos sin que por ello se despierte el interés del derecho penal⁹⁵⁴.

952 JAÉN VALLEJO, M. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, cit., p. 222.

953 Citado por REYES ALVARADO, Y.; *El concepto de imputación objetiva*. En: “Derecho Penal Contemporáneo”. Revista Internacional. 1 Octubre - Diciembre, Bogotá-Colombia. 2002, cit., p. 8.

954 REYES ALVARADO, Y.; *El concepto de imputación objetiva*, cit., ps. 8-9.

Entonces, son «conductas adecuadas socialmente», aquellas que no tienen la aptitud de lesividad suficiente, para poder perturbar una coexistencia social pacífica, manifestadas en la concreta realización de bienes jurídicos.

A decir de ZIPF, la adecuación social efectúa en las figuras delictivas creadas a partir del saber experimental acerca de la lesividad social, las correcciones de tipos previamente indispensables para dar integridad o que se hacen necesarias en el curso de la evolución social, para mantener las normas penales en armonía con la vida social de la comunidad⁹⁵⁵; son por lo tanto, filtros de selección sociológicos que determinan la relevancia jurídico-penal de la conducta.

A tal efecto, mediante la teoría de la «Adecuación Social», se pretende restringir el ámbito de protección de los tipos penales mediante una interpretación restrictiva teleológica sostenida por criterios sociológicos, es decir, «extra-normativos», aquellas conductas que a pesar de lesionar bienes jurídicos, son socialmente adecuadas.

WELZEL, en un primer momento concibe la teoría de la adecuación social como correctivo del tipo penal, pero luego cambia de opinión y la concibe como una causa de justificación (supralegal), incluso de derecho consuetudinario y, finalmente, de nuevo como causa de atipicidad⁹⁵⁶, es decir, como dice HIRSCH, lastrada por la controversia relativa a la relación de tipo y antijuridicidad, es decir, por la discusión sobre la teoría de los elementos negativos del tipo⁹⁵⁷. Como vimos en capítulos precedentes, entre ambas categorías dogmáticas se revelan elementos valorativos que impiden su asimilación, al desplegar fines completamente distintos.

Concebir a la teoría de la adecuación social como una causa de justificación supra-legal es desnaturalizar el contenido material de esta teoría, en cuanto aleja del marco legal de la tipicidad, aquellas conductas que son toleradas y aceptadas por toda la comunidad social, que en tal medida no puede ser concebida como una causa de justificación (precepto permisivo) que deje incólume la tipicidad de la conducta, pues si las acciones socialmente adecuadas se mantienen dentro del orden históricamente generado de la vida en comunidad como expresaba WELZEL, no pueden a su vez ser constitutivos de una infracción criminal producto del juicio positivo de la tipicidad. De manera, (...) que si se pretende hacer uso dogmático del concepto de adecuación social, tanto conforme a la teoría de los elementos negativos del tipo como de acuerdo a la doctrina tradicional de la tipicidad existe la necesidad de entender la adecuación social

955 ZIPF, H.; *Introducción a la Política Criminal*, cit., p. 105.

956 JAÉN VALLEJO, M.; *Libertad de Expresión y Delitos Contra el Honor*, cit., p. 222.

957 HIRSCH, H. J.; *Adecuación Social y Teoría del Injusto*. En: *Derecho Penal*. T. III, cit., p. 10; Así también, REYES ALVARADO, Y.; *El Concepto de Imputación Objetiva*, cit., p. 9; CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. cit., ps. 48-49.

como cuestión perteneciente al tipo "fundamentador del injusto" ("positivo") y de distinguirla de los supuestos de mera justificación⁹⁵⁸.

Por lo que la teoría de la adecuación social constituye un criterio de interpretación, que excluye del ámbito nuclear de la tipicidad, aquellas conductas que son toleradas y aceptadas por el conglomerado social, ejerciendo una función interpretativa "restrictiva" de los tipos penales⁹⁵⁹. Este punto de vista significa, en la práctica, que aunque aparezcan dados todos los elementos del tipo penal, es posible excluir estos hechos del derecho penal aunque no haya una causa de justificación expresa⁹⁶⁰.

En opinión de ROLDÁN BARBERO, la adecuación social constituye el término adaptativo del criterio sociológico de la interpretación a la teoría jurídica del delito⁹⁶¹, en muchas de las conductas típicas contenidas en la Parte Especial del CP, la interpretación normativa del tipo penal no puede realizarse o construirse al margen de criterios valorativos al margen del Sistema Penal, son pues pautas culturales y sociológicas. Así, CEREZO al sostener que mediante una interpretación teleológica restrictiva quedarían excluidas de los tipos de lo injusto las conductas socialmente adecuadas⁹⁶².

Dicho lo anterior, la interpretación sociológica en estos términos, nos permite restringir los tipos penales sin necesidad de acudir a la fórmula del «Riesgo Permitido»⁹⁶³; elemento sustancial en la moderna teoría de la Imputación Objetiva, por tales motivos, quedan al margen de la tipicidad, aquellas expresiones injuriosas que se profieren en un altercado o en un ámbito social determinado, que por su contenido sean intrascendentes o insignificantes, así como los obsequios que se puedan entregar a un funcionario público como reconocimiento a su labor pública.

958 HIRSCH, H. J.; *Adecuación Social y Teoría del Injusto*, cit., p. 17; Así también, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 116.; CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas básicas de la teoría de la Imputación Objetiva*, cit., p. 50.

959 Cfr., ASÍ, JAÉN VALLEJO, M.; *Libertad de Expresión y Delitos Contra el Honor*, cit., p. 224.; Así también, HIRSCH, H. J.; *Adecuación Social y Teoría del Injusto*, cit., p. 20.

960 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 116.

961 ROLDÁN BARBERO, Horacio; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*. Universidad de Córdoba, 1992, cit., ps. 114-115.

962 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, T. I., cit., p. 320.

963 En consideración de ROXIN, el lugar sistemático del "Riesgo Permitido", es concebirlo como un regulador de la tipicidad o, por mejor decir, de la imputación penal; *Reflexiones sobre la problemática de la Imputación en el Derecho penal*. En: Problemas básicos del Derecho penal. Traducción española de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Madrid, 1976, ps. 131 y ss. En consideración de ROXIN, el lugar sistemático del "Riesgo Permitido", es concebirlo como un regulador de la tipicidad o, por mejor decir, de la imputación penal; *Reflexiones sobre la problemática de la Imputación en el Derecho penal*. En: Problemas básicos del Derecho penal. Traducción española de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Madrid, 1976, ps. 131 y ss.

Criterio de interpretación que ciertamente no puede cubrir toda la constelación de casos posibles, por lo que tiene un uso limitado⁹⁶⁴, pero de gran importancia en un Estado Social y Democrático de Derecho, que no puede permitir contradicciones entre las valoraciones sociales y las valoraciones normativas⁹⁶⁵.

En el caso de algunos delitos de resultado, en virtud de la constatación de varios factores de riesgo, así como en la disminución de riesgos no sería posible acudir a la teoría de la «adecuación social», sino al Riesgo Permitido, por lo que la primera constituye un criterio cumplimentador en el seno de la teoría de la Imputación Objetiva.

3. INTRODUCCIÓN AL TEMA

En base a la estructuración de un Injusto fuertemente arraigado desde su aspecto objetivo, integrado con elementos u categorías, que eran explicados en base a las leyes científicas de la naturaleza, aparecía el Causalismo como postura doctrinal, que pretendía dar solución a los efectos lesivos que producía el actuar humano en los bienes jurídicos, mediando criterios inseguros, equívocos, desprovistos de racionalidad.

Como confrontación de la idea causal de la acción, irrumpe el Finalismo, a partir de su «teoría final de la acción», teniendo como sustento las estructuras lógico-objetivas que encontraban su sustrato ontológico en el campo de la fenomenología.

Al Finalismo hay que reconocerle dos cosas: primero, el haber desplazado el dolo y la culpa al ámbito amplificador de la tipicidad; y, segundo, el haber descompuesto la teoría del «ilícito personal», en disvalor de la acción y disvalor del resultado, sustrato fundamentador de la punibilidad de la tentativa.

Es en base a este concepto sistemático, puede considerarse un Injusto ya no tan *objetivizado*, sino más bien *subjetivizado*, dando un fuerte acento a la intención del autor al momento de desplegar su comportamiento desvalorado.

Empero, la acentuación de los elementos lógico-objetivos, el énfasis al ser, devino en infructuosas construcciones dogmáticas, a efectos de fundamentar el injusto imprudente; pues la finalidad en esta clase de injusto no encaja de modo alguno, al no advertirse siquiera una *ciega intencionalidad*.

Al respecto WELZEL, escribe que los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución de él, tiene que aten-

964 Así, JAÉN VALLEJO, M.; *Libertad de Expresión y Delitos Contra el Honor*, cit., p. 229.

965 En contra, HIRSCH, para quien el concepto de "adecuación social" resulta superfluo, y no suficientemente exacto: *Adecuación Social y teoría del Injusto*, cit., p. 76.

der también a la selección y utilización de los medios, a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar⁹⁶⁶.

En este punto interviene el ordenamiento jurídico y ordena que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe "el cuidado necesario en el tráfico"⁹⁶⁷.

De lo anotado, se desprende un elemento volitivo ("no querido"), pero a su vez, un elemento objetivo la «inobservancia de normas de cuidado», en este caso del tráfico, donde el fundamento del injusto imprudente, se sostiene en el disvalor de la acción, mientras que el resultado lesivo producido únicamente revela una función delimitadora o restrictiva, a efectos de destacar la relevancia jurídico-penal de la conducta.

Como escribe REYES ALVARADO, pese a los esfuerzos realizados por los partidarios de esta corriente doctrinal, lo evidente es que con esta última precisión (*infracción del deber objetivo de cuidado*⁹⁶⁸) no se logra ocultar que el finalismo se vio forzado a abandonar la intencionalidad de la conducta como fundamento de la punibilidad del delito imprudente, lo cual puso en evidencia un gran problema sistemático al verse abocados a bifurcar la teoría del hecho punible, edificando el reproche al delito doloso sobre la intencionalidad de la conducta y la sanción al delito imprudente a partir de la lesión al deber objetivo de cuidado⁹⁶⁹.

Queda claro, entonces, que la teoría de la «Imputación Objetiva» se construye a efectos de fundamentar debidamente el Injusto imprudente (su *disvalor* normativo), a partir de criterios objetivos de naturaleza normativa, sin que esta afirmación sea entendida en el sentido de que la teoría del Tipo penal sólo es funcionalmente operativa en estos injustos, pues, como se expondrá más adelante, su uso se extiende a cualquier clase de *injustos penales*.

Ambas posiciones dogmáticas —eclecticas—, fueron las promotoras, de que el saber jurídico-penal se esforzara por edificar una estructura dogmática de imputación jurídico-penal, acorde con el propio Sistema Penal; la imputación de resultados lesivos o de puestas en peligro debían ser obra del ser humano, despojando cualquier tipo de atribución objetiva a resultados producto de otras fuentes generadoras de peligro o sin ingresar a valorar la relevancia jurídico-penal de la conducta, en la medida, que el Derecho penal únicamente debe hacer ingresar a su sistema de imputación delictiva, aquellos comportamientos que procedan de un mínimo de actividad humana, voluntaria y consciente.

966 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 111.

967 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 111.

968 Lo en cursivas es mío.

969 REYES ALVARADO, Y.; *El Concepto de Imputación Objetiva*, cit., p. 13.

La teoría de la imputación objetiva surge primeramente como producto derivado de las discusiones sobre el concepto causal, y, por cierto, justamente en torno a los tipos penales cuyas descripciones de acción sólo se realizan de modo indirecto, mencionando la causación de un acontecer lesivo⁹⁷⁰.

Actualmente la doctrina es casi uniforme, al considerar que no es suficiente un nexo de causalidad entre una acción y el resultado producido para poder fundamentar la imputación a la acción precedida, pues, se alza como necesario acudir a conceptos normativos que se extraigan de la propia naturaleza del Derecho penal, que permitan ya en el plano objetivo, delimitar la parte de la «causalidad jurídicamente relevante».

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 sólo 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 típico⁹⁷¹.

En palabras de RUDOLPHI, esto significa en resumen, lo siguiente: un resultado antijurídico causado por una conducta humana, sólo 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 resultado⁹⁷².

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*.

970 SANCINETTI, M.A.; *Observaciones sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*; cit., p. 44.

971 JESCHECK/ WEIGEND; citado por CANCIO MELIÁ, Manuel; *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, cit., p. 26; así también, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 153.

972 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, cit., ps. 31-32.

Ha sido definitivamente ROXIN, que 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*"⁹⁷³.

Otros autores como HORMAZABAL MALARÉE son de la posición de considerar a la imputación objetiva como definidora de la antijuridicidad, a partir del principio de lesividad (*nullum crimen sine fuitura*). 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 jurídico⁹⁷⁴.

A nuestra consideración, atribuimos a la teoría de la «Imputación Objetiva» un plano definidor de la tipicidad y no de la antijuridicidad; plano sistemático que obedece a los criterios que serán plasmados en el ámbito del «Riesgo no Permitido».

Históricamente la Imputación Objetiva fue elaborada en el Derecho penal por HÖNIG y MAYER⁹⁷⁵, LARENZ⁹⁷⁶ así como por HEGLER, en los primeros años del siglo XIX, afirmando que sólo viene a ser imputación aquella conducta que pueda ser atribuida como propia; esta contribución (obra de LARENZ) se publicó en el momento, como es sabido, se estaba produciendo la sustitución de una perspectiva fundamentalmente naturalista-positivista -en lo que aquí interesa: el

973 ROXIN, C.; *La Evolución de la Política Criminal...*, cit., p. 45.

974 HORMAZABAL MALARÉE, Hernán; *Imputación Objetiva y Principio de Lesividad*. En: *El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos*, Granada, 1999, cit., p. 412.

975 El concepto de Imputación Objetiva, fue introducido por LARENZ, quien la incluyó en el Derecho Civil, como una forma de excluir la responsabilidad por daños imprevisibles. Para LARENZ en vez de causalidad adecuada, la ciencia del Derecho debería exigir causalidad objetivamente imputable. La pregunta decisiva, según LARENZ, es la de "qué es lo que se puede atribuir al sujeto como su acción, de qué se lo puede hacer responsable...". Cuando el resultado no es objetivamente previsible, el acontecer provocado por el comportamiento del causante no debe ser considerado como su propio hecho, sino como un acontecimiento causal. Citado por SANCINETTI, op. cit., p. 46; Hegels *Zurechnungslehre un der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus un zur Lehre von der "Juristischen Kausalität"*, Leipzig, 1927. Para HÖNIG y MAYER, no como un elemento conceptual del Injusto, sino como una exigencia previa al concepto de acción, es decir, la ubicaban en una posición pre-típica; para HÖNIG el juicio de imputación que fundamenta la responsabilidad es la tipicidad, pues si la actuación de la voluntad no es típica, no existe absolutamente ninguna acción en el sentido que interesa al Derecho penal, por tanto, no en sentido naturalístico sino normativo.

976 Así también, CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. cit., p. 37.

“dogma causal”- por diversos puntos de vista valorativos⁹⁷⁷; dejar de lado conceptos propios de las ciencias naturales, para dar preponderación a elementos que puedan determinar que un determinado hecho es obra de un sujeto responsable, de imputarse el resultado como suyo, y no obra de cualquier curso causal de poder producir el resultado. Pertenencia de un hecho a la persona del autor como «obra suya».

En resumidas cuentas, únicamente se le puede imputar un resultado a una persona, cuando éste 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 después⁹⁷⁸.

Por los fundamentos expuestos, concebimos que la teoría de la «Imputación Objetiva», se constituye en un elemento conceptual de amplísima cobertura, 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.

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 verdade-

977 CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría...*, cit., ps. 37-38.

978 MIR PUIG, S.; *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, pp. 245 y ss. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Grijley, Instituto Peruano de Ciencias Penales.

ramente su obra y no aquellos que sean producto del destino o de las fuerzas naturales⁹⁷⁹.

La Imputación Objetiva constituye la base objetivada de la teoría general de la Imputación⁹⁸⁰: «imputación objetiva», referida a la acción jurídica-penal-

979 MIR PUIG, escribe que el significado lingüístico de la palabra "imputación", resulta más adecuado para expresar un juicio de atribución afectado por el hombre; asimismo, el término imputación viene bien a la filosofía analítica, porque subraya la distinción entre la descripción y la prescripción, entre el ser y el deber ser; op. cit.; La Teoría Pura del Derecho esbozada por Kelsen, determinó que los enunciados del "deber ser" son propios de la ciencia jurídica, pues, a los ciudadanos se les orienta a través de las normas, a que asuman un determinado comportamiento, pudiéndolo o no hacerlo; en cambio, la ciencia natural describe los hechos por medio de los enunciados del "ser", los fenómenos naturales se describen tal como son, por medio de la concepción que de ellos se observa; para FERRANTE M., que por imputación objetiva se entiende un conjunto de principios y reglas sistemáticas -o cuya sistematicidad se pretende lograr- mediante los que se normativizan las descripciones típicas puramente causales: Una *introducción* a la teoría de la imputación *objetiva*, p. 17; en tanto que para SANCINETTI más bien es el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios "imitadores o correctivos de la tipicidad de una conducta punible, especialmente respecto de aquellas formas de conducta que la ley describe de modo relativamente abierto..."; *Observaciones sobre la teoría de la Imputación Objetiva* En: "Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva". Ad Hoc S.R.L. Buenos Aires, 1998, pp. 39 y ss.; en nuestras propias palabras: la teoría de la Imputación Objetiva importa el conjunto de principios limitadores y definidores de la conducta típica, mediante conceptos normativizados propios del Sistema Penal, orientados a despojar del sistema imputativo de un esquema basado en la causalidad.

980 Un sector de la doctrina ha objetado la operatividad de la imputación objetiva, señalando que, a partir de que el dolo y la imprudencia fueron reconocidos como elementos centrales del ilícito, la objeción del agigantamiento del tipo perdió validez; y que la necesidad de resolver ciertos casos problemáticos recurriendo a categorías de la imputación objetiva responde, antes que a consideraciones acerca de lo objetivo, a una incorrecta o insuficiente concepción del dolo. En este sentido, STRUENSSE, "*Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo*"; citado por FERRANTE M.; op.cit., p. 17; Para STRUENSSE el dolo sólo está presente en un pronóstico sobre el curso causal suficientemente sustanciado por el conocimiento de las circunstancias que justifican la aceptación de la causalidad. El dolo puede ser definido como el grado de cognoscibilidad que el agente tiene sobre los hechos objetivados, pues éste debe tener una base racional, sólo cuando su representación coincida con el programa criminal plasmado en un determinado tipo penal, se dice que es de relevancia típica. Con razón ha anotado JAKOBS "Un comportamiento en el que aparece un defecto cognitivo de esas características no ofrece un patrón válido en una sociedad que trata a la realidad de modo racional; no puede tener carácter ejemplar; ese comportamiento, ni siquiera puede interpretarse como protesta contra la realidad en su configuración actual, ya que ésta, en cuanto realidad completamente impersonal, no constituye un destinatario idóneo al que pudiesen dirigirse protestas"; *El Principio de Culpabilidad*. En: Fundamentos del Derecho Penal, Buenos Aires, 1996, pp. 13 y ss.; por tanto que hechos que se encuentran muy alejados de ingresar al sistema penal, que no adquieren relevancia típica no pueden ser abarcados por el dolo y consiguientemente tratados como un error de tipo, ante hechos que generan consecuencias lesivas, pero por no estar abarcados por el conocimiento del

mente 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).

4. 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 fenomenológico⁹⁸¹.

La Imputación Objetiva traspasa la mera causación de resultados y no se agota en la mera vinculación de una acción natural y su resultado⁹⁸².

De forma consecucencial, 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 producido⁹⁸³.

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 causalidad.

Son tres los elementos definidores que son utilizados por la teoría de la imputación objetiva, para fundamentar su orientación 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.

autor no se les puede imputar objetivamente. En consecuencia, todo elemento subjetivo representativo en la mente del autor, necesita un fundamento racional que sólo puede otorgarle la tipicidad objetiva, por ende, son innegables los efectos de imputación dotados de racionalidad de la teoría de la imputación objetiva. •

981 Así, REYES ALVARADO; *Imputación Objetiva*. op. cit., ps. 72-73.

982 PEÑA CABRERA, R.; *Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Cfr.

983 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN; *Derecho Penal. Parte General*. ps. 215 y ss.

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).

5. 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.

Al respecto apunta JAKOBS "En suma, en un sistema penal, la teoría de la imputación objetiva busca determinar el injusto de la conducta, por consiguiente es procedente para todos los tipos de la parte especial"⁹⁸⁴, extendiendo su apli-

984 Cfr. JAKOBS; *Strafrecht, Allgemeiner Teil*: Rd. 7/4. JAKOBS estructura como criterio fundamentador de la Imputación Objetiva la asunción de roles. La Imputación Objetiva se funda cuando el riesgo del que debe responder el interviniente se define como condición decisiva, considerando no decisivas las restantes condiciones que se estiman como socialmente adecuadas. De este modo la imputación tiene como destinatario a la persona (rol) de quien el suceso pertenece, dado que se le imputan desviaciones respecto de las expectativas que le incumbían como portador de un rol, definiendo como rol a un sistema de posiciones precisadas normativamente. Por lo cual, los criterios de Imputación Objetiva sirven a la forma de regulación predominante en el Derecho penal, que son los delitos de resultado. Para JAKOBS la causalidad es sólo el mínimo de Imputación Objetiva del resultado, pero debe ser completado con la relevancia jurídica de la relación entre acción y resultado, lo que ya había afirmado el Neokantismo. Las instituciones dogmáticas que JAKOBS toma como datos para fundamentar la Imputación Objetiva, son: 1. Riesgo permitido. 2. Principio de Confianza (*Vertrauensschutz*). 3. Prohibición de Regreso, y 4. Autopuesta en peligro. Sostiene que el Riesgo Permitido está relacionado con la ponderación de intereses en el estado de necesidad, que sólo puede ser aceptado cuando sea avaluable la magnitud del riesgo, como también la utilidad y el perjuicio en una relación de costo y beneficio. La evaluación debe hacerse ex-ante, dado que la aceptación, no depende de la ausencia de resultado, sino de la forma de la acción, y la determinación debe ser por consiguiente objetivizada. En cuanto a los conocimientos especiales del agente, JAKOBS resuelve el problema vinculándolos al

cación, tanto a los delitos de resultado como a los de peligro, asimismo a los ilícitos culposos y dolosos.

rol. En este elemento distingue varias situaciones: 1. Responsabilidad por organización, cuando el ámbito de organización de la víctima está amenazado por terceros. La apelación al rol, significa intentar aplicar a las acciones las estructuras de las omisiones, lo que lleva a considerar omisión simple, acciones que causan el resultado dolosamente y donde el bien jurídico pasa a ser el rol y sólo secundariamente, la vida. Por lo tanto, no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder jurídico-penalmente (*Strafrecht Allgemeiner Teil, die objektive Zurechnungslehre*) 2. En otro supuesto, el rol se amplía cuando el autor es garante del dominio de un riesgo especial; y, 3. El caso, en el cual se activan los conocimientos especiales, es de la responsabilidad institucional, como son los roles de los padres, maridos, hijos, etc; ante tal estructuración sistemática que se deriva de la fuerte inspiración de la teoría sistémica sociológica de LÜHMANN; el profesor ZAFFARONI realiza una crítica relevante, tomando como cosmovisión la estructura de las ciencias sociales, argumentando que en sociología los roles se definen como los comportamientos esperados de una persona que adquiere un *status* particular, es decir, según la posición de esa persona en un grupo o de un grupo en relación con otros, que remiten a relaciones y privilegios de orden cultural y que se desarrollan a través de un complejo proceso de socialización. Al convertir estos roles en jurídicos -se juridizan normas culturales-, con lo cual se confunde roles con deberes jurídicos, desvirtuándose el concepto de rol. Por otra parte, la ciencia social enseña que los roles jamás son fijos, que una misma persona desempeña múltiples roles y que tiene muchos conflictos con ellos. El rol banal considerado en abstracto, al que apela JAKOBS para limitar la Imputación Objetiva no tiene la idoneidad para ello cuando en la situación concreta, el agente se ha valido del mismo para dominar la causalidad hacia el resultado y por lo tanto para asumir el rol de autor o coautor del delito. El error fundamental de esta teoría es que no llega a reconocer que en estos casos los roles banales no son más que disfraces que ocultan los roles reales del homicida o terrorista. Son en suma, teorías preventivistas, que basan su teorema en la función imperativa de la norma, reconociendo como criterio rector el disvalor de la acción. Para JAKOBS, el rol entendido como deber jurídico, tiende a convertir a todos los tipos en infracciones de deber o a considerar que la confianza de los demás en cuanto al cumplimiento del deber es el único bien jurídico, la función preventiva se limitará a reafirmar los roles mediante pena; *Derecho penal. Parte general*. Vol. I., pp. 450 y ss. mas, debe relevarse que el autor alemán, define determina las posiciones sociales en base a un modo de interacción en base a configuraciones sociales correctas, precisando en sus propias palabras, que si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etc., y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algún ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares; Citado por FERRANTE, p. 22 y ss. La imputación objetiva en *Derecho penal*, traducción de CANCIO MELIÀ, Madrid, 1996, ps. 95 y ss.; por lo tanto, el Derecho penal no es control social destinado al aseguramiento de bienes jurídicos sino orientado al reconocimiento contra fáctico de las legítimas expectativas normativas de los ciudadanos, de que éstos adecúen su conducta conforme al rol social asignado. Son estos roles referidos a las interacciones sociales configurantes que pasan a estructurar la base normativa imputativa, como escribe FERRANTE, las bases de la imputación objetiva en términos prescriptivos: el significado de los contenidos del tipo penal sólo pueden extraerse en su contexto social; cit., p. 24; la funcionalización del Derecho penal sólo puede lograrse cuando su sistematización se funde en datos reales y éstos sólo pueden derivarse de las configuraciones sociales provenientes de las interacciones sociales.

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»⁹⁸⁵.

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 HORMAZÁBAL 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 actividad⁹⁸⁶.

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 típica⁹⁸⁷.

Finalmente, como señala TORIO LÓPEZ, inclusive la teoría de la imputación objetiva opera en los delitos consumados como los tentados⁹⁸⁸.

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 imputa-

985 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*, cit., p. 64.

986 HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; *Imputación Objetiva y Principio de Lesividad*, cit., p. 420.

987 MIR PUIG, cita el ejemplo del empleado que se niega a cumplir un mandato legal, cit., ps. 230 y ss.; al respecto OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TÓCILDO son de la opinión de que la imputación objetiva tendría que negarse si posteriormente se comprueba que aquel no estaba objetivamente en condiciones de seguir la orden, incluso así él lo hubiera deseado. Citado por ABANTO VÁSQUEZ; *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, ROXIN, C. cit., p. 37.

988 TORIO LÓPEZ; *Naturaleza...*; cit., p. 35.

ción objetiva como teoría de la definición de la conducta típica⁹⁸⁹; 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 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 tentativas⁹⁹⁰. 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 tipicidad⁹⁹¹.

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

989 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; así también TORIO LÓPEZ; *Naturaleza y Ámbito de la Teoría de la Imputación Objetiva*. ADP.

990 REYES ALVARADO, Y.; *El Concepto de Imputación Objetiva*, cit., p. 33.

991 JAÉN VALLEJO, M.; *Libertad de Expresión y Delitos Contra el Honor*, cit., p. 227; MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 193; HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; *Imputación Objetiva y Principio de Lesividad*, cit., p. 419.

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 sólo es aplicable para excluir la tipicidad de comportamientos precisamente imprudentes y dolosos causantes de resultados típicos⁹⁹².

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 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*.

6. ELEMENTOS DEFINIDORES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

6.1. 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.

992 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *¿Qué es la Imputación Objetiva? Estudios Penales y Criminológicos* X. Universidad de Compostela, 1987, cit., p. 178.

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»⁹⁹³, 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.

993 En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ al apuntar que el modelo sociológico de la denominada "sociedad de riesgo", se encuentra conforme a una opinión extendida, en la base de lo que se ha denominado "hipertrofia del derecho penal" o "fenómeno expansivo del Derecho penal". En: "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Madrid, 1999. pp. 41 y ss, así, también PAREDES CASTAÑON, J.M.; *El Riesgo Permitido en Derecho Penal*, cit., p. 25; la extensión de determinadas actividades en el ámbito configurativo social, se ha expresado en la aparición de nuevas formas de criminalidad que han significado una inflación del Derecho penal, expresado en la formulación de nuevas convenciones penales. Una expansión del punitivismo que ha obedecido a un cambio de rumbo no sólo en las bases de la tradicional dogmática jurídico-penal (bienes jurídicos difusos, proliferación de delitos de peligro abstracto), sino también, nuevos modelos de política criminal, que *per se* son la expresión de una reorientación de las bases mismas de un Derecho penal clásico, orientado al esquema tradicional, hacia un Derecho penal controlador de riesgos y como instrumento protector de bienes, que no ostentan la contextura material de un bien jurídico.

Estarnos frente a una proliferación de nuevos riesgos, a veces, muy difíciles de contener, pues su permisión 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 nuevas⁹⁹⁴.

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 responsabilidad social ante la posibilidad del continuo aumento de riesgos para la Sociedad?⁹⁹⁵, 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 CASTAÑON, o al menos en todo lo que exigen utilizar medios tecnológicamente avanzados, se encuentran peligros (no sólo 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)

994 BECK, Ulrich: *La Sociedad del Riesgo - hacia una Nueva Modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M^a Rosa Borrás. Paidós, Barcelona, 1^o edición, 1988, cit., p. 19.

995 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política Criminal*, cit., p. 258.

puesta en peligro -y, en alguna medida una lesión- de intereses jurídico-penalmente tutelados (intimidad, honor...) ⁹⁹⁶.

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.

La nueva sociedad moderna es un constructo socio-económico, virtualmente definida por el intercambio de bienes, servicios y tecnología. La interacción de estas actividades se realiza a partir de una participación colectiva del hombre, cuya proximidad y estrechez, provoca la generación de focos de conflictividad social, que se traduce algunas veces, en la comisión de injustos penales. La industria, el tráfico varío, las actividades mineras y petroleras, son realizadas por individuos en condiciones no muy seguras, donde la producción de una lesión o la puesta en peligro de un bien de interés, es generado por una conducta socialmente defectuosa, generalmente de forma imprevisible o fortuita. De ahí que se diga con certeza, que mientras la sociedad liberal era caracterizada por los delitos dolosos, la sociedad moderna se caracteriza auto-referencialmente por los delitos culposos. Esto se debe en gran parte -como expone SCHÖNE- a los siempre renovados potenciales de peligros que acarrea consigo un mundo mecanizado e industrializado y sobre cuyo crecimiento el derecho penal no ejerce influencia alguna ⁹⁹⁷.

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 socio-culturales, a partir de una mayor propensión del Estado a la realización de los derechos fundamentales.

996 PAREDES CASTAÑON, 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, cit., p. 27.

997 SCHÖNE, Wolfgang; *Imprudencia, Tipo y Ley Penal*. Traducción por Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Publicaciones, Colombia, primera edición, 1996, cit., p. 26.

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 socio-económica de la sociedad propicia efectos cognitivos de especial particularidad en la población y en el legislador. Estos nuevos riesgos⁹⁹⁸ 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 quíerese 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 SANCINETTI no se trataba solamente de dejar fuera del tipo

998 En palabras de BECK, Ulrich, los "Riesgos" se interpretan aquí (en principio de forma similar a la idea predominante) como inseguridades determinables y calculables que la misma modernidad industrial produce como consecuencias secundarias, advertidas o no, subyacentes a determinadas ventajas y ante las que reacciona -o precisamente no reacciona- con regulaciones sociales; *Políticas Ecológicas en la Edad del Riesgo*. Traducción de Martin Steinmetz, primera edición, El Roure Barcelona, 1998, cit., p. 131.

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"⁹⁹⁹, 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.

El reto, en un principio, fue establecer los límites de permisión de peligro a los bienes jurídicos (STRATENWERTH)¹⁰⁰⁰. Es la propia sociedad que en base a la evolución de una variedad 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 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 injusto¹⁰⁰¹; 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

999 SANCINETTI, 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*, pp. 491 y ss.

1000 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, T. I (El hecho punible), Edersa, Madrid, 1982, cit., p. 121.

1001 ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., ps. 345 y ss.

relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado¹⁰⁰². Por lo tanto es un regulador de la tipicidad o, por mejor decir, de la imputación penal¹⁰⁰³.

De acuerdo con la posición, que ubica al «Riesgo permitido» o mejor dicho la Imputación Objetiva en el ámbito de la teoría general 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 HORMAZÁBAL MALARÉE. 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 jurídico¹⁰⁰⁴.

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 automóviles¹⁰⁰⁵.

La función del «Riesgo Permitido» en el ámbito de la teoría de la Imputación Objetiva es de sustraer del ámbito de la tipicidad, aquellos comportamien-

1002 CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la ...*, cit., p. 56

1003 ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, cit., p. 116.

1004 HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; *Imputación Objetiva y Principio de Lesividad*, cit., p. 417; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 199-201; así, también PAREDES CASTAÑÓN, J.M., quien a partir de su concepción personal del injusto y de la función de las normas penales y del contenido, naturaleza y alcance de los deberes jurídico-penales, lo llevan a ubicar el riesgo permitido en sede de antijuridicidad; *El Riesgo Permitido en Derecho Penal*, cit., p. 48.

1005 CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la ...*, cit., ps. 102-103; así, también, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General I.*, cit., p. 153; LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 382.

tos 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 norma¹⁰⁰⁶. 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 imputación¹⁰⁰⁷. 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 normal¹⁰⁰⁸.

Según el segundo criterio, se produce un resultado «lesivo» pero menos grave al que se hubiera podido producir, si es que el 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 imputable¹⁰⁰⁹, 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*.

1006 CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la... cit.*, ps. 56-57; así también, ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, cit., p. 109; LASCAN (h), C.J.; *El delito doloso de comisión*, cit., p. 272.

1007 ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, cit., p. 109.

1008 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, I. Cit., p. 154.

1009 RUDOLPHI, H.J.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., ps. 32-33.

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 aquélla conllevaba¹⁰¹⁰, utilizado por ROXIN, para la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a Derecho¹⁰¹¹, 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 permitida¹⁰¹².

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 segundo daño y supuestos de provocación de acciones de salvamento arriesgadas y de favorecimiento de autopuestas en peligro¹⁰¹³.

Sólo 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 él¹⁰¹⁴.

b. Determinación del Riesgo Permitido

La función principal de los Bienes Jurídicos es de propiciar la interacción social, el intercambio de bienes y servicios¹⁰¹⁵.

Como resulta inocuo, por no decirlo menos inútil, prohibir cualquier tipo de conducta que ponga en riesgo un bien jurídico tutelado, se fijan determinadas normas que regulan dicho comportamiento, con el fin de que se tomen medidas de seguridad; resulta por ello, que dichos riesgos se legitiman, son tolerados por la sociedad y, por ende, los posibles daños que puedan ocasionar a un bien jurídico, no pueden ser imputables objetivamente.

1010 ROLDÁN BARBERO, H.; *Adecuación Social y Teoría Jurídica del Delito*, cit., p. 110.

1011 ASÍ, CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de...*, cit., p. 57.

1012 RUDOLPHI, H.J.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., p. 43.

1013 CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, cit., ps. 57-58.

1014 RUDOLPHI, H.J.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., p. 41.

1015 Para FERRANTE en su conformación y justificación, el riesgo permitido responde directamente al postulado de que la sociedad no es un mecanismo de protección de bienes, sino que es un contexto de interacción. Dado que no es posible la interacción sin la constante puesta en peligro de bienes jurídicos, por tanto, ciertos riesgos han de ser irremediablemente tolerados; *Una Introducción a la Teoría de la Imputación Objetiva*, cit., ps. 25-26.

El contenido del Riesgo Permitido se obtiene a través de la interpretación de:

1. De las normas jurídicas.
2. Las normas técnicas y de la *lex artis*.
3. Los deberes de información y de advertencia del peligro.
4. Significado social del comportamiento y
5. Principio de Confianza.

Es en este nivel, donde los tipos penales necesitan concordarse con los ámbitos normativos reguladores de conductas peligrosas, como la *lex artis* con el fin de delimitar la materia prohibitiva.

6.2. 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 inter-sociales desvaloradas, aquellas en las cuales participan varias personas, cuya configuración típica dependerá de cómo los demás desarrollen sus propios ámbitos organizativos¹⁰¹⁶.

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.

1016 Para un sector de la doctrina el principio de confianza más que un criterio de imputación objetiva es un tópico o punto de vista genérico susceptible, junto con otros, de ser aplicado para comprobar el nivel de diligencia debida en el caso concreto. Se piensa que su instrumentalización para establecer límites de la imprudencia obliga al intérprete a una utilización cuidadosa de los mismos. (CASTAÑÓN PAREDES, LUZÓN PEÑA); de forma coincidente a la esbozada es FERRANTE al apuntar que cuando el riesgo es administrado por varios intervinientes que acoplan o anudan sus aportes, las reglas del riesgo permitido deben ser completadas con otras. El primer grupo de ellas se desarrolla de la mano del instituto denominado principio de confianza. Con éstas se trata de determinar cuándo existe el deber de examinar la corrección de las conductas que se acoplan a las propias, o bien cuándo se puede confiar lícitamente en que ellas han sido llevadas a cabo adecuadamente, o que así se harán cuando acabe la propia; cit., p. 26.

FEIJOO SÁNCHEZ parte de la visión, de considerar que los ciudadanos como sujetos autorresponsables y racionales con una motivación respetuosa del Derecho, tiene especial relevancia con respecto a aquellas instituciones de la Teoría del Delito que se ocupan 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 otro¹⁰¹⁷.

Un Estado Social de Derecho, supone que sus ciudadanos reconocen y han hecho suyas las normas sociales y jurídicas necesarias para la convivencia inter-social; 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 concreto¹⁰¹⁸. 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.

Ahora bien, debe precisarse que en realidad el «principio de confianza» comporta un sub-principio 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 conduc-*

1017 FEIJOO SÁNCHEZ, B.; *Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Grijley, 2002, pp. 279 y ss.; sin duda, cada ciudadano ejerce en determinadas circunstancias, determinados roles sociales (no son estáticos); sobre las mismas se desarrollan ámbitos de organización internos, por ello, ante un desarrollo deficitario de los mismos sólo debe responder aquel titular de dicho ámbito de configuración; es así, que no resulta correcto imputar determinados hechos disvaliosos, por competencias organizativas defectuosas de terceros, sólo se es responsable controlar los peligros de fuentes propias y no ajenas, su límite constrictor, lo constituye el «Deber de Garante».

1018 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*; cit., pp. 72-73.

ción 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 sólo 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 consumidor¹⁰¹⁹; pues éste no debe exceder de la dosis prescrita por el facultativo.

Cada individuo deberá comportarse conforme al rol que asume en una determinada relación social; la conformación de determinadas actividades sociales, depende de la actuación simultánea de varias personas, cada una de ellas deberá realizar su prestación de forma correcta, pues, una prestación deficitaria sólo podrá atribuirse a ellas y no al resto de participantes. Esto es así precisamente escribe FERRANTE, porque el derecho, ya de por sí, manifiesta que el otro

1019 FEIJOO SÁNCHEZ, B.; *Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, op. cit.; ROXIN al respecto señala que "mientras que las normas jurídicas y las normas de tráfico más o menos proveen importantes indicios para la presencia de una creación prohibida de peligros, el principio de confianza, reconocido sobre todo en el Derecho penal del tráfico de vehículos, constituye un principio para la negación de un aumento prohibido del peligro"; *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*; Traductor y editor: Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Perú, 1997, p. 171; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 156.

debe hacer honor a la confianza normativa que en él deposita, sin que quepan contra argumentos probabilísticos, pues las normas jurídicas se formulan de modo contrafáctico y su vigencia se desenvuelve en el plano del deber ser¹⁰²⁰, pues a los ciudadanos se les insta a conducirse conductivamente, conforme a lo prescrito en el directivo de conducta (norma) y esto es lo que fundamenta el carácter de ciencia social del Derecho penal.

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».

Si conducimos un vehículo de acuerdo a la prescripción reglamentaria y observamos a una distancia significativa, que un niño pretende cruzar la calle de forma intempestiva para recoger su pelota -aún estando el semáforo en verde-, o ante una anciana -que camina lentamente- fácilmente le alcanzará la luz verde, en estos casos y otros, no podrá de ninguna forma, aceptarse la exclusión de la imputación objetiva en base al principio de confianza, pues mientras el autor tenía capacidad de dominabilidad de su conducción, pre-existe el deber de tutela de bienes jurídicos de sus congéneres.

6.3. 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 garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada¹⁰²¹; 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

1020 Ibidem.

1021 REYES ALVARADO, Y.; *Concepto de Imputación Objetiva*, cit., p. 19.

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 permitida¹⁰²².

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 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 éste 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 si 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

1022 Citado por CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, cit., ps. 14-15.

hecho doloso ajeno, y si este hecho doloso se ha concretado en la producción del resultado¹⁰²³ (a título culposo).

En caso de conocimiento positivo habría que seguir diferenciando si el aporte al hecho tiene un "significado delictivo" (*"deliktischer Sinnbezug"*), es decir, si tiene un valor para el hecho principal y el partícipe lo sabe, entonces por lo general entraría en consideración la complicidad punible¹⁰²⁴. Pues de no ser así, como escribe ROXIN, tales negocios cotidianos quedarían impunes sin más, lo cual no alcanzó a comprender porque mediante su inclusión consciente en contextos delictivos, pierden su carácter cotidiano¹⁰²⁵. Afirmar lo contrario, implicaría vaciar de contenido los deberes que se desprenden de las normas penales, en cuanto a la misión de proteger bienes jurídicos penales.

JAKOBS, aplicando la prohibición de regreso, excluye la imputación objetiva del resultado, en el caso del taxista que traslada a un sujeto a una sucursal bancaria en la que éste comete el delito contra la propiedad, sin hacer nada más que un servicio de transporte normal, en particular sin haberse concertado con el autor, conociendo su propósito. Este ejemplo ha dado lugar a una resolución judicial que excluye de responsabilidad criminal al encausado, cuya descripción fáctica es parecida a la antes anotada, en la cual se señala resumidamente (RN N° 4166-99-LIMA), que el encausado se encontraba en su labor habitual de taxista, siendo interceptado por un individuo que lo condujo hasta el inmueble en mención; al llegar al lugar recibió la indicación de hacer ingresar el vehículo hasta la cochera del mismo, lugar donde esperaban otros sujetos, (...), quienes introdujeron diversas especies al vehículo, luego de lo cual, le indicaron que iniciara la marcha, siendo luego interceptados por la policía, donde se desprende que el encausado conocía de las intenciones delictivas de los otros sujetos; por lo que al haber desempeñado su rol de "taxista", lo cual se califica de "inocuo", ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado, así como otros fundamentos. En síntesis: *nadie responde de las consecuencias que derivan del cumplimiento puntual de obligaciones contractuales*, como expresa PARMA, haciendo un análisis sobre la declaración de "inocua" de la conducta del taxista por parte de JAKOBS¹⁰²⁶.

1023 RUDOLPHI, H.J.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., p. 52.

1024 AMBOS, Kai; *La Complicidad a través de Acciones Cotidianas o Externamente Neutrales*. En: Libro Homenaje al profesor Raúl PEÑA CABRERA. Coordinadores: Alonso PEÑA CABRERA F, Efraín Montes Flores y Miguel Ángel Sánchez Mercado. ARA Editores, Tomo II, Lima-Perú, 2006, cit., p. 379.

1025 ROXIN, Claus; *Las Formas de Participación en el Delito: El estado actual de la discusión*. En: Problemas actuales de Dogmática Penal. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. ARA Editores, Lima, 2004, cit., p. 219.

1026 PARMA, Carlos; *La Prohibición de Regreso*. Günther Jakobs, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, cit., p. 39.

Ahora bien, debe partirse de la premisa que el primer rol que tiene un individuo es como «ciudadano», con arreglo a la solidaridad e integración que debe existir en un cuerpo social jurídicamente organizado, donde los individuos deben evitar que se produzcan lesiones a bienes jurídicos, siempre y cuando no pongan en riesgo su vida y su salud, o se trate de conducciones autorresponsables a propio riesgo.

Desde el momento en que el taxista interviene de forma fáctica en la ejecución del delito, ingresa positivamente a la relación de imputación objetiva, participando activamente con dolo eventual a la realización de un delito de robo; decir que no era su rol evitar el resultado, eso está claro, pues no tiene por qué poner en riesgo su vida. Empero, cuestión distinta es prescindir de la valoración, de que él contribuye de forma activa en un evento que le es conocido y que escapa su rol, pues no es un rol del taxista conducir a sujetos que pretenden robar una casa o un banco. Si aceptamos el criterio adoptado en la ejecutoria, tendríamos también que negar cualquier tipo de responsabilidad penal, del taxista que sigue su marcha, más aun sigue las indicaciones al pie de la letra, del pasajero que subió a su carro con una niña, y recién en su interior decide ultrajarla sexualmente, entonces diríamos que no es un rol del taxista intervenir en violaciones que se producen en el interior de su automóvil, lo que es a todas luces inaceptable e intolerable. En ambos casos se advierte una contribución que sobrepasa el riesgo permitido, a título de complicidad (primaria o secundaria).

El aporte al hecho, como escribe Kai AMBOS, adquiere un fin determinado o, en otras palabras, el carácter de “delictivo” o “legal” mediante el dolo del colaborador. Su conocimiento efectivo de la intención delictiva del autor lo convierte a él en “co-conocedor” del hecho principal, y a su acción cotidiana, en delictiva¹⁰²⁷.

Es de verse, entonces, que una acción será cotidiana siempre y cuando se realice en un determinado contexto y, dependiendo del conocimiento que tenga el colaborador de las circunstancias concretas de la acción, partiendo también de un rol de ciudadano. Sólo podría excluirse la responsabilidad penal en el ámbito de la inexigibilidad, en cuanto a un miedo insuperable que no permite una motivación normativa normal por parte del sujeto, en razón a las características excepcionales del evento, por lo tanto, la sustracción del ámbito de punición sólo puede proceder en razón al juicio de imputación individual.

La «Prohibición de Regreso» versa sobre la colaboración dolosa o culpable de un tercero en la configuración de un tipo penal; por lo tanto, la prohibición de regreso es un criterio limitador de imputación de un resultado a ciertos comportamientos que pueden haber resultado causales, pero que están fuera de interés del Derecho penal. Por este principio, se excluye la imputación en

1027 AMBOS, Kai; *La complicidad a través de acciones cotidianas...*, cit., p. 382.

aquellos casos en los que la causa ha sido puesta por alguien que no tiene porqué responder por el resultado que produce directamente un tercero o que es imputable a la propia víctima.

En palabras de FRISCH "la imputación sólo alcanza a quien es garante de la evitación del resultado"¹⁰²⁸, v.gr., el vendedor legal de armas que vende un arma a otro y éste luego mata a un tercero con el revólver que le compró a dicho vendedor.

La producción de dicho resultado, está pues, fuera de su ámbito de competencia, por organización, no es Garante. No existe prohibición de regreso para quien crea la situación peligrosa y detenta una posición de garante por deberes preexistentes, que producen una defraudación de expectativas, por el deber incumplido, siempre y cuando éste le era exigible; o en el caso de quien arrienda una casa en condiciones de riesgo, pues a éste le era exigible entregar el inmueble con toda la seguridad del caso, a menos que el arrendador lo haya manifestado previamente al arrendatario de que él no se responsabilizaba por cualquier deterioro (el elemento consensual prima en materia de contratación), por lo tanto, ya no habría posibilidad de regreso. Asimismo, el padre que le entrega un arma de fuego cargada a su menor hijo, éste posteriormente sale a jugar con el arma y hiere de bala a su amigo. Pues, quien adquiere el derecho de portar armas por parte del Estado, adquiere un deber especial de garantía; estos no pueden dejar estas armas de fuego en manos de otras personas que carecen de esta autorización especial. No obstante lo anotado, se excluye la Prohibición de Regreso, cuando alguien es autor porque ha creado un riesgo desaprobado o ha ejecutado un tipo¹⁰²⁹.

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 objetiva¹⁰³⁰.

1028 FRISCH, Wolfgang; *Selbstgefährdung* (ni *Strafrecht* - Autopuesta en peligro en el Derecho penal (erste Teil). En: *neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 1, 1992, München und Frankfurt. 1992, p. 63 y ss.

1029 JAKOBS, excluye la imputación por culpa, aunque el curso causal sea previsible, asimismo, no opera la imputación cuando el agente no ostentaba una posición de Garante en relación a la víctima. Por otro lado, no acepta la tesis de ROXIN de excluir la imputación en los supuestos de conductas alternativas conforme a Derecho o de cursos causales hipotéticos (*Kausalverläufe*), pues en estos casos, aunque el resultado no sea la realización del riesgo creado, sólo puede explicarse con motivo de ese aumento de riesgo. JAKOBS reemplaza la relación de riesgo en el resultado mediante el concepto de riesgo que aclara el resultado, entonces, el riesgo introducido es valorado desde una perspectiva *ex ante*: En: ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal*. Parte General. 2000. cit.

1030 FERRANTE, M.; cit, p. 28.

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.

6.4. La Participación en una Autopuesta en Peligro

a. 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 éstas, 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.

Conforme lo anotado, aparecen 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, sólo 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 auto-organizarse personalmente; aparece así, el principio de «auto-puesta 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 sólo 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 co-

relato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella¹⁰³¹.

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 víctima¹⁰³².

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 ésta pierda posteriormente el control por causas imputables sólo a ella misma y no al tercero¹⁰³³. *Contrario sensu*, si el riesgo no es producto de una decisión consciente y voluntaria de la víctima, sino sólo 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 víctima¹⁰³⁴; 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 imputables¹⁰³⁵. 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 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

1031 CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, cit., p. 122; así también, REYES ALVARADO, Y.; *Concepto de Imputación Objetiva*, cit., p. 22.

1032 ABANTO VÁSQUEZ, M.; *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal* (ROXIN); ob. cit., ps. 28 y ss.

1033 FEIJOO SÁNCHEZ, B.; *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. cit.

1034 FERRANTE, M; cit, p. 30.

1035 RUDOLPHI, H.J.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., p. 57.

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 afectado¹⁰³⁶.

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.

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

1036 RUDOLPHI, J.H.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., p. 59.

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.

No existirá el delito de homicidio, mientras que el fallecido tenga el poder de decisión, que se expresa en el dominio de la actividad típica, siempre y cuando el tercero no intervenga de forma determinante, que termine dominando el suceso típicos¹⁰³⁷.

Para solucionar estos casos se recurre al fin de protección de la norma (ROXIN)¹⁰³⁸, a la delimitación del ámbito de responsabilidad y el principio de auto-

1037 Piénsese en las relaciones sexuales donde la posibilidad de contagio de enfermedades tan letales como el SIDA (VIH), enfermedad susceptible de contagio que fácilmente puede producir la muerte de los participantes. La libertad sexual es la capacidad que tienen los ciudadanos de autodeterminarse sexualmente, de adoptar una determinada postura sexual, pero, ésta colisiona con el bien jurídico: vida, que a efectos de nuestro ordenamiento jurídico no es un bien disponible. El consentimiento en los delitos de homicidio no es considerado como una causa de justificación (CEREZO MIR), a lo más opera en el homicidio a ruego con efectos de atenuación de pena. Sin embargo, existen casos del SIDA, como dice FEJOO SÁNCHEZ donde la probabilidad de lesión es mínima (cero positivos pueden llevar intrínsecamente la enfermedad, pero ésta no produce mella en su estructura inmunológica), definir una conducta como cooperación al suicidio cuando se está haciendo referencia a una peligrosidad abstracta o a una probabilidad de que la actividad acabe en muerte inferior al 2% continua diciendo el autor; cit. ps. 479-481, no puede pues sin más imputarse ese riesgo al tercero, cuando la realización de la actividad riesgosa es producto de una decisión libre y consciente de la víctima. La indisponibilidad de la vida pues no es absoluta, debe ir premunida en su interpretación valorativa de ciertas circunstancias de configuración social, donde la actividad riesgosa viene precedida por un contexto especial, tal como sucede en la realización de deportes peligrosos, que muy a menudo produce la muerte de sus participantes: fórmula uno, puede producirse un impacto de los vehículos producto de una maniobra temeraria de uno de ellos, no obstante, el resultado no le será imputado objetivamente, pues, el fallecido se colocó voluntariamente en una situación altamente peligrosa, donde fácilmente se puede prever la causación de resultados letales. Asimismo PEÑA CABRERA R. *Derecho penal, estudio programático de la parte general*; cit; en el supuesto de los delitos contra la Libertad Sexual, en cuanto a la agravante, de que el autor tuviera conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual, el consentimiento de la víctima, al saber las circunstancias concretas de la acción, que revelaban un peligro concreto para ella, si luego se produce su muerte, a lo más se podrá disminuir la pena del autor, pero no importará su exoneración de pena, pues nuestro ordenamiento jurídico-constitucional no reconoce a la vida como un bien jurídico plenamente disponible para su titular; al mantenerse la incriminación de la ayuda e instigación al suicidio, así como el homicidio bajo ruego; PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 654-655.

1038 ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General*. op.cit. T. I, p. 314.

responsabilidad, a la competencia de la víctima y a la infracción de sus deberes de autoprotección.

b. 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 jurídico¹⁰³⁹, 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 peligro¹⁰⁴⁰. 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 éste actuó observando la diligencia debida y que el resultado es la concretización del peligro generado por la propia víctima¹⁰⁴¹.

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 autorresponsabilidad. En un asesinato por medio de una sustancia venenosa, la propia víctima toma

1039 CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, cit., p. 123.

1040 RUDOLPHI, J.H.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., ps. 62-63.

1041 Estadísticas policiales arrojan que más del 50% de accidentes en las pistas de Lima se producen por la imprudencia de peatones que no respetan las señales de tránsito. Muchos de ellos ignoran los puentes peatonales colocados en la Vía Expresa o corredores viales afines. Entre octubre del 2002 y mayo del 2003, cerca de 200 peatones fueron multados con papeletas por cruzar la pista ebrios o drogados, atravesar la vía por algún lugar prohibido o subir o bajar de autos en puntos no autorizados. La Vía Expresa es una de las zonas donde más se registra esta situación. Fuente: Perú 21 del 26 de junio del 2003, cit., p. 15.

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 éste 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 responsabilidad 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 libertad¹⁰⁴².

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.

Puede excluirse también la imputación en los casos en que determinadas personas, en razón del deber funcional -que ostentan-, se le es exigible controlar determinadas fuentes de peligro, dentro de su competencia, por más que los demás hayan intervenido anteriormente mediante la creación de un riesgo jurídicamente relevante; se libera al primer causante de la producción del evento

1042 Así, RUDOLPHI, H.J.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., ps. 64-65; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 156; CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, cit., ps. 129-130.

lesivo en virtud de que el posterior interviniente tenía un deber de garante; v.gr., un siniestro causado negligentemente por un vecino pone en peligro a todos los moradores del edificio, posteriormente llegan los bomberos y en una actitud inusitada se retiran del lugar, produciéndose la muerte de varias personas¹⁰⁴³.

6.5. 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 concretice 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 "Sólo 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 riesgo¹⁰⁴⁴.

Dicho así: la imputación objetiva del resultado lesivo producido presupone necesariamente que sea la concreción del riesgo jurídicamente 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.

1043 Una situación similar ocurrió en la "Marcha de los 4 Suyos" en julio del año 2000. Cantidad de agentes vandálicos en una decisión criminal concertada, produjeron actos de violencia en una serie de instituciones situadas en la periferia del centro de Lima. De forma sorprendente, estos autores pudieron perpetrar sus actos ilícitos con suma facilidad, pues sospechosamente estas instituciones tutelares se encontraban desguarnecidas de control policial. Pareciese que hubo todo un plan sistemático para dejar desprotegidas estas zonas del centro de Lima, con el propósito de atribuir responsabilidad criminal de los sucesos de violencia a los organizadores de la marcha. Fueron cuantiosas las pérdidas materiales, así como varias las personas fallecidas en el local de lo que fuera el Banco de la Nación. Todos estos actos criminales pudieron ser neutralizados si es que los agentes del orden hubiesen realizado sus funciones de acuerdo a la Constitución y las leyes, ellos como garantes de la seguridad pública al no realizar una acción de salvamento incurrieron en un delito de comisión por omisión, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de los ejecutores materiales.

1044 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, cit., ps. 154-155.

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:

a. El Fin de Protección de la Norma de Cuidado¹⁰⁴⁵

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 acontecimientos¹⁰⁴⁶.

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 cuidado¹⁰⁴⁷.

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 responsables, 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 106º 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, sólo es imputable objetivamente aquella conducta

1045 Este criterio fue propuesto por GIMBERNAT ORDEIG en la literatura jurídico-penal española, para solucionar la problemática de las "conductas alternativas adecuadas a Derecho". Este autor extendió este criterio más allá de esta problemática y se convierte para este autor en el criterio esencial de imputación de resultados tanto en el delito imprudente como en el delito doloso. Citado por FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo: Cit., p. 67.

1046 ROXIN, C.; *La imputación Objetiva en el Derecho Penal*. ps. 131-132.

1047 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, cit., ps. 141 y ss; Así también, REYES ALVARADO, Y.; *El Concepto de Imputación Objetiva*, cit., ps. 17-18.

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, ésta no puede ser fuente de imputación.

Conforme lo anotado, 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 prohibirla¹⁰⁴⁸.

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 producido¹⁰⁴⁹.

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

1048 RUDOLPHI, J. H.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., ps. 40-41.

1049 Para otros autores, bastará aquí una correcta utilización del concepto de dolo. De este modo, cuando se dé una desviación esencial del curso causal representado por el autor, tendría que excluirse el dolo. Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, cit ps. 26-27 (la Imputación Objetiva en el Derecho Penal); De distinta posición es MIR PUIG que considera necesario utilizar este criterio, debido a la existencia de casos en los cuales el autor había contado con la producción del resultado, incluso accidentalmente. El ámbito de protección de la norma abarca la producción del resultado accidental, por lo que se podría afirmar la imputación objetiva; op. cit. p. 249; el comentario se refiere al caso del ejemplo de la madre que muere al tomar conocimiento de que su hijo fue asesinado. No obstante, lo acotado, consideramos que a pesar de querer el autor la producción del resultado lesivo, la imputación objetiva decae fuertemente, cada elemento subjetivo (dolo) que carece de su correspondiente elemento objetivo, deja de ser un elemento de imputación, por ende, el resultado no puede ser imputado a la acción peligrosa generada por la conducta del autor. Como bien dice LARRAURI es imprescindible recurrir a los elementos subjetivos para poder afirmar la imputación objetiva.

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 organismo¹⁰⁵⁰.

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 voluntad¹⁰⁵¹.

JESCHECK/WEIGEND, anotan que el criterio del "fin de protección de la norma" parte del principio que la norma sólo desvalora ciertos riesgos, por lo que un resultado sólo es típico si supone una realización de un riesgo típico, pero no de un "riesgo permitido acompañante"¹⁰⁵². Pues, existen determinadas actividades que su realización lleva implícito un riesgo permitido, pero, en su desarrollo puede llevar a la generación de otro riesgo, por ende, es un riesgo general permitido que puede ser finalmente el causante del resultado lesivo producido y no aquel que sobrepasa el permitido. Ejemplo: el corredor de autos que en plena competencia advierte que sus frenos se encuentran inoperantes, se produce un impacto violento con otro corredor y se produce la muerte de este último. La concreción del resultado "muerte" no es producto de la avería de los frenos, sino la misma circunstancia peligrosa que viene informada por una conducción a

1050 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 107.

1051 Con respecto a la segunda hipótesis sí cabría la posibilidad de imputar el menoscabo producido en la salud del menor por el delito de lesiones. La sentencia del Tribunal Supremo Español, afirma que en el delito de lesiones, "...lo decisivo ya no es la forma de acción, sino su causalidad respecto del resultado de menoscabo de la integridad corporal o de la salud mental" y en un caso análogo al referido en el texto, la Sentencia del 9 de junio de 1998, el Tribunal Supremo concluye que "someter a un niño de once años a presenciar el asesinato de su hermana, luego de haberle dado explicaciones crípticas, que no pueden sino haberle aterrorizado, reúne todos los elementos conceptuales de una lesión corporal". En: JAÉN VALLEJO, M. *Derecho Penal Aplicado*. Biblioteca Penal de Autores Extranjeros. Jurista Editores, 2002, ps. 85 y ss.

1052 Citado por FEIJOO SÁNCHEZ; *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, pp. 69 y ss.

excesiva velocidad, situación que es normal (riesgo permitido) en esta clase de eventos automovilísticos. Puede darse también el ejemplo del conductor de un automóvil que sale de la calzada como consecuencia del mal estado de la pista y, en ese ínterin intempestivamente cruza por un lugar no autorizado un peatón que es atropellado por el causante del primer factor.

b. La Elevación del Riesgo

La responsabilidad por el resultado está dada por la responsabilidad del peligro en el cual aquél se basa, apunta STRATENWERTH. Por ello, el resultado típico es imputado, como principio, a aquel que ha creado o incrementado el riesgo no permitido¹⁰⁵³.

Su tarea es, por tanto, limitar en una medida necesaria y adecuada, el número de resultados que son nocivos para alcanzar metas socialmente útiles, combatiendo las formas de conducta que se caracterizan por sobrepasar el grado de peligrosidad por encima de la medida permitida¹⁰⁵⁴.

En vista de que la función esencial de las normas es la prevención de lesiones a bienes jurídicos, ya el hecho de sobrepasar la medida permitida importa la creación de un riesgo no permitido de lesión. Como este planteamiento supone la imputación de un resultado cada vez que alguien despliegue una conducta con la cual eleve el riesgo por encima del límite permitido, esta tesis fue conocida con el nombre de "teoría de la elevación del riesgo" o "teoría del incremento del riesgo"¹⁰⁵⁵.

Partiendo de la premisa correcta de que pese a todo hay relación causal, se propone comparar el grado de peligro que suponía la acción incorrecta con el riesgo permitido que hubiera supuesto la hipotética acción correcta; si hay un incremento del riesgo (permitido), habrá imputación objetiva, pero no la habrá si no hay aumento respecto del riesgo permitido, porque se dice que ello violaría el principio de igualdad, que exige tratar igual lo igual¹⁰⁵⁶.

La fórmula hipotética más extendida en la imputación del resultado incorpora a ésta no cualquiera otras hipótesis, sino sólo la hipótesis de qué hubiera sucedido si el autor se hubiera comportado correctamente ("*comportamiento alternativo ajustado a Derecho*")¹⁰⁵⁷.

1053 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 156.

1054 RUDOLPHI, J. H.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., p. 44.

1055 REYES ALVARADO, Y.; *Concepto de Imputación Objetiva*, cit., p. 15.

1056 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 385.

1057 CANCIO MELIA, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de la...*, cit., p. 135.

Son las denominadas «conductas alternativas, conforme a derecho»; en estas hipótesis el autor ha infringido un deber de cuidado, sin embargo, se demuestra que con seguridad o probablemente, el mismo resultado se hubiera producido, aunque hubiese actuado observando el cuidado necesario en el tráfico (ROXIN).

Para ROXIN, con su teoría de la "Elevación del Riesgo", lo determinante es precisar si la conducta contraria ha elevado el riesgo de producción del resultado¹⁰⁵⁸; y, tratándose de los delitos omisivos, bastará con que el autor disminuya la posibilidad de salvación para el bien jurídico (STRATENWERTH)¹⁰⁵⁹.

Decisivo para la imputación objetiva de un resultado causado por la lesión de una prohibición de incrementar el peligro es, por tanto, sólo si la lesión resultante de una consideración *ex ante* ha conducido a una peligrosidad no conforme a derecho, porque ha sobrepasado la medida permitida de peligrosidad concreta del bien jurídico protegido, y si ese incremento de peligrosidad se ha realizado en la producción concreta del resultado¹⁰⁶⁰.

Sólo puede ser atribuible un resultado cuando la acción indebida, comparada con el riesgo permitido, ha elevado las probabilidades de producción de ese resultado.

Cuando la víctima ha creado unilateralmente un riesgo, no le es imputable al autor del primer suceso, que creó un riesgo jurídicamente desaprobado (el peligro no se realiza en el resultado cuando otro suceso acelera la producción del mismo). Esta imputación se debe negar -escribe RUDOLPHI- solamente cuando el resultado se hubiera dado con seguridad en caso de una conducta conforme a derecho¹⁰⁶¹.

El «incremento del riesgo» puede producir un resultado lesivo, dependiendo, de si el autor se coloca conscientemente en una situación de peligro o es determinado a hacerlo por un tercero (autopuesta en peligro o participación voluntaria en actividades peligrosas); en el caso de delitos dolosos, puede subsistir la imputación a título de tentativa.

El criterio de la Teoría de la Elevación del Riesgo dicen sus mentores, adecuada, dado a que mientras exista la posibilidad de que el resultado no se produzca, toda contribución al riesgo existente perjudica la situación del objeto de la acción.

1058 ROXIN, C.; STRAFRECHT, T.I,

1059 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal*, cit., ps. 83-84.

1060 Cfr., RUDOLPHI, J. H.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., p. 44.

1061 RUDOLPHI, J. H.; *Causalidad e imputación Objetiva*, cit., ps. 44-45.

7. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA ELEVACIÓN DEL RIESGO¹⁰⁶² (CONDUCTAS ALTERNATIVAS ADECUADAS A DERECHO)

La discusión en la doctrina ha cosificado su intento por demostrar sin convicción suficiente, que una supuesta conducta conforme a derecho hubiese también producido el resultado lesivo, utilizando para ello las variables de «probabilidad», «seguridad» o «posibilidad».

Constituye en realidad, elementos de prognosis, que se encuentran fuera del radio de acción del tipo objetivo, pues no fundamentan una verdadera relación de riesgo entre la conducta del autor que genera un riesgo jurídicamente desaprobado y la concreción en la puesta en peligro o en resultado, sino afirmando como lo hace MEZGER comentando el caso del ciclista con el camionero, resuelto por la Jurisprudencia alemana (BGHSt 11), que el resultado se hubiera causado igual mediante una conducta correcta, no existe una relación causal entre acción y resultado relevante para el tipo de homicidio¹⁰⁶³.

El Tribunal Federal Supremo (BGH) y también la doctrina dominante -apunta RUDOLPHI- llegan en estos casos a la no punibilidad (*Straflosigkeit*), argumentando que al autor sólo se le podría imputar el resultado causado por él, cuando el resultado no se hubiera producido con seguridad en caso de una conducta conforme a deber¹⁰⁶⁴.

El fundamento de esta teoría se basa en la afirmación de que la finalidad de protección de la norma de cuidado existe para reducir el peligro de lesión del bien jurídico, cuando la conducta ha sobrepasado la medida del Riesgo Permitido. En tanto, que la conducta que infringe el cuidado no produce, en el caso concreto, ningún riesgo mayor que el que produciría la conducta adecuada¹⁰⁶⁵, pues en base al Principio de Igualdad, se afirma la impunidad del comportamiento, contrario *sensu*, en caso de que la conducta que lesiona el deber objetivo de cuidado en comparación con la conducta alternativa adecuada aumenta el riesgo, esta elevación del riesgo no es compatible con la finalidad de la nor-

1062 El origen de esta teoría se remonta a VON KRIES, autor que tocó el tema del incremento o no de la posibilidad de realización del resultado, según fuera el peligro inherente al concreto comportamiento.

1063 El caso que fue materia de resolución judicial por el BGHSt, es el siguiente: El conductor de un camión desarrolla una maniobra para adelantarse sin guardar la distancia reglamentaria; un ciclista en estado de ebriedad precisamente en ese instante rueda bajo las llantas posteriores del carro, debido a una reacción ocasionada por el alcohol ingerido. Pues, bien se señala que en la hipótesis de que el conductor hubiere cumplido con las reglas de tránsito, probablemente la consecuencia sería la misma, atendiendo a la situación del ciclista; En: R.P.C. Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General, cit.

1064 RUDOLPHI, J. H.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., p. 42.

1065 CORCOY BIDASOLO, M.; *El Injusto Imprudente; Criterios de Imputación*, PP. Barcelona, ps. 451 y ss.

ma¹⁰⁶⁶. En consecuencia, el resultado producido tiene que ser imputado cuando probablemente con la conducta alternativa se produciría un menor riesgo¹⁰⁶⁷.

Se critica a esta tesis que sólo tiene en cuenta el momento *ex ante* de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, sólo se fundamenta el disvalor de la acción pero no en concreto la imputación del resultado. Para JAKOBS esta teoría suscita un problema procesal, que en caso de duda sobre la Relación del Riesgo, habrá que resolverla mediante el Principio *Indubio Pro Reo*¹⁰⁶⁸; la mera sospecha generaría duda ante una relación causal fundada en una prognosis de seguridad. Así, las cosas, lo que sucede es que no hay prueba que fuera efectivamente la conducta típica la que produjo el daño: la doctrina del incremento del riesgo infringe el principio *in dubio pro reo* y convierte un delito de resultado en una infracción de peligro¹⁰⁶⁹, en la medida, que para la imputación objetiva

1066 CORCOY BIDASOLO, M; op. cit.; ROXIN considera que existen tres circunstancias que le dan unidad a los casos propuestos en la jurisprudencia alemana: a) El acusado no se ha comportado de forma correcta, b) Existe una indudable relación de causalidad entre la acción y el resultado y c) El resultado también se podría haber producido o se habría producido si el autor se hubiera comportado de forma correcta. En: FEIJOO SÁNCHEZ; cit., pp. 31 y ss.: son todos estos casos, realización de actividades que son reguladas por normatividades administrativas, por lo que su constante lesión, desemboca en la producción de un delito culposo, es pues, en este ámbito donde con mayor énfasis se ha desarrollado esta teoría. En Alemania superando la vetusta teoría de los cursos causales hipotéticos, surge la "teoría de la evitabilidad", propuesta por WELZEL, en base a esta teoría la lesión no se puede imputar cuando la lesión es inevitable.

1067 Tal como lo afirma ROXIN, sólo habría imputación cuando la conducta haya producido un aumento del peligro para el objeto de la acción: basta pues, que el agente haya tenido oportunidad de evitar el resultado y no lo haya hecho. STRAFRECHT, cit.; entonces, la imputación se basa en el poder de evitabilidad que tenía el autor en relación al resultado lesivo producido.

1068 Cfr. JAKOBS; *La Imputación Objetiva*; cit. pp. 97 y ss.; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 158; esta teoría encuentra su basamento en la relación causal, mediante la cual se excluye la imputación si se prueba con probabilidad rayana en la seguridad que el comportamiento alternativo habría causado también el resultado. Como señala EXNER en la doctrina alemana, así como gran parte de la doctrina hispana, consideran que con esta teoría se da una inversión de la carga de la prueba que infringe el principio *indubio pro reo* y, por tanto, llegan a la conclusión contraria para evitar una presunción de culpabilidad no existente en el ordenamiento: no se puede imputar el resultado mientras no se pruebe con probabilidad rayana en la seguridad que el riesgo permitido habría evitado el resultado, citado por FEIJOO SÁNCHEZ; cit. p. 34; El principio *indubio pro reo* es una garantía constitucional, la cual constituye una regla interpretativa en virtud de la cual, una vez examinado todo el material probatorio, si el órgano judicial duda del sentido del mismo, ha de resolver su vacilación a favor del acusado, procediendo a dictar una sentencia absolutoria, conforme a la tesis más favorable para la defensa. En: M. ISABEL HUERTAS MARTÍN; *El Sujeto Pasivo del Proceso Penal como Objeto de Prueba*; José Mana Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 70.

1069 CANCIO MELIÁ, M.; *Líneas Básicas de la Teoría de...* cit., p. 138; REYES ALVARADO, Y.; *Concepto de Imputación Objetiva*, cit., p. 15; en contra RUDOLPHI, quien estima que esta objeción

ya no será necesario constatar que efectivamente el resultado es concreción del riesgo, sino basta para su afirmación el incremento del riesgo, en cuanto posibilidad o probabilidad rayana de lesión. Por lo tanto, habría que castigar el caso del camionero por homicidio imprudente, si atendiendo al cuidado debido en el tráfico, se hubiese disminuido el peligro de producción del resultado en comparación con lo realmente acontecido¹⁰⁷⁰.

Para la comprobación de la Relación de Riesgo no es suficiente con que se genere un Riesgo no Permitido, sino que además este riesgo tiene que efectivizarse concretamente en la lesión del bien jurídico, pues esto no sucederá cuando este peligro no es potencialmente efectivo porque su potencialidad es desplazada por otro riesgo no permitido concurrente. Mediante la teoría del «incremento del riesgo», únicamente se prueba la creación de un riesgo no permitido que incrementa al ya existente, pero no se prueba que el resultado sea imputable a ese riesgo.

En cualquier caso, el incremento del riesgo no parece correcto, pues lo decisivo debe ser si el resultado encaja o no en el fin de la norma por realizar el riesgo típico inicial -mayor por cierto que el permitido- de la acción; y si el concreto resultado no guarda relación con esa peligrosidad inicial, que es lo que ocurrirá en la mayoría de los casos de estos cursos causales hipotéticos, no habrá imputación objetiva¹⁰⁷¹.

Asimismo CORCOY BIDASOLO atribuye a esta teoría la falta de fundamentación de por qué no faltará la imputación cuando la conducta adecuada sea de un tercero o de un acontecimiento natural, que desencadena del mismo modo el riesgo implícito en la conducta prohibida. Aunado ello, a la desorganización sistemática, por una utilización indistinta de las perspectivas *ex ante* y *ex post*. Lo único que se prueba es que *ex ante* se ha elevado el riesgo, pero no si *ex*

desconoce que todo resultado lesivo solamente es causado por seres humanos, de tal forma que mediante la ejecución de una acción peligrosa -considerada *ex ante*- o por la omisión -considerada *ex ante*- de una acción con posibilidades de salvamento, crea, o no rechaza el peligro de la producción del resultado; Causalidad e Imputación Objetiva, cit., ps. 48-49; resulta interesante la fórmula de STRATENWERTH, al señalar (...) se puede hablar de un incremento del riesgo sólo cuando se constata que el autor ha aumentado el peligro existente para el bien jurídico amenazado o bien ha disminuido las chances de salvamento; Derecho Penal..., cit., p. 158; si en razón de los factores antes descritos, si el autor no hubiese incrementado el riesgo o habiendo efectuado las acciones de salvamento posibles, de seguro también se hubiera producido el resultado, esta duda deberá favorecer al autor.

1070 En este sentido CORCOY BIDASOLO, M.; cit., ps. 523-524.

1071 LUZÓN PEÑA, D. M.; Curso de Derecho Penal..., cit., p. 386.

post ese riesgo se ha realizado en el resultado¹⁰⁷². Esta crítica demuestra que esta concepción teórica se queda en medio camino porque sólo fundamenta el primer juicio de imputación, mas no el más importante, si es que el resultado lesivo es la concreción de dicho riesgo no permitido. Entonces, el grado de probabilidad que interesa ha de examinarse desde una perspectiva posterior al evento, es decir, *ex post*. No es posible dividir el Riesgo no Permitido en dos partes: uno permitido y uno prohibido.

Lo importante, a todo esto, es determinar que se crea un riesgo típicamente relevante, mas no hacer un juicio valorativo en base a un riesgo inexistente.

8. TOMA DE POSICIÓN

Debemos abandonar en el juicio interpretativo la idea de un juicio *ex ante*, para trasladarnos a un juicio *ex post* que defina el incremento del riesgo; es así que el juzgador deberá evaluar, de todos los conocimientos que tenga sobre el particular el autor, que formen un verdadero juicio de peligro.

Ante la ausencia de determinados conocimientos que duden sobre la efectiva virtualidad del peligro, podrá aplicarse el *in dubio pro reo* por no poder probar con certeza la Relación de Riesgo¹⁰⁷³.

La norma de cuidado, como elemento fundamental en el injusto imprudente cumple una función de prevención general, pues ésta decaerá si es que se admite que la prueba de la simple posibilidad de que el resultado también se habría realizado con la conducta alternativa adecuada a Derecho, excluya la imputación de éste, pues los infractores, siempre aducirían en su argumentación de defensa que si hubiesen realizado su conducta conforme a Derecho, el resultado igualmente se hubiese producido.

Sin duda, cualquier incremento del riesgo, propio del autor del que se pruebe posteriormente que se ha concretizado en el resultado es ya criterio suficiente para fundamentar la Relación de Riesgo.

La consideración del comportamiento alternativo adecuado a derecho resulta admisible en orden a excluir la imputación del resultado, sólo si es seguro con una probabilidad rayana en la seguridad, que esta conducta hipotética hubiera causado igualmente el resultado. El principio del *indubio pro reo* podrá

1072 CORCOY BIDASOLO. *El Injusto Imprudente*; cit., ps. 497 y ss.

1073 Se fundamenta la violación del *indubio pro reo*, debido a que en el juicio *ex post* se han de valorar todas las circunstancias conocidas que influyan en la producción del resultado; se afirma la infracción de este principio porque la incertidumbre acerca de la realización o no del riesgo en el resultado se traduce en una desventaja para los intereses jurídicos del imputado.

aplicarse únicamente en el juicio sobre la concreta situación que se ha realizado, pero no sobre la hipotética¹⁰⁷⁴. Esta valoración la realizará el juzgador, de acuerdo con un juicio posterior, tomando como referencia valorativa todos aquellos conocimientos que tenía el autor sobre las circunstancias concomitantes, en concreto, sobre la peligrosidad del riesgo creado por su comportamiento, así como lo sucedido si es que no hubiese infringido la norma de cuidado.

En conclusión: para FEIJOO SÁNCHEZ la comparación de la conducta creadora de un riesgo típico con una conducta que en esa misma situación fuera correcta puede servir únicamente como método auxiliar¹⁰⁷⁵, a nuestra consideración como primer juicio de imputación.

En el caso del ciclista debe comprobarse la existencia de un incremento del riesgo no sólo *ex ante* sino también *ex post*¹⁰⁷⁶. Base para este juicio de peligro lo configuran como señala RUDOLPHI, todas las circunstancias determinables *ex post*, como por ejemplo la embriaguez del ciclista, el peligro de desviarse súbitamente hacia la izquierda, originado por la misma embriaguez, el alcance del posible desvío, etc. Si este examen demuestra que la conducta del autor conforme al deber hubiese producido el peligro (permitido) del suceso concreto causante del resultado, entonces debe determinarse en una segunda etapa de trabajo si la conducta contraria a deber del autor ha causado un peligro (contrario a derecho) que sobrepasa la medida permitida por el peligro, o sea, si ha dado lugar a una probabilidad mayor del suceso causante del resultado concreto¹⁰⁷⁷.

Por lo tanto, en el adelantamiento se produce la concurrencia de dos riesgos, el que crea el camionero y el generado por la víctima, y ambos supuestamente conjugan en el resultado lesivo. Cuando en principio, resulta suficiente un aumento mínimo de riesgo, éste puede ser negado si concurre otro riesgo mucho mayor, en cuyo caso, el riesgo se desplaza hacia la víctima o a terceros participantes.

En el caso del ciclista, si *ex ante* el camionero advierte su estado étílico, ello supondría una afectación al deber objetivo de cuidado, que ya no sería adelantar, por ende, la intervención conductiva de la víctima no incidiría en la Relación de Riesgo subsistente. No obstante, si el conocimiento del estado de embriaguez sólo es conocido posteriormente a la conducta del autor, esto afectaría a la imputación del resultado, en concreto a la Relación de Riesgo.

1074 CORCOY BIDASOLO, M.; cit., ps. 489-490.

1075 FEIJOO SÁNCHEZ; cit, p. 53; GIMBERNAT ORDEIG, hubiera llegado a esta conclusión señala el autor, a través de los procesos causales hipotéticos.

1076 CORCOY BIDASOLO; Ibidem.

1077 RUDOLPHI, J. H.; *Causalidad e Imputación Objetiva*, cit., p. 47.

Importan, por lo tanto, riesgos no permitidos capaces de producir un resultado lesivo, pero, en el caso concreto, al no mediar la Relación de Riesgo, esto no acontece¹⁰⁷⁸.

1078 A otra solución arriba FERRANTE M., quien señala que si el conductor del camión no sabía del estado de ebriedad del ciclista, sucede lo siguiente: la muerte del ciclista sería la concreción específica del riesgo desaprobado creado por el conductor, sólo si la colisión se produjera como consecuencia de una reducción tal del espacio reservado al ciclista, que los moderados zigzagueos planificables en la conducción de una bicicleta no pudieran tener lugar sin golpear contra el camión y si, en efecto, esto así sucede. Luego, si la colisión se produce como consecuencia de un exagerado desvío del ciclista, provocado por su embriaguez, por su especial torpeza en el manejo, o bien por un desmesurado susto, la muerte se deberá o bien al descuido del ciclista respecto de sus deberes de autoprotección, o bien al riesgo propio del tránsito vial, el que no excluye la sorpresa de un adelantamiento. Anota este autor, que negar este fraccionamiento de riesgos, como se lo hace, al menos en ciertos casos dudosos, de la mano de la doctrina de la elevación del riesgo, supone la negación de un riesgo vital ubicuo y, lleva, con ello al *versan in re illicita*, p. 33; lo importante es establecer el grado de cognoscibilidad y de previsibilidad de los hechos concomitantes desde una perspectiva *ex ante*, así como todo el juicio de la imputación desde una perspectiva *ex post*, para poder determinar la relación de riesgo entre los riesgos concurrentes con el resultado lesivo producido, en definitiva, para averiguar cuál de ellos es la causa determinante del resultado lesivo producido.

CAPÍTULO XII

TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DOLOSO

Sumario: 1. Consideraciones Preliminares. 2. Antecedentes. 3. Dolo o Culpa. 4. Definición del Dolo. 5. Estructura del Dolo. 5.1 *Conocimiento*. 5.2 *Voluntad*. 6. Clases de Dolo. 6.1 *Dolo Directo en 1er. Grado*. 6.2 *Dolo de 2do. Grado o de Consecuencias Necesarias*. 6.3 *Dolo Eventual (Dolo Condicionado)*. 7. Teorías del Dolo. 7.1 *Teoría de la Voluntad (del Consentimiento)*. 7.2 *Teoría de la Probabilidad o de la Representación*. 7.3 *Toma de Posición*. 8. Error de Tipo (Ausencia de Dolo). 8.1 *Error Sobre un Elemento Esencial del Tipo*. 8.2 *Error Sobre un Elemento Accidental*. 8.3 *Error in Personam (Vel in objecto)*. 8.4 *Aberratio Ictus (Error en el golpe)*. *El Resultado puede ser Menos o Más Grave*. 8.5 *Error Sobre el Proceso Causal*. 8.6 *El Autor se Equivoca Sobre el Desarrollo de la Acción, aunque Acierta Sobre el Objeto de la Misma*. 8.7 *Consumación Anticipada*. 9. Elementos Subjetivos del Tipo del Injusto. 9.1 *Elementos de Tendencia Interna Trascendente*. 9.2 *Elementos de Tendencia Interna Intensificada*. 9.3 *Elementos Subjetivos de la Actitud Interna*.

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 éstos 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)¹⁰⁷⁹; 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 lo general, todos los delitos son punibles a título de culpa, de forma excepcional se reprime a título de culpa¹⁰⁸⁰, por consideraciones de política criminal, en correspondencia con el principio de *ultima ratio*.

1079 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, cit., p. 260.

1080 Artículo 11 del CP.

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.

2. ANTECEDENTES

En el ámbito de la discusión doctrinal, es sabido, que el «dolo» no ocupaba la ubicación sistemática que en la actualidad la doctrina mayoritaria le confiere, en razón de la naturaleza misma del injusto penal.

Era lógico que en una concepción causal-naturalista, al concebirse al tipo y a la antijuridicidad desde un plano estrictamente objetivo, el dolo debía estar en el plano de la «Culpabilidad», con la consiguiente confusión que se producía con la conciencia del «Injusto».

Siguiendo a CARRARA, el dolo era la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley, la esencia de esta especie de la culpabilidad -escribe LABATUT GLENA-, consiste en la voluntad de producir el resultado¹⁰⁸¹. En palabras de MEZGER, el dolo consiste en circunstancias de hecho determinadas, a saber, el conocimiento y la voluntad del hecho. De ahí, que el llamado dolo (dolus) se presenta como una forma de la culpabilidad¹⁰⁸². En expresión de la época como «dolus malus»¹⁰⁸³.

A lo injusto debían pertenecer, exclusivamente, los caracteres objetivos, externos, de la acción, mientras que los elementos subjetivos, anímicos, debían constituir la «culpabilidad»¹⁰⁸⁴. Si la acción era la generación de una fuerza causal dirigida a la producción de un resultado lesivo, lo que implicó una confusión existente en torno al sentido de la «objetividad» de la antijuridicidad¹⁰⁸⁵. Mientras el dolo fue considerado elemento de la culpabilidad, era natural referir su significación solamente a la conciencia del ilícito: calificar como dolosa, por tanto, sólo la conducta consciente mente antijurídica¹⁰⁸⁶. Por consiguiente, la descripción típica (descripción de la acción producida por la norma) se agotará en la causación del resultado; la antijuridicidad será simplemente el resultado no justificado,

1081 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal*, T. I., cit., p. 119.

1082 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 226.

1083 Así también, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 175.

1084 WELZEL, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 97.

1085 *Ibidem*.

1086 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 170.

mientras que la voluntad dirigente de la causalidad y su dirección al resultado (dolo) o no (culpa) será la culpabilidad¹⁰⁸⁷.

Sin embargo, para MEZGER, en respuesta a la atribución de "ficción" de su concepción dogmática, respondía que en realidad no hay ninguna "ficción", si, como se hace aquí, se tiene en cuenta que para la forma básica de la culpabilidad es suficiente la "conciencia de la antijuridicidad", o bien (¡alternatividad!) la incompatibilidad del enfoque con una concepción sana de lo que es conforme y contrario al derecho¹⁰⁸⁸.

Conforme lo anotado, el conocimiento del dolo habría de abarcar el «conocimiento de la antijuridicidad», lo cual resulta a todas luces confuso y equívoco, en cuanto la voluntad de realización típica no tiene nada que ver con la conciencia del injusto¹⁰⁸⁹.

A decir de SAUER, dolo es conocimiento de lo conforme (materialmente) al injusto, es decir de la dañosidad social de un querer y obrar concreto¹⁰⁹⁰; por ende, el dolo es un elemento de la culpabilidad.

Como se sostuvo anteriormente, la distinción entre injusto y Culpabilidad pasa por reconocer planos valorativos distintos, donde en el primero de ellos ya se reconoce la concurrencia de elementos subjetivos; máxime, el error de tipo y error de prohibición entrarían en una franca contradicción terminológica y conceptual.

En un primer momento la imputación objetiva estaba representada por la tipicidad, la antijuridicidad -como análisis del injusto-, mientras que la esfera subjetiva se encontraba reflejada en la Culpabilidad (como nexo psicológico entre la acción y el resultado).

El desarrollo epistemológico de la Teoría del Delito, determinó la inconsistencia de dicha ubicación dogmática, pues, ya en la acción desplegada se evidenciaba una finalidad propuesta por el autor, como: el ánimo de lucro, de apropiar, etc. Al considerarse a la Culpabilidad, como un mero nexo psicológico, resulta concebible que un enfermo mental podía cometer un Injusto no Culpable.

Según la doctrina Causalista, el Dolo se concebía como «*dolus malus*», el cual contenía dos aspectos: a) Conocimiento y voluntad de los hechos y b) La conciencia de su significación jurídica (conocimiento del Derecho; de la antijuri-

1087 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 27.

1088 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 227.

1089 ASÍ, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 170.

1090 SAUER, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 250-251.

dicidad); tal concepción trajo como consecuencia la construcción de un Injusto caracterizado plenamente de forma objetivada.

En la actualidad, gracias al Finalismo, se prefiere un concepto más restringido del Dolo, que se entiende como «Dolo Natural»; para WELZEL el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del Injusto. Se entiende por “dolo natural” aquel que está referido al aspecto objetivo del tipo legal (posición iniciada por los finalistas al trasladar el dolo de la culpabilidad al injusto y separarlo de la conciencia de la antijuridicidad, que queda en la culpabilidad en cuanto esta conciencia está referida a la formación de la voluntad y, por tanto, no implica un conocimiento actual como el dolo, sino sólo potencial)¹⁰⁹¹.

En la mencionada concepción, se excluye la conciencia de la antijuridicidad, pues tal como se analiza en el capítulo sobre la Culpabilidad, se trata de un problema de «Error de Prohibición» (art. 14º del CP).

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 lo “externo” a lo injusto, y de lo “interno” a la culpabilidad¹⁰⁹². Contradicción nada sistemática, que en definitiva condujo la teoría del delito prontamente a la adopción de una concepción personal del «injusto».

En palabras de WELZEL, en la tentativa, desde un punto de vista puramente “objetivo”, es decir, sin atender a la resolución de voluntad del autor, no es posible saber qué tipo es el que concurre¹⁰⁹³; no se puede identificar la finalidad que debe revelar cualquier conducta humana dirigida a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido.

El dolo es, sin duda alguna, un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo¹⁰⁹⁴.

En la tentativa la resolución delictiva es necesariamente un elemento subjetivo de lo injusto¹⁰⁹⁵; importa, entonces, el (dolo), un elemento que se encuentra ya ínsito en la conducta que se adecúa a los alcances del tipo penal en concreto. A partir de esta concepción del dolo, se puede delimitar ámbitos de tipicidad en cuanto posibles zonas confusas de delimitación normativa, v.gr., si el sujeto al momento de apropiarse del bien mueble con sustracción no fue

1091 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 175.

1092 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 98.

1093 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 99.

1094 Ibidem.

1095 CEREZO MIR J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 124.

motivado con una intención apropiatoria, no estaríamos ante un caso de Hurto simple (art. 186°) sino de un Hurto de uso (art. 187°); asimismo, el autor debe saber que el maletín que estaba ingresando a su esfera de custodia -en vía de sustracción- es "ajeno", pues si no es así, estaría incurso en un Error de tipo; a quien se le pretende imputar una circunstancia de agravación, por ejemplo en el caso de Secuestro, debe saber que el agraviado es "menor de edad o anciano" (art. 152° inc. 6).

Claro está, que el «tipo subjetivo del injusto», debe corresponderse con las circunstancias fácticas que rodean el caso, pues si por error una persona ingiere una dosis de veneno en una comida, desconociendo dicha naturaleza, no ha obrado con dolo.

Si el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa tendrá que desempeñar la misma función, como dice WELZEL¹⁰⁹⁶, en el delito doloso consumado, que si el dolo pertenece al tipo y no sólo a la culpabilidad en la tentativa, tiene que conservar la misma función cuando la tentativa pase al estadio de la consumación¹⁰⁹⁷.

En la tentativa la finalidad del autor no llega a concretarse plenamente, pero la intención revela un dolo de consumación, que por diversos factores no alcanza realización típica.

Habiendo seguido la postura de la doctrina de la acción final, ésta recibe también objeciones, sobre todo, cuando se distingue el dolo de la imprudencia, en base a la «voluntad de realización final», partiendo de una realización involuntaria en el delito culposo.

¿Dolo y voluntad de realización final coinciden plenamente? Al respecto, STRATENWERTH ha señalado, que la verdadera objeción en este punto, sin embargo, consiste en que, con la conducción final (...), si bien se describe una relación determinada del autor con el curso del acontecer originado por él, de ningún modo se resuelve la cuestión de por qué razón ella deba importar en la delimitación entre dolo e imprudencia, o bien, dicho de otro modo: quien discuta sobre la relación entre dolo y conducción final, ya sabe qué es lo que desea hacer valer como dolo, mientras que lo que se pregunta, precisamente, es cómo se puede fundamentar ese concepto¹⁰⁹⁸.

Desde el alcance de la «conducción final» no se puede explicar aquellas conductas que sin ser dirigidas «finalmente» de forma voluntaria, se dirigen también a la producción de resultados lesivos; la problemática, reside en todo

1096 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 126.

1097 WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 100.

1098 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 171.

caso, de pretender unificar una estructura sistemática común entre ambos injustos partiendo de las esferas lógico-objetivas del "ser".

La estructuración del injusto imprudente parte por reconocer su fundamento "objetivo" (lesión del deber objetivo de cuidado). Desde Engisch, como recuerda LUZÓN PEÑA, buena parte de la doctrina acepta que el núcleo de la imprudencia, la inobservancia del cuidado objetivamente debido o requerido ha de pertenecer a la antijuridicidad y al tipo, y no a la culpabilidad, pues sólo infringe la norma quien incumple ese deber objetivo de cuidado (y sólo entonces se desvalora también su conducta), pero si alguien observa en su actuación toda la diligencia objetivamente debida, aunque cause un resultado desvalorado, no se puede decir que ha actuado antijurídicamente, contra Derecho¹⁰⁹⁹.

En mérito a lo esbozado, consideramos que la tipicidad del delito doloso depende no sólo de la realización del tipo objetivo, sino además, de la realización del tipo subjetivo, es decir, del dolo del autor -que es el complemento al tipo objetivo-.

El tipo doloso se caracteriza por una coincidencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo; la representación del autor, propio del tipo subjetivo debe alcanzar los elementos del tipo objetivo: «El autor obra sabiendo lo que está haciendo».

Para MIR PUIG, quien realiza un comportamiento humano (consciente) conociendo los elementos que lo hacen típico, actúa sin más, con la voluntad consciente que caracteriza al dolo. Basta añadir a la voluntariedad general de la acción el conocimiento de los elementos de la conducta típica, para poder afirmar que se quiere¹¹⁰⁰.

3. 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, sólo en datos que pueden ser representados por él mismo, en circunstancias que son abarcadas por su esfera cognoscitiva, de aquello 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.

1099 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 390.

1100 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*; cit, ps. 240 y ss.

La estructura del tipo del injusto en los delitos dolosos no sólo 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 imprudente¹¹⁰¹.

Conforme lo anotado, no resulta correcto, pretender distinguir el dolo y la culpa, sobre la base de criterios ontológicos, aquellos datos pre-jurídicos, 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).

4. 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 típica¹¹⁰². El autor tiene que saber que realiza un hecho y qué hecho realiza, y además tiene que conocer las circunstancias que rodean ese hecho¹¹⁰³, 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,

1101 Así, LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., ps. 390-391.

1102 Así también CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 144; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 390; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 174; Inclusive MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 224.

1103 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 47.

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 hecho¹¹⁰⁴.

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 doctrinas delimitadoras cognitivas y volitivas¹¹⁰⁵, todo lo cual apunta a la normativización del dolo.

En la actualidad, tanto ejecutorias jurisprudenciales nacionales y extranjeras, reducen al máximo la comprobación del elemento volitivo. La distinción entre dolo y culpa ya no depende de la comprobación de la voluntad, sino dependerá del conocimiento o desconocimiento del autor (Teoría de la Peligrosidad).

5. 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).

5.1. 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 co-

1104 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 173.

1105 ROXIN, C.: *Acerca de la Normativización del Dolus Eventualis y la Doctrina del Peligro del Dolo*. En: *Problemas actuales de Dogmática Penal*, cit., p. 93.

nocimiento exigido por el dolo es el conocimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo¹¹⁰⁶.

La valoración tiene que darse, entonces, sobre todos los elementos que cubren la fórmula de realización típica; a tal efecto, debe 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 valoración¹¹⁰⁷.

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 aun estaba vigente, pues, si dudó, en caso, que en la separación convencional sólo ha recaído una sentencia de primera instancia, ha actuado bajo error.

Por otro lado, en el caso de los elementos normativos, aquéllos 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 funcionario¹¹⁰⁸.

Conforme lo anotado, 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, al sostener, que el dolo requiere el conocimiento de los elementos objeti-

1106 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 47.

1107 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., ps. 46-47.

1108 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 133.

vos, 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 justificación¹¹⁰⁹.

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 material¹¹¹⁰; el sujeto ha de conocer también -al momento de realizar la acción típica-, las diversas circunstancias, que hacen del hecho un supuesto agravado o dígase calificado, conforme a lo previsto en el artículo 14° del CP. El dolo, por supuesto, no abarca la conciencia de la ilicitud o mejor dicho el conocimiento de la prohibición penal. Así, WEBER al sostener 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 claro¹¹¹¹.

El dolo exige que el conocimiento sea real y actual de la realización de los elementos normativos y descriptivos del tipo -no basta con un comportamiento potencial-¹¹¹².

Actualidad no hay que entenderla, en opinión de BUSTOS RAMÍREZ, en el sentido de lo "atendido" o del "pensar en ello" sino sólo de lo que está presente, ya sea porque es atendido (consciente) o porque se da por supuesto ("inconsciente" dominado)¹¹¹³.

Tan sólo es exigible que los elementos del tipo hayan tenido ocasión de manifestarse de tal manera que el sujeto los haya podido incluir en su voluntad¹¹¹⁴.

1109 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 408; así también, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 176; JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *Tratado de Derecho Penal. La Culpabilidad*. T. V. Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1956, cit., p. 417.

1110 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II. cit., p. 131.

1111 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 174.

1112 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal* cit., p. 176.

1113 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 178.

1114 DÍAZ PITA, M^a Del Mar; *El Dolo Eventual*. Tirant lo blanch, Valencia, 1994, cit., ps. 56-57.

Con la expresión "actualización" destaca DÍAZ PITA, se está en realidad aludiendo a fenómenos distintos: en primer lugar, cuando la Doctrina habla de "conocimiento actual" como el verdaderamente adecuado para conformar el elemento intelectual del dolo, se refiere a "volver a ser consciente" los contenidos de la memoria que antes permanecían inconscientes, porque, de hecho, estaban ahí¹¹¹⁵.

Basta entonces, que dicho conocimiento haya formado parte de la conciencia del autor por un momento, y que los haya representado como reales en el momento de su acción, para dar por acreditado el "conocimiento"; dicho entendimiento cognitivo, no cubre el resultado de agravación contemplado en los «delitos preterintencionales» (cualificados por el resultado), donde el resultado sobrevenido no resulta cubierto por la esfera cognitiva del autor.

Parafraseando a PEÑA CABRERA, diremos que: "No es necesario un conocimiento de la significación exacta de la subsunción jurídica, basta con una valoración paralela del autor en la esfera del profano";¹¹¹⁶ si a pesar de ello, el agente actúa, lo hace pues con conocimiento de que está lesionando un interés jurídico de otro, y de su desvaloración -tanto social como jurídica-, no es necesario una comprensión exacta del objeto, basta con una apreciación cercana a la naturaleza del mismo. A ello subyace la idea de que la ley, al menos en el ámbito central del Derecho penal, no créale carácter valorativo de los factores de la situación de hecho que ella describe en el tipo, sino que los halla ya previamente dados en la realidad social¹¹¹⁷.

El conocimiento exigido por el dolo es el conocimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo¹¹¹⁸.

De lo que realmente se trata en este aspecto es de una precisión de aquello de lo que el autor tiene que ser consciente para que su conducta pueda aparecer como realización dolosa del tipo¹¹¹⁹.

1115 DÍAZ PITA, M*; *El dolo eventual*, cit., p. 69.

1116 PEÑA CABRERA R.; *Derecho Penal*; Estudio Programático de la Parte General; frase que proviene de MEZGER, en cuanto al concepto de conocimiento de las "circunstancias de hecho"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 238; BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 48; CEREZO MIR-, J.; *Curso de Derecho Penal Español*. II, cit., ps., 132-133; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 180; LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 119.

1117 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 175.

1118 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 47.

1119 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 173.

5.2. Voluntad

El dolo no sólo 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 conducta¹¹²⁰.

La voluntad se expresa en el «querer» causar un resultado, que finalmente toma lugar 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 voluntad¹¹²¹.

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 sólo deseado escribe MEZGER, no es «querido». Si el autor deseaba solamente la producción del resultado, no lo ha producido todavía dolosamente¹¹²²; 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. Éste concurre únicamente cuando el sujeto quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción¹¹²³.

«Voluntad es la facultad mental de autodeterminarse, dirigirse hacia un fin» (es un querer el resultado); de dirigir nuestra fuerza 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 éste 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.

1120 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 189.

1121 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 49.

1122 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 229; así también, DÍAZ PITA, M^a: *El dolo eventual*, cit., p. 140.

1123 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 145.

La voluntad se define, por tanto, como la conciencia que conduce a la resolución de actuar¹¹²⁴; 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 (trascendente 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 necesarias¹¹²⁵.

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.*

6. CLASES DE DOLO

6.1. 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

1124 SCHEWE; Citado por DÍAZ PITA, M^a; *El Dolo Eventual*, cit., p. 145.

1125 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., ps. 49-50.

determinada finalidad, esto es, la realización del tipo configura la verdadera meta de la acción¹¹²⁶. Donde el propósito del autor coincide plenamente con la conciencia que éste tiene sobre las circunstancias objetivas que dan lugar a la modalidad típica¹¹²⁷.

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 punibles¹¹²⁸; 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 acompañan¹¹²⁹.

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 improbable¹¹³⁰, ni tampoco que esté inseguro de que el resultado no 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 1er. Grado) y no eventual¹¹³¹.

6.2. 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.

1126 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 190.

1127 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 189.

1128 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 121.

1129 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 191.

1130 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español, II*, cit., p. 146.

1131 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 414.

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 él¹¹³².

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 mismo¹¹³³; 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.

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 sentido¹¹³⁴.

Como expresa LUZÓN PEÑA, la distinción entre dolo directo de 1° y de 2° 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

1132 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 121.

1133 STRATENWERTH "Llama Dolo Directo, tanto a la intención como al de segundo grado: sostiene que el dolo directo abarca el objetivo mismo de la acción del autor como cualquier circunstancia o acontecimiento que se le aparece como condición o consecuencia necesaria de la obtención del objetivo, pero, al poder confundirse la "intención" como elemento subjetivo distinto al dolo, pues, parece más acorde con nuestra legislación la fórmula "a sabiendas", que se utiliza para excluir el Dolo Eventual.

1134 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 230.

implícitamente como los que exigen expresamente realización consciente o a sabiendas, admiten ambas formas¹¹³⁵.

6.3. 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.

El concepto de dolo eventual puede ser definido a partir de diversos alcances, poniendo mayor énfasis en la esfera cognitiva o en su defecto, median-do 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 sólo posible -una eventualidad, por tanto-, que con su conducta realice el hecho (en su caso, el resultado)¹¹³⁶.

En las consecuencias, no se discute que el autor también aquí puede actuar dispuesto a tolerar el resultado penalmente relevante, ni que, entonces, tenga que responder por dolo¹¹³⁷.

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, éste 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»¹¹³⁸.

Nuestro CP, sanciona y reprime la conducta dolosa con el fin de proteger bienes jurídicos y así evitar su afectación, en cuanto 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 embargo la

1135 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 415; en cuanto a la importación de deslinde entre el dolo eventual y la culpa consciente; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 147; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 178; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 181; DÍAZ PITA, M^a; *El dolo eventual de forma extensa*.

1136 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 418.

1137 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 192.

1138 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 281-298.

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 antijurídico*), 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 querido¹¹³⁹.

Siendo que el Dolo Eventual y la Culpa Consciente presentan una estructura común: en ninguno de ambos conceptos se desea el resultado y en ambos reconoce en principio el autor la posibilidad de que se produzca el resultado. A menudo, entonces, al dolo eventual se le confunde con la culpa¹¹⁴⁰, una zona de delimitación no muy clara, que propicia a veces confusiones aplicativas producto de los diversos matices que han caracterizado su distinción por parte de la doctrina: de ahí que se hayan formulado una serie de teorías a fin de precisar la zona de delimitación entre ambos cuerpos subjetivos, a partir de elementos propios de la esfera cognitiva y por otro lado de la esfera volitiva.

Como consecuencia de tal afirmación, así como el hecho incontrastable de que ambos delitos se sancionan con penalidades notoriamente distintas (el injusto doloso merece una sanción más drástica que el injusto culposo), devine en una exigencia irrenunciable, delimitar la frontera entre el «dolo eventual» y la

1139 LABANUT GLENA. G.; *Derecho Penal*. cit., p. 121.

1140 Cfr., PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*. Vol. I, cit., p. 225.

«culpa», sobre todo con la Culpa Consciente, a partir del planteamiento doctrinario de las siguientes teorías:

7. TEORÍAS DEL DOLO

7.1. Teoría de la Voluntad (del Consentimiento)

Con arreglo a la misma, se dará el dolo eventual cuando el sujeto consiente o acepte la producción del resultado, mientras que si realiza la acción con la confianza de que el resultado no se produzca, se dará la imprudencia consciente o con representación¹¹⁴¹; se pone el acento entonces en el asentimiento del autor sobre el resultado, sólo si se produce será dolo eventual, pero si no está seguro es culpa consciente. Que el autor se ha decidido en contra del interés jurídicamente protegido es más natural cuando el resultado típico es bienvenido que cuando le era indeseado, y a la inversa¹¹⁴².

Entendía que la esencia del dolo era la voluntad de realización del hecho, su principal problema consistía en determinar cuando el autor se había representado el resultado y que había actuado en base a dicha representación, había obrado voluntariamente o no, es decir, con dolo.

La teoría del asentimiento estima insuficiente, para la existencia del dolo, la representación pura y simple del resultado, y estima que, frente a ella, es decisiva la actitud del agente¹¹⁴³.

MEZGER, escribe que el punto de partida de esta teoría es, en sí mismo, fundamentalmente correcto; en efecto, a la “voluntad” condicionada corresponde lingüística y prácticamente el consentimiento¹¹⁴⁴. Quien actúa bajo «dolo eventual» no es que consiente algo, pues para consentir algo se debe desearlo previamente y, en esta clase de dolo el «querer» se encuentra ausente.

Se puede “consentir” en algo que dependa de la propia voluntad, pero no en algo que no dependa de ella¹¹⁴⁵.

Por consiguiente, si lo sabía y lo consiente, habrá actuado con dolo eventual, no habiendo hecho nada para evitar la producción del evento perjudicial, pese a saber de su eminente tipicidad penal.

1141 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*. II, cit., ps. 148-149.

1142 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 195.

1143 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 231.

1144 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 231.

1145 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 232.

Se recurrió para tal fin a: la ratificación del resultado, el asentimiento, el consentimiento, etc.; *contrario sensu*, sobre la misma base intelectual, piensa "que si el resultado que imaginó como posible fuera seguro, no actúa con Dolo Eventual, sino con «Culpa Consciente o con Representación», en la medida que no asume como segura una efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido; v.gr., el conductor que conduce su vehículo a una velocidad que supera la permitida en una zona muy transitada por transeúntes, no desea atropellar a nadie, pero al mantener dicha velocidad se representa la eventualidad de no poder bajar la velocidad a tiempo y con ello poder ocasionar un resultado lesivo, resultado: "atropella al peatón", es decir, ha obrado con dolo eventual, porque ha consentido un eventual resultado de lesiones o muerte de una persona.

Son variadas las críticas que se postulan contra la posición volitiva; primero, debe anotarse que para querer no es necesario aprobar. La teoría del consentimiento no es convincente pues en realidad el sujeto no acepta o consiente en el resultado sino sólo en la posibilidad de producción¹¹⁴⁶.

La Teoría de la Voluntad o del Consentimiento, viene pues a distinguir el dolo eventual de la culpa consciente en base no a un momento estrictamente volitivo, sino en una actitud interna del autor, que exige más que la voluntad (GIMBERNAT ORDEIG). JIMÉNEZ DE ASÚA partidario de esta teoría, respondió a las críticas, puntualizando que la teoría del consentimiento o asentimiento pertenece a la voluntad y por eso se ha reprochado inconsecuencia a los puros partidarios de la teoría de la Representación, puesto que acuden al asentimiento o consentimiento cuando tratan de resolver los problemas que suscita el dolo eventual (...), campea la voluntad¹¹⁴⁷.

Tal consecuencia resulta inadmisibles desde la perspectiva de un «Derecho penal del hecho», que no puede penalizar actitudes internas, sino sólo actos exteriores que entrañen un efectivo peligro para bienes jurídicos. La misión del Derecho penal, como es sabido, es defender dichos bienes jurídicos de ataques intolerables, pero no valorar o desvalorar las posturas internas de los sujetos que llevan a cabo tales ataques¹¹⁴⁸.

Es de verse, que al derecho punitivo no le interesan aquellas actitudes internas, aquellas que sólo manifiestan una determinada intención, que no se corresponden con el actuar objetivo que promulga la desvaloración del Derecho penal.

1146 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 148.

1147 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal*, T. V, cit., p. 388.

1148 DÍAZ PITA, M.ª; *El Dolo Eventual*, cit., p. 170.

Nuestro Sistema Penal se basa esencialmente en el «acto», como expresión de la dirección conductiva del agente, por lo que debe rechazarse cualquier intento de construir una culpabilidad meramente «emotiva».

Las dificultades de esta exigencia se evidenciaron también en la jurisprudencia, por lo difícil que se mostraba su probanza objetiva.

Nos formulamos la siguiente pregunta: ¿Cómo demostrar la existencia de voluntad? En el marco del procedimiento penal debe acreditarse la imputación del hecho conforme a la culpabilidad del autor, de acuerdo a una atribución de aquello que pretendió el autor con su conducta y que se materializó en el mundo físico, no los ánimos específicos que guarden relación con los hechos realmente cometidos por el autor; el juzgador no puede convertirse en una especie de perito psiquiátrico, penetrando en la estructura anímica (interna) del autor.

La acreditación de esos elementos de imputación, requieren de verdaderos actos de prueba, que no puede exigir la acreditación de un juicio de valor que no se corresponde con los hechos que obran en el expediente; lo importante a todo esto, importa la infracción de ciertos deberes por el autor, que conocidos por éste pueden dar lugar al conocimiento concreto de una situación que ponga en peligro un bien jurídico penalmente tutelado. No siempre la conducta de un sujeto va a coincidir con aquello que consintió en determinado momento.

7.2. Teoría de la Probabilidad o de la Representación

Para esta postura, el «dolo eventual» no contiene elemento volitivo alguno: lo único decisivo es el grado de probabilidad de que se produzca el resultado advertido por el autor.

Los partidarios de la teoría de la representación hacen notar las insuficiencias de la voluntad como factor estructural del dolo, pues ella implica tender hacia un resultado y no puede ser querido lo no previsto¹¹⁴⁹.

Según esta teoría, es decisivo para el dolo un alto grado de probabilidad en la representación del autor¹¹⁵⁰; en cuanto la mayor probabilidad que se presente en la esfera cognitiva del autor, hace de su obrar una conducta dolosa.

Cuando mayor ha sido la probabilidad con que el autor se ha representado la realización del tipo, más infundada ha sido la confianza que ha tenido al obrar, de que no se llegaría a la realización del tipo¹¹⁵¹.

1149 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 119.

1150 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 232.

1151 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., ps. 50-51.

Si consideraba que la producción del resultado era meramente posible, se daría la imprudencia consciente o con representación¹¹⁵².

La línea divisoria entre las acciones dolosas y las culposas, por tanto, hay que buscarlas en un plano estrictamente intelectual¹¹⁵³.

Como pone de relieve JIMÉNEZ DE ASÚA, el título no es impropio, puesto que esta doctrina se caracteriza por ver la esencia del dolo en el elemento de la representación (elemento intelectual), en el conocimiento y previsión del autor¹¹⁵⁴.

Se evidenciaría la presencia del dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado y culpa consciente cuando la posibilidad era muy lejana; en tal entendido, el juicio de imputación subjetiva, se deriva esencialmente desde la perspectiva del autor, en cuanto al juicio que éste tuvo sobre la probabilidad de que se produzca el resultado, sin tomar en cuenta las circunstancias objetivas que rodean al hecho que son las que fundan la verdadera posibilidad de realización típica.

No se evidencian criterios de mayor constatación que puedan acreditar cuando un sujeto actuó en realidad dando por seguro un determinado resultado; para el aplicador del Derecho se trata, pues, no de investigar el grado objetivo de probabilidad de que el resultado se materialice, sino de comprobar, de la mano de hechos objetivos y susceptibles de prueba, si el sujeto, desde un punto de vista estrictamente subjetivo, se representó dicha materialización del resultado como probable (...) ¹¹⁵⁵.

No resulta relevante la actitud interna del autor, sino el haber querido actuar pese a conocer que el peligro creado por su conducta, entraña una gran posibilidad de producir un resultado lesivo para un bien jurídico.

¿Qué pasa cuando la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña? Resulta imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y qué pasa cuando el autor cae en error sobre la efectiva probabilidad de que se produzca el resultado o cuando confía ciegamente en sus capacidades personales¹¹⁵⁶, no olvidemos, que en el marco de un modelo procesal penal «Acusato-

1152 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español, II*, cit., p. 149.

1153 DÍAZ PITA, M^a; *El Dolo Eventual*, cit., p. 91.

1154 Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal. T. V*, cit., ps. 398-399.

1155 DÍAZ PITA, M^a; *El Dolo Eventual*, cit., p. 97.

1156 Así también STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 194; algunos autores critican esta teoría por ausencia del elemento volitivo; así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español, II*, cit., p. 149; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 232; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal, T. V*, cit., 404.

rio», el persecutor público tiene el deber de acreditar –con suficiente verosimilitud–, todas las aseveraciones fácticas que construyen su «Teoría del Caso».

Los juicios de valor que se utilizan para afirmar la imputación jurídico-penal deben sostenerse sobre bases seguras y confiables, no en base a estimaciones personales “subjetivas” que pueden dar lugar a resultados distintos, pese a revelar una situación similar o parecida.

La mera representación de la posible producción de un resultado no justifica, pues, desde un punto de vista político-criminal, la imposición a un sujeto de la pena más grave prevista para el dolo¹¹⁵⁷, si de las consecuencias de imputación subjetiva se desencadena en principio una reacción jurídico-penal más intensa en comparación con la imprudencia.

7.3. Toma de Posición

La tendencia de un sector de la dogmática *jurídico-penal* dominante, es la de reducir al máximo el elemento volitivo del dolo; quien actúa conociendo el efectivo peligro que entraña su conducta que sobrepasa el «Riesgo Permitido», evidencia un menosprecio por la seguridad del bien jurídico amenazado, ajustable a las exigencias probatorias que toman lugar en el procedimiento.

Dicha peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. No importa la sola conciencia de la probabilidad estadística, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular.

El dolo es el elemento nuclear del tipo subjetivo del injusto, que puede ser definido como la conciencia y voluntad de realizar una conducta objetivamente transgresora, o como una voluntad consciente resultante.

Es por lo anotado, que en el dolo identificamos un plano cognoscitivo (intelectivo) y otro plano volitivo, por eso se dice que la configuración dolosa implica la conciencia y voluntad dirigida a la causación de un resultado lesivo.

El dolo contiene dos sub-especies reconocidas por la mayor parte de la doctrina: el «dolo directo» y el «dolo eventual o de consecuencias necesarias».

El dolo directo, implica el conocimiento de la realización de un riesgo no permitido, dirigido a voluntad, es decir, el agente con su actuación quiere obtener la producción de un determinado resultado lesivo, dirige pues, su conducta decisivamente a este fin; en cambio, el dolo eventual o de consecuencias necesarias, supone un alto grado de cognoscibilidad de la realización de un riesgo no permitido, pero, no tiene la voluntad que se identifica en el dolo directo, el

1157 DIAZ PITA, M^a.; *El Dolo Eventual*, cit., p. 103.

agente no desea la obtención del resultado típico, pero pese a eso, realiza su conducta infractora y se produce la causación de daño, por ende, lo admite y consiente (tolera).

Ahora bien, cuando el legislador utiliza la frase "a sabiendas", debe entenderse la inclusión de ambas formas de dolo (dolo directo y dolo eventual). La exclusión del dolo eventual daría lugar a consecuencias insatisfactorias desde un punto de vista político-criminal¹¹⁵⁸; por lo que muchas conductas en sí peligrosas serían sustraídas del ámbito de punición, al pretender que su subsunción jurídica-penal, sólo recaiga a título de dolo directo.

El que sabe de las circunstancias que hacen de un comportamiento una conducta típica, está actuando de forma general con dolo.

No cabe duda entonces, que la frase «a sabiendas», fue incorporada en la estructura semántica de algunos tipos penales, a fin de diferenciar el dolo con la culpa, pero esta tendencia legislativa fue plasmada a fines del siglo 19 en la legislación comparada, y fue introducida en nuestra legislación punitiva en el CP de 1924. En aquella época la concepción del dolo era una distinta a la actual, pues, en aquel tiempo imperaba una noción causalista de este elemento subjetivo, al considerarse como un «dolo malo», que aparte de la conciencia de la antijuridicidad habría de abarcar otros elementos: como la maldad o la malicia.

Cabe decir, que el dolo es un elemento de la tipicidad que cubre todos los elementos objetivos del tipo penal, sin tener que entrar en consideración a otras dimensiones del estado anímico del agente.

En palabras de CUSSAC, la frase "a sabiendas" se introdujo para exigir el dolo y excluir la culpa¹¹⁵⁹, la segunda es de orden gramatical, ya que esa elocución se refiere inequívocamente al grado de conocimiento exigido al autor de la figura legal y no se extiende a la voluntad, pues el legislador utiliza otro término como "intencionalmente". La tercera razón, es que tal concepto debe ser entendido como "conciencia y voluntad del hecho antijurídico", donde la locución "a sabiendas" se identifica con el elemento intelectual del dolo (conocimiento del hecho), que es igual para el dolo directo que para el dolo eventual¹¹⁶⁰ (...). En tal medida, el legislador ha querido conservar esta terminología en algunos tipos penales como el parricidio que exige un alto grado de conocimiento al momento de la realización típica, como una forma de delimitar con exactitud el error de tipo.

1158 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., ps. 153-154; en contra STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 201.

1159 De forma, que se excluye la punibilidad de la conducta, cuando el autor obra con error o negligencia inexcusable del derecho.

1160 CUSSAC GONZÁLEZ, J. L.; *El Delito de Prevaricación de Autoridades y Funcionarios Públicos*. 2da. Edición actualizada conforme al Código Penal de 1995, cit., ps. 114-119.

Entonces, la diferencia entre el dolo directo y el dolo eventual, es precisamente el elemento volitivo, mas el elemento intelectual es el mismo, y, siendo coherente con la tendencia actual de la dogmática jurídico-penal, lo que interesa establecer es que el agente actuó típicamente sabiendo (conciencia) de que su obrar sobrepasaba los márgenes del riesgo permitido.

Resulta preciso destacar, que el dolo -como elemento subjetivo del injusto- debe probarse en el curso del Proceso Penal, en tal medida, la acreditación del elemento volitivo es de difícil probanza, por lo que la doctrina dominante se inclina por identificar únicamente el elemento intelectual (cognoscitivo), para acreditar el dolo del agente. Asimismo, 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 intelectual¹¹⁶¹. Por consiguiente, la definición genérica del dolo como «conocimiento y voluntad» ha ido paulatinamente perdiendo validez científica, como postulado teórico tradicional. Y, esta declinación por el elemento volitivo obedece en gran medida por una galopante teoría del conocimiento, esta preferencia por el plano cognoscitivo es aplicada coherentemente con los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva, pues, la dimensión cognoscitiva debe abarcar la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado¹¹⁶².

Tal como apunta -LAURENZO COPELLO- para dar por buena la aplicación de una teoría cognitiva a un supuesto doloso, siempre será preciso, pues, verificar si el pronunciamiento del tribunal se funda en argumentaciones como la expuesta, donde se valoran los indicios reveladores de la conciencia del riesgo y al mismo tiempo se desmontan aquellos contraindicios que pudieran conducir a la negación de tal conocimiento¹¹⁶³.

1161 VIVES ANTÓN, Tomás S.; *Fundamentos del Sistema Penal*. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, cit., p. 235.

1162 Resulta más que interesante describir las posturas que a este respecto ha llegado el razonamiento sistemático funcional (teleológico), autores como Frisch en Alemania han quebrado las posturas dogmáticas tradicionales con respecto al dolo. En su opinión, dado que el objeto funcional del dolo no es el tipo, sino el comportamiento típico, no es posible hablar de la existencia de un elemento voluntativo en el dolo, ni siquiera de un dolo eventual en sentido clásico. Más bien es necesario y suficiente que el sujeto tenga conocimiento de la peligrosidad de su comportamiento, y de que ésta ya no es tolerada por la ley, esto es, el "conocimiento del riesgo típico": Citado por SCHÜNEMANN, Bernd; *Introducción al Razonamiento sistemático en Derecho Penal*. En: *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. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1991, cit., ps. 68-69.

1163 COPELLO LAURENZO, Patricia; *Dolo y Conocimiento*. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, cit., ps. 175.

Es de verse, entonces, que no toda conducción que implique un peligro concreto para un bien jurídico debe ser reputada como dolosa, se debe medir el nivel de conocimiento del sujeto, de conformidad a su actividad desplegada, debe existir un plano fáctico verificable, en cuanto a la seguridad de producir un determinado resultado típico en base a una comprobación objetiva desde una perspectiva *ex ante*.

Ciertamente, la inseguridad -empírica y probatoria- que conduce ambas teorías (consentimiento y de la probabilidad), ha llevado a considerar una sola categoría de dolo. Así, STRATENWERTH, cuando escribe que en los casos en que la ley exige dolo, están totalmente equiparadas ambas formas -*dolus directus* y *dolus eventuales*--¹¹⁶⁴. *Contrario sensu*, cuando el conocimiento no es seguro o cuando no existen datos suficientes de que el autor haya obrado confiado de que el resultado haya de producirse estaríamos ante un caso de imprudencias¹¹⁶⁵.

En resumidas cuentas, obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su acción (conoce la acción que realiza y sus consecuencias).

Lo importante, es pues, el conocimiento de la peligrosidad concreta de la realización típica; en cambio, en la imprudencia el error recae sobre su capacidad de evitación o sobre la efectiva peligrosidad de la conducta, de haber sobrepasado el baremo del *riesgo jurídicamente desaprobado*.

Por lo tanto el error de la representación subjetiva del autor incide sobre el plano objetivo, lo que lleva a Sancinetti afirmar la inexistencia de un tipo objetivo común entre el dolo y la imprudencia¹¹⁶⁶. Pero, la delimitación entre el dolo y

1164 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 200.

1165 En contra DÍAZ PITA, M^a; para quien el elemento cognitivo es insuficiente como límite entre dolo e imprudencia, considerando necesario de un "plus" de carácter volitivo, para separar ambos campos; *El dolo eventual*, cit., p. 108; Para CEREZO MIR, el criterio decisivo se halla en la actitud emocional del sujeto y, por tanto, no en la magnitud que atribuya al peligro. Siempre que al realizar la acción cuente con la posibilidad de la realización del tipo, se dará el dolo eventual; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., ps. 150-151; En tanto que LUZÓN PEÑA adopta una teoría restringida del consentimiento; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 426.

1166 SANCINETTI.; *Observaciones sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, ps. 58 y ss. (Inexistencia de un tipo objetivo común al dolo y a la imprudencia), el mismo autor señala que por malas que sean las intenciones del autor, no puede haber dolo si el riesgo objetivo que él asume con "buenas razones" -por eso, riesgo reprobado- es así de difuso y, todavía, por ende, "abstracto". Pues, lo que conduce a afirmar la presencia del dolo es el grado de cognoscibilidad sobre el peligro generado por la conducta, la representación subjetiva necesita de un fundamento racional y éste lo proporciona la tipicidad objetiva, la función del tipo objetivo es de servir de elemento definidor si es que el conocimiento del autor es propio del dolo o de la imprudencia. En la imprudencia el desconocimiento incide sobre los factores que condicionan la relevancia típica de la conducta.

la imprudencia viene definida por la determinación del deber subjetivo, mediante la exigibilidad del conocimiento del peligro; sin embargo ello no conduce a negar el correlato subsistente entre el tipo subjetivo con el tipo objetivo que fundamenta la tipicidad¹¹⁶⁷.

8. 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 dolo¹¹⁶⁸.

Al faltar el dolo, falta solamente el tipo subjetivo del correspondiente delito de comisión doloso¹¹⁶⁹; 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; 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 Romano¹¹⁷⁰.

1167 De distinta opinión es SANCINETTI que fundamenta la distinción entre dolo e imprudencia "ya" en el tipo objetivo, no depende de un dato especial del tipo subjetivo. Subjetivamente sólo hace falta la representación del riesgo, pero del riesgo característico del tipo. Entonces, para el autor no todo riesgo objetivamente imputable es suficiente para la imputación por dolo; op.cit., ps. 60-61; en parte tiene sentido su afirmación al establecer la distinción objetiva en base a las condiciones efectivas del riesgo. JAKOBS coincide con la posición expuesta al rechazar la posibilidad de distinción en el tipo objetivo, para este autor no hay distinción alguna en el tipo objetivo..., sino en la representación del tipo objetivo. JAKOBS fundamenta la imprudencia como un caso de error, señalando que la imprudencia es uno de los casos en que representación y realidad no se corresponden, por tanto un caso de error; ALLGEMEINER TEIL; en este sentido CORCOY BIDASOLO al apuntar que el error, como elemento esencial del tipo subjetivo imprudente, puede recaer: 1) sobre la valoración del autor sobre su capacidad de evitar la lesión, cuando tiene el control del riesgo; 2) sobre el desconocimiento de la efectiva peligrosidad de la conducta, en los casos en que no mantiene el control del riesgo, siempre que ese desconocimiento tenga un fundamento racional y en todos los supuestos de culpa inconsciente; *El delito imprudente -Criterios de Imputación*. PP, Barcelona, 1989, p. 289; en consecuencia, el error no sólo recae sobre la representación de la efectiva virtualidad que genera la conducta riesgosa, sino también, sobre la confianza del poder de evitabilidad del riesgo.

1168 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, 11, cit., p. 133.

1169 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 180.

1170 Cfr., PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*. Vol. 1, cit., p. 248.

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, LABATUT 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 (...)¹¹⁷¹.

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 sólo referido a los aspectos de la tipicidad¹¹⁷².

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, ocurre ahora que el error de tipo está referido a todos los elementos integrantes del mismo, ya sean valorativos, fácticos 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).*

En principio, el dolo del autor debe abarcar todos los elementos comprendidos en el tipo objetivo, sean éstos 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 tipo¹¹⁷³.

1171 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 130-131.

1172 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...* cit., p. 257.

1173 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 53.

“La acción dolosa exige el conocimiento de la significación de los elementos típicos normativos”¹¹⁷⁴.

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 conciente 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 «vencible» o «invencible», siguiendo en estricto, las reglas contenidas en la codificación penal sustantiva.

8.1. 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 CARNELUTTI¹¹⁷⁵.

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 éste 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 (capacida-

1174 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 238.

1175 CARNELUTTI, Francesco; *El Delito*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1952, cit., p. 162.

des y conocimientos individuales del autor), mas no sobre criterios 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 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, etc¹¹⁷⁶.

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 fácticamente ocurridos.

La divergencia entre fin y evento aquí considerada puede ser intrascendente o trascendente para los fines del dolo¹¹⁷⁷. Se trata de los llamados casos de extravío o de aberración¹¹⁷⁸.

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 hemofílico¹¹⁷⁹, 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 objetiva¹¹⁸⁰), 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 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

1176 Con la reforma introducida por la Ley N° 28704 del 2006, en el campo de los delitos sexuales, la capacidad de autodeterminación de las personas mayores de 14 años ha quedado prácticamente anulada, por los excesos criminalizadores del legislador, a fin de complacer a los grupos de presión mediáticos.

1177 CARNELUTTI, F.; *El Delito*, cit., p. 163; BUSCOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 262.

1178 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 210.

1179 Así también, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 137-138.

1180 Así también, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 182.

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 representado¹¹⁸¹.

Conforme lo anotado, 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.

8.2. Error sobre un Elemento Accidental

Se presentan 2 variantes:

- a. Error sobre los elementos del hecho que no modifican la adecuación típica, que no alcanzan a alterar su naturaleza jurídico-penal: A quiere matar a B, pero mata a C; El injusto penal de homicidio o de asesinato no es alterado en sus elementos de composición típica, en tanto el ataque anti-jurídico se dirigió sobre una persona viva -objeto de protección por parte de ambas figuras delictivas-, a menos que la acción se haya dirigido a causar la muerte de un pariente, en cuanto a la tipificación penal del delito de Parricidio; si la esposa, que envenenó la comida de su marido, pero éste último se la invita a un compañero de trabajo y, por lo que fallece de forma instantánea.
- b. Las circunstancias agravantes también forman parte del conocimiento, es decir, del dolo, cuya ausencia puede desencadenar en un Error de Tipo, que puede llegar a excluir su agravación, de ser el caso; si el autor obra desconociendo una circunstancia cuya concurrencia determina la agravación de la pena, ésta no podrá proceder; así, cuando el autor, secuestra a una persona, desconociendo su calidad de funcionario público, donde la punición ha de seguir los términos del tipo base del delito de Secuestro.

A nuestro entender, no resulta político-criminalmente satisfactorio, que no se regulen las incidencias jurídico-penales que deben recaer, cuando el autor desconoce aquellos factores o elementos que hacen de una conducta típica una modalidad atenuada o privilegiada, pues de *lege lata* sólo se ha incidido sobre el desconocimiento de las circunstancias que agravan una conducta, por tales

1181 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 183.

motivos, bastará que la descripción fáctica adecue el hecho a una atenuante, para que se resuelva a su favor. Visto con un ejemplo: si el sobrino que quiere heredar a su tío, mata a su tío, sin conocer que éste se encuentra padeciendo de una enfermedad incurable, se daría el tipo atenuado del Homicidio Piadoso, pese a que su intención fue a todas luces la conducente al tipo penal del art. 108° o del 107° del CP; la mujer gestante que se somete voluntariamente a un aborto, sin conocer que es la única alternativa que tiene para salvar su vida, sería constitutiva del tipo penal del artículo 119° (Aborto terapéutico).

Así como se exige el conocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, para admitir la concurrencia del precepto permisivo, de igual forma debería suceder en el caso de la procedencia de los tipos privilegiados, dicha situación únicamente resulta corregible mediante la aplicación del artículo 26° del CP («Incomunicabilidad de las circunstancias personales») cuando participan más de uno, mas no en el caso de un único autor.

El error es trascendental entonces, en los siguientes supuestos:

8.3. Error in Personam (Vel in Objecto)

Se configura cuando la acción incide sobre el objeto al que precisamente se orientaba, pero éste 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 cuestión¹¹⁸²; si son "equivalentes", el autor no sacará ningún provecho de su error y seguirá siendo punible por un hecho consumado¹¹⁸³.

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 otro¹¹⁸⁴. 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*¹¹⁸⁵.

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

1182 Así, MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 240; SAUER, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 255.

1183 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 240.

1184 Cfr.; BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 54.

1185 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 262.

verdad se dirigen a B, no podría darse el tipo penal en cuestión, en la medida, que sólo el sujeto pasivo de la acción típica está en posibilidad de valorar el contenido injurioso de las frases que se dirigen en su contra, a menos que se 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 igualdad¹¹⁸⁶; sin embargo, en legislaciones comparadas, se advierte aún 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.

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 consumado¹¹⁸⁷; 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.

8.4. 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 sólo 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

1186 Cfr.; al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 118-120.

1187 Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 142.

matar a B, pero, como consecuencia de su mala puntería mata a C, el objeto lesionado es distinto al que se quería lesionar.

¿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 C¹¹⁸⁸. 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 consumado¹¹⁸⁹.

1188 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.

1189 MIR PUIG; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 259-260; así también, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 143-144; BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 55; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 240; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 263; si bien es cierto que el objeto alcanzado no fue el querido por el autor, el asunto también dependerá, si el autor ha tenido o no conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, debe imputársele a título de dolo. En ese sentido, resulta suficiente para el dolo del autor, que su conocimiento abarque la creación de un peligro jurídicamente desaprobado para varios bienes jurídicos, es decir, si el agente sabía perfectamente que el disparo podía perfectamente alcanzar igualmente a C y a B, entonces, sí es correcto imputar el resultado a título de Homicidio Doloso consumado si es que el disparo alcanza a C y no a B; Como señala BACIGALUPO "para el dolo basta la voluntad de matar a alguien", pues es ya la voluntad de matar a otro, *Principios de Derecho Penal*, cit., ps. 236-237; otro caso de *aberratio ictus*, sería cuando se pone una bomba en un puente con un mecanismo que la haga estallar al pasar un segundo coche, resulta que la bomba del puente por un fallo no estalla bajo el segundo coche sino minutos más tarde bajo otro coche cualquiera; en

a. El Resultado puede ser Menos o Más Grave

Alguien, al verse asaltado por la noche, se defiende con un arma contundente, alcanzando a un tercero, mas no al agresor que intentaba detenerlo, pues recae sobre otra persona.

El autor quedaría impune porque la tentativa de lesión al agresor se encuentra cubierta por la Legítima Defensa, mientras, que las lesiones producidas al tercero también quedarían impunes por encontrarse en una situación de inculpabilidad: Miedo Insuperable, no pudiéndose a tales efectos aplicar el error de tipo en su extensión regulativa, pues según nuestra posición el error que recae sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación debe ser resuelto según las reglas del error de prohibición.

8.5. 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 posibilidad 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 sólo se hiere y el herido se muere a causa de un accidente que sufre la ambulancia por haberse conducido de forma temeraria¹¹⁹⁰.

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 esta 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

cambio será un error in *objecto* cuando ese segundo coche que queda destrozado no es el de quien se esperaba.

1190 Para SANCINETTI este desvío del curso causal quiebra la relación de imputación objetiva, ciertamente, sólo con relación al riesgo de muerte "por disparo", porque, respecto del riesgo "necesidad de conducción endiablada", sí hay imputación. Pues, como dice JAKOBS las consecuencias de un viaje de salvamento temerario justificado o disculpado por estado de necesidad deben ser imputadas a aquel que ha hecho necesario el salvamento, ob. cit., p. 63; pero, esta imputación no puede ser a título de dolo ni tampoco por imprudencia como señala SANCINETTI; para nosotros la imputación se basa en un criterio versarista, es de pura responsabilidad objetiva por el resultado, al autor se le imputan todos los riesgos desencadenantes generados por su primera actuación generadora de un peligro gravitante.

acontecido 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.

8.6. 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 acción¹¹⁹¹.

Ejemplo: un sujeto le infiere 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 homicidio¹¹⁹², 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 autor¹¹⁹³. Sin embargo, como estima STRATENWERTH, si

1191 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español, II*, cit., p. 138.

1192 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español, II*, cit., p. 140.

1193 De distinta opinión es MUÑOZ CONDE, que señala que es más justo apreciar un solo delito consumado doloso: el sujeto quería matar y lo ha conseguido. Su postura se basa en la Teoría del Asentimiento, en un querer el resultado, marginando de este modo, si es que

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 consumado¹¹⁹⁴, pues, el riesgo que da lugar al resultado era conocido como uno probable para producir el resultado.

8.7. 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)¹¹⁹⁵, pues la realización de la primera acción es constitutiva de un riesgo no permitido que se deriva de la inobservancia del deber de cuidado.

el dolo del autor abarcó o no el conocimiento de que si su acción estaba creando ese riesgo que finalmente fue el que produjo el resultado; *Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 294.

1194 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 185; BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., ps. 55-56.

1195 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 141.

9. 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 objetiva¹¹⁹⁶.

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 injusto¹¹⁹⁷; 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 teoría de los elementos subjetivos del injusto¹¹⁹⁸, (...) con frecuencia se trata, en estos elementos, de algo que no es, o que no sólo es, un acontecimiento exterior sino datos y relaciones internas¹¹⁹⁹.

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 ellas¹²⁰⁰. 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

1196 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. III, cit., p. 716.

1197 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 120; así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de derecho Penal...*, cit., p. 395; SAUER, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 118-119.

1198 Cfr.; MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-Penal*, cit., p. 36.

1199 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 201.

1200 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 135.

constitutiva del tipo legal correspondiente (...) ¹²⁰¹. 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 típica ¹²⁰², 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 a la Culpabilidad del sujeto infractor, sino, al injusto típico), son elementos subjetivos de la tipicidad.

Para MEZGER, tales elementos subjetivos del Injusto eran excepcionales de un tipo del Injusto entendido de modo causal objetivo ¹²⁰³.

Estos elementos específicos del tipo no coinciden con el dolo; el legislador ha querido destacar en ciertos tipos, determinadas tendencias o motivos del dolo, que trascienden el umbral del aspecto volitivo propio de la esfera subjetiva del injusto; importan componentes anímicos específicos que motivan al autor, que expresan un determinado sentido que él atribuye a su acción o una actitud al realizar el hecho; v.gr., el ánimo de injuriar, el ánimo de lucro, el ánimo lúbrico, etc.

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 pre-jurídico; correspondiente al tránsito de un Injusto plenamente objetivado a un Injusto que habría de reconocer ciertos elementos subjetivos, a nivel de la tipicidad.

En un sistema bipartito, determinado por la categoría del Injusto y la Culpabilidad (VON LISZT – BELING), sólo este último nivel de la teoría del delito era penetrado por un elemento subjetivo, concretamente por la voluntad conciente (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

1201 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 185.

1202 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. III, cit., p. 716.

1203 MEZGER; *Die subjektive Unrechtselemente*, cit.

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 trato de explicar el fenómeno delictivo partiendo de procesos físicos y biológicos, ajenos a la estructura psico-social 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 valorativos¹²⁰⁴.

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.

El Sistema Causalista, propio del positivismo jurídico, centraba su análisis desde un plano empírico, a través del plano mismo del ser, como si las conductas que se desprendían de los tipos penales no supondrían modelos valiosos de conducta, estrictamente del "deber ser", pues las conductas prohibidas son reflejos de aspiraciones de comportamientos humanos, cuya adecuación típica debe surgir del ser para arribar al deber ser. La notable influencia del Neo-Kantismo puso en tela de juicio la estructura puramente descriptiva del Injusto y la relación psicológica que fundaba el juicio de culpabilidad, acentuando una perspectiva más valorativa, en ambos niveles dogmáticos, tonificando la esencia personal del delito a través de una mayor espiritualidad, fruto de una consideración ius-filosófica. Al margen del escaso desarrollo de esta corriente en el pensamiento sistemático, debe relevarse que con MAX ERNST MAYER, que hace especial hincapié en los elementos subjetivos de las causas de justificación, (...) la separación entre el ámbito de lo subjetivo y lo objetivo no era posible, pues había injustos que necesariamente requerían de un elemento subjetivo para su comprensión jurídico-penal¹²⁰⁵.

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 como 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.

1204 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 44.

1205 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 140.

Sin duda, es el concepto ontológico de acción, llevado por WELZEL y también por MEZGER, 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 pre-determinada. 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 fin¹²⁰⁶. 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 jurídico¹²⁰⁷.

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 de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines¹²⁰⁸. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción¹²⁰⁹; 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 penal¹²¹⁰. 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 alemana¹²¹¹. 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 vera 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

1206 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 82.

1207 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 87.

1208 WELZEL, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 41.

1209 WELZEL, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 42.

1210 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 55.

1211 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., ps. 82-83.

pasar por alto este aspecto; si el derecho no quiere ser y no debe ser, fundamentalmente, una "ordenación de los sentimientos", puede y debe incluir en sus apreciaciones también lo psíquico como origen de la conducta externa¹²¹²; 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 penal¹²¹³.

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 culpabilidad¹²¹⁴.

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.

Autores como SAUER, parten de la premisa que la diferenciación fundamental de lo subjetivo y lo objetivo, intacta también a través de esta situación jurídica, debe ser distribuida justamente: Injusto y culpabilidad se diferencian ciertamente en la medida valorativa (juicio objetivo desvalorativo sobre la dañosidad social y la ilegalidad del hecho frente al reproche subjetivo de la culpabilidad sobre el ánimo ético-socialmente reprochable del autor), pero injusto y culpabilidad no se diferencian en el objeto pues el querer y el obrar penetran dentro de uno y otra. Así se explica que el juicio del injusto pueda referirse también a elementos subjetivos como la intención, el fin, el motivo; y por eso se incluyen también en la tipicidad objetiva elementos subjetivos que se reproducen aún en el juicio de culpabilidad¹²¹⁵; por tales motivos, se infiere una confusión plena de la delimitación del Injusto con la culpabilidad, pues los elementos subjetivos que se identifican en el plano de la tipicidad suponen una vinculación anímica con el

1212 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 135-136.

1213 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, cit., p. 83.

1214 WELZEL, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 98.

1215 SAUER, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 119.

hecho en si, en cambio la culpabilidad, o mejor dicho la imputación individual, es un juicio de valor estrictamente personal.

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 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 externo¹²¹⁶; 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 cumplimentada 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 mas 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 penal¹²¹⁷; de todos

1216 WELZEL, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 99.

1217 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 83.

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 sólo 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 tipo¹²¹⁸. 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 fenomenológico¹²¹⁹, para la determinación de la conducta relevante para el Derecho penal, cuya sobre-exaltación fuera luego cuestionada por posiciones de mayor depuración conceptual de las ciencias jurídicas, pues las estructuras lógico-objetivas no constituyen por sí mismas, 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 ontologicistas de MEZGER y WELZEL¹²²⁰.

Por lo expuesto, podemos afirmar que la introducción de los elementos subjetivos del injusto en el ámbito de la dogmática penal, tiene que ver fundamentalmente con una postura ontológica del delito, mas no de una interpretación normativa que se desprenda de *lege lata*; máxime, no resulta desdeñable señalar, que la incorporación de los elementos del ánimo al tipo subjetivo del injusto, tiene que ver también con concepciones ideológicas y políticas a la vez, pues a su precursor MEZGER se le vincula con el Régimen Nacional-socialista Alemán, particulariza en esencia una postura dogmática propia de un Estado autoritario, poniendo hincapié a un Derecho penal de autor. Inclusive a WELZEL, anota MUÑOZ CONDE, partidarios de la teoría causal de la acción, (...) han señalado la proximidad de la teoría final de la acción con el "Derecho penal de la voluntad" propugnado por la Escuela de Kiel¹²²¹; no olvidemos que el finalismo -a partir de las estructuras lógico-objetivas- supuso una subjetivización del Injusto, que da

1218 WELZEL, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 100; así, SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 55.

1219 Al respecto ver, SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., ps. 59 y ss.

1220 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 85.

1221 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 37.

lugar a un Derecho penal de voluntad, la superposición del disvalor de la acción por el disvalor del resultado, son elementos que dan a juzgar una concepción no muy democrática del recurso punitivo.

Entonces, ¿No es que estos «ánimos», pueden ser el reflejo de una intervención excesiva del Derecho penal en ámbitos que legítimamente no le corresponde en un orden democrático de derecho, el aspecto anímico del autor, que únicamente debe manifestarse en el dolo y reconocidos de forma excepcional en algunas figuras delictivas, siempre que su inclusión esté amparada legalmente? Creemos que sí, pues su sobre-exaltación no responde a las finalidades político criminales que se desprenden de un Sistema penal propio de un Estado de Derecho, donde la relevancia jurídico-penal de una conducta debe determinarse sobre un doble baremo a saber: primero, que la conducta crea un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud lesiva, y que dicho comportamiento provenga de una actitud consciente y voluntaria del autor, que lo haya hecho con desprecio, rabia, desidia, etc., son elementos que no interesan a efectos de establecer el juicio de imputación delictiva.

Debiéndose destacar, que el autor alemán que propugnó teóricamente la introducción de estos elementos, MEZGER, era partidario de una dogmática jurídico-penal fuertemente impregnada de caracterizaciones criminológicas, que ponen el acento en el "ser delincuente", a partir de estructuras étnicas y antropológicas. En 1951 —como recuerda MUÑOZ CONDE— publicó una "Kriminologie", depurada de las connotaciones más evidentemente racistas, aunque siguió insistiendo en la teoría de los "tipos de autor" que ya había defendido en épocas anteriores, y que también eran defendidas, aunque con distintas variantes, por algunos penalistas muy representativos del pensamiento jurídico nazi como Dahm o Schaffstein, según la cual determinadas características biológicas y psíquicas favorecían la comisión de delitos, y que dio lugar a leyes contra el tipo de autor de los elementos dañinos para el pueblo, de claras connotaciones racistas (...) ¹²²²; de tal manera que debemos ser muy atentos, al momento histórico-social en que se introdujeron los elementos subjetivos del injusto, si bien suponían un avance significativo en la evolución de una dogmática penal mas depurada en sus conceptos contextuales, no es menos cierto que respondían a finalidades político criminales que no corresponde con el modelo de un Estado Social y Democrático de Derecho, esto es, la protección preventiva de bienes jurídicos, mas no la degradación teórica del ser humano.

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

¹²²² MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., ps. 30-31.

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»¹²²³.

9.1. 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, 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.

1223 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 136-137; MEZGER, E.; *Modernas Orientaciones de la Dogmática...*, cit., ps. 36-37; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 122; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 185.

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 posibilidad 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»¹²²⁴.

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, etc.¹²²⁵

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 sólo puede ser reputado como crímenes comunes, atentando contra bienes jurídicos fundamentales.

9.2. Elementos de Tendencia Interna Intensificada

Aparte de aquellos elementos que aparecen en el marco de una ulterior finalidad del autor, se identifican otros, que vienen a imprimir o mejor dicho, a acentuar una inclinación del autor, proclive a satisfacer ciertos impulsos anímicos.

1224 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 171-173.

1225 Así también, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 122; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 186.

Aquí, la acción aparece como expresión de una tendencia subjetiva del autor y cae bajo la sanción de la ley en donde esta tendencia existe¹²²⁶.

En este grupo no se exige un resultado más allá del señalado por el tipo legal, bajo este supuesto el autor al momento de realizar la acción, imprime un determinado contenido subjetivo (fin anímico), el ánimo lúbrico -de satisfacer o de excitar el apetito sexual-, en los atentados contra el pudor de menores (art. 176°-A), excitar o satisfacer el instinto sexual; de aplacar el apetito libidinoso.

En el caso de los impulsos afectivos (tendencias, móviles) del autor, que asimismo suelen tener importancia, se recurre, en cierta medida aun detrás de los motivos, a las fuerzas impulsivas psíquicas que se expresan en la aparición de aquellos motivos y en la elección de las metas de la acción¹²²⁷.

La exigencia en la presencia de estos ánimos encuentra muchos detractores en parte de la doctrina, que son de la postura que basta la presencia del dolo, un ánimo de naturaleza específica, de muy difícil probanza conllevaría a la atipicidad (*Indubio pro reo*), creándose por ende, virtuales espacios de impunidad y el consiguiente decaimiento de los efectos preventivos de la pena; tomando en cuenta, que según los dictados del modelo Acusatorio -de rasgo *adversarial*-, el Fiscal tiene la obligación de acreditar en el Juzgamiento, todas las aseveraciones fácticas que sostiene su Teoría del Caso, entre ellas, que el autor obró, impulsado con el afán de satisfacer dicho ánimo lúbrico.

La noción del delito debe buscarse en el interés lesionado, basta con que se produzca un resultado lesivo en la esfera interna de la víctima (el móvil del agente podría consistir en un mero interés científico o de experimentar nuevas sensaciones)¹²²⁸.

Conforme lo anotado, los tipos penales comprendidos en el Capítulo IX del Título IX del CP, tutelan un ámbito de especial relevancia en la libertad personal de un individuo, de cautelar la autodeterminación sexual de los individuos, en cuanto a la posibilidad de consentir o no un acto sexual con otra persona; y, no de reprimir, actos que penetran en la esfera lógico-objetiva de los individuos.

1226 Cfr., MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 136.

1227 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 205.

1228 Los partidarios que consideran necesario la concurrencia de un elemento adicional, distinto al dolo, en este caso un ánimo lúbrico, argumentan que éste constituye un elemento diferenciador del delito de violación. En tal sentido, la existencia de un ánimo distinto al lúbrico, determinada la inexistencia del delito o, en todo caso, su subsunción dentro de otro tipo legal: injurias por ejemplo. En cambio, el criterio de exigir sólo la concurrencia del dolo, plantea que únicamente es necesario que el elemento subjetivo esté constituido por el dolo, es decir, el carácter impúdico de la acción realizada en el cuerpo de otro y de la ausencia de consentimiento por parte del sujeto pasivo, haciendo abstracción a todo elemento ajeno al dolo.

En ninguna de estas figuras delictivas, -que han sido objeto de permanentes modificaciones por parte del legislador-, se advierte que la estructuración típica exija la concurrencia de un aplacamiento del instinto mórbido del sujeto activo; máxime, póngase el ejemplo de quien introduce un objeto en la cavidad anal de una mujer, siendo imposible que se satisfaga sexualmente, por ser impotente, o de usar una prótesis en sustitución del pene; ahora la modalidad típica se ha abierto de forma *lata* («acceso carnal sexual»), vía la dación de la Ley N° 28251, dando lugar a un mayor número de variantes típicas¹²²⁹.

Por consiguiente, la presencia de un elemento lúbrico -en la esfera subjetiva del injusto-, importa una inferencia injustificada político-criminalmente y dogmáticamente incorrecta; si el tocamiento de los genitales o de las cavidades (uterinas o anales) se realiza en el marco de una actuación médica¹²³⁰, simplemente esta conducta no es típica, por estar cubierta por el riesgo permitido, pero, si esta conducta trasciende el ámbito permitido, se constituye en una actividad típica. Parece que el foro doctrinal aún no ha calado fondo este tema y se sigue una postura construida hace más de cincuenta años. La continua revisión de los contenidos dogmáticos es un deber irrenunciable por parte del jurista, a fin de conciliar la norma con la realidad social.

En el caso de los delitos contra el Honor, aparece también de forma paradigmática, la necesidad de incluir como exigencia típica los denominados "*animus iniuriandi, difamandi*", etc., muy a pesar de que los tipos legales en cuestión no comprenden estos elementos subjetivos. En ellos el tipo requiere el ánimo o tendencia de realizar precisamente la propia conducta típica¹²³¹.

La jurisprudencia nacional ha galopado por estos rumbos subjetivos de los ánimos, al exigir su concurrencia en los delitos contra el honor¹²³².

1229 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 643-645.

1230 En contra MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., 136; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 122; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 187.

1231 LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 396.

1232 Así, la ejecutoria recaía en el Exp. 7720-97-LIMA: "*El delito de calumnia requiere como aspecto subjetivo de los mismos la presencia del animus injuriando, respecto del cual la dogmática penal, señala la posibilidad de superposición de otro ánimo excluyente de la intención injuriosa es consecuencia de la propia naturaleza de este delito. En efecto como delito de tendencia, desaparece la ilicitud del acto cuando se ejecuta con otra intención distinta de la de injuriar. Este es el problema de los peculiares animus que excluyen el animus injuriandi. Se estima como ánimos incompatibles con el animus narrandi, el informandi, el corrigendi. Agregando luego que el animus narrandi excluye la injuria, cuando la expresión se pronuncia para relatar el suceso, y el animus corrigendi, que excluye la intención injuriosa de las expresiones que tienen por objeto señalar y corregir vicios y defectos*". En: Código Penal. Gonzalo Gómez Mendoza, Editorial Rodhas, 13ava. Edición, enero

La inclusión de este elemento subjetivo del injusto, el *animus injuriandi* o *difamandi*, cuya existencia se anula cuando aparece los llamados *animus informandi*, etc.¹²³³, no hace más que anular el contenido material de los bienes jurídicos que se ponen en conflicto, cuando se divulgan hechos y/o juicios de valor, a partir del derecho a la información y a la libertad de expresión. En este sentido apunta Soler, se habla del *animus retorquendi*, *narrandi*, *consulendi*, *jocandi*, *corrigendi*, etc., como situaciones subjetivas que harían desaparecer el carácter ofensivo y de ciertos hechos, por vía eliminatoria¹²³⁴, sistema calificado de empírico por Alimena y Manzini en Italia y, considerado por Ramos como una consecuencia de la errada concepción del elemento subjetivo de los delitos contra el honor entre nosotros¹²³⁵.

Al margen de la flagrante vulneración al dictado de la legalidad material, se desnaturaliza el ejercicio legítimo de los derechos antes anotados, que se basan en derechos colectivos, frutos de los principios rectores de una democracia plural y participativa, relegándolas a puras estimaciones de orden anímico¹²³⁶, que no se corresponde con el orden de valores que se desprenden de la Ley Fundamental. Máxime, no me arriesgo en decir, que la inclusión de estos elementos "extraños" y "ajenos" a la legalidad, son utilizados con cortapisa para abrir inmensos espacios de impunidad, so pretexto que el autor actuó bajo el ánimo de informar, o de ceñirse a la libertad de expresión.

En palabras de Ramos, sólo ha servido hasta ahora para eximir de pena a los más peligrosos de los delincuentes contra el honor¹²³⁷. Sustrayéndose del ámbito de punición confesas conductas lesivas al honor, pues como se dijo, en

2005, cit., p. 76; como se advierte de la ejecutoria anotada, la superposición de dichos ánimos, excluye la tipicidad de la conducta, como si la utilidad social de una conducta deba ser analizada en la tipicidad, cuando su ubicación sistemática correcta es la antijuridicidad, a partir de una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho), sin necesidad de recurrir a la vaguedad de estos ánimos, que muchas veces se han constituido como puentes de impunidad, incompatibles con los fines preventivos del Derecho penal.

1233 Vide, al respecto, MERLO, M.E.; *Delitos contra el Honor*, cit., p. 122.

1234 Así, NUÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 70; DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 457; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal*, T. III, cit., p. 738; Ver al respecto CUELLO CALÓN, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit, ps. 698-702.

1235 SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 252; Ver al respecto, GÓMEZ, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., ps. 351-376.

1236 Para NUÑEZ, la verdad es que salvo en el ámbito bastante estrecho del *animus iocandi*, la mayoría de esos ánimos llevan la cuestión al terreno de la justificación del tipo de la injuria indiscutiblemente realizado; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 70; Ver al respecto Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 257.

1237 RAMOS, J. P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 101.

la esfera subjetiva del injusto, sólo se requiere acreditar, que el autor (informador) sabía que la divulgación de la noticia era ofensiva para el honor del sujeto pasivo, (...) y quiere hacerlas, ha querido necesariamente lesionar el honor de otro y, en todo caso, ha obrado con dolo¹²³⁸, afectando su participación e integración social, si este ha de haber actuado amparado en una causa de justificación, dicho fundamento ha de valorarse en sede de la antijuricidad, bajo parámetros de constatación objetiva, éste deberá probar que actuó de forma diligente y responsable, habiendo cotejado y corroborado la información recabada, por lo que ex ante mantuvo una veracidad subjetiva, que no necesariamente ha de corresponderse con la veracidad objetiva, para poder amparar el precepto autoritativo en cuestión.

El mantenimiento de este esquema tradicional subjetivista del delito de injuria se presente como "político-criminalmente inadecuado y dogmáticamente falso". Lo primero dice MERLO porque conllevaría una considerable desprotección del bien jurídico honor, y "reducir el delito a su elemento subjetivo favorece la manipulación de la prueba en el proceso, produciendo inseguridad no sólo para la víctima del hecho sino para el propio autor"¹²³⁹.

Como anota JAÉN VALLEJO, si la realización del tipo exigiera la concurrencia de aquel elemento especial, la mera creencia del autor de estar obrando justificadamente tendría que determinar su exclusión y, por ello, la tipicidad, haciendo inútil la verificación de si concurría o no la correspondiente causa de justificación; en definitiva, todo el problema de la justificación, caracterizado por el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, se disolvería el tratar del animus, volviendo de nuevo al conflicto de ánimos y a su resolución a través de presunciones, dados los problemas de prueba que aquél debe enfrentar¹²⁴⁰.

Entonces, según la posición de los "ánimos" subjetivos del injusto, a parte del dolo en la esfera anímica del autor, se exige una deliberada intención de lesionar el honor del ofendido. Es menester, dice Ramos que exista, al mismo tiempo, en el individuo que profiere la palabra ofensiva o realiza el acto denigrante, la intención de ofender y dañar con la ofensa a la otra persona. El *animus injuriandi*, señala, no consiste solamente en decir o en hacer algo injurioso, sino en hacerlo o decirlo con un fin determinado: para menospreciar, deshonar, desacreditar. Es decir que el *animus injuriandi* lleva implícito en sí el *animus nocendi* (ánimo de producir un daño en el honor la reputación)¹²⁴¹.

1238 MERLO, M.E.; *Delitos contra el Honor*, cit., p. 123.

1239 MERLO, M.E.; *Delitos contra el Honor*, cit., p. 123.

1240 JAÉN VALLEJO, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., ps. 201-202.

1241 RAMOS, J.P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 104.

De lo dicho y, como lo hemos pregonado, se produciría una superposición entre el dolo y el específico "elemento subjetivo del injusto"¹²⁴², lo que importa una incongruencia sistemática, ajena a la propia estructura normativa de los delitos de injuria, calumnia y difamación, por ello, en franca lesión al principio de legalidad¹²⁴³. Como apunta QUERALT, el animus inuriandi no es más que la plasmación del dolo en esta constelación delictiva, se trata de la coloración del dolo, no de un nuevo elemento del injusto.

Así, en la presente ejecutoria recaída en el Exp. N° 7720-97-Lima: "*El delito de calumnia requiere como aspecto subjetivo de los mismos la presencia del animus inuriandi, respecto del cual la dogmática penal, señala la posibilidad de superposición de otro ánimo excluyente de la intención injuriosa es consecuencia de la propia naturaleza de este delito. En efecto como delito de tendencia,*

1242 A decir de BACIGALUPO, es evidente que todo el que sabe que sus manifestaciones serán lesivas al honor, y quiere hacerlas, habrá querido necesariamente lesionar el honor de otro. Consecuentemente, el ánimo de injuriar y el dolo se superponen de una manera total y completa; *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, REDC, N° 20, 1987, cit., p. 88; en palabras de MACÍÁ GÓMEZ, mantener la necesidad de concurrencia de dos dolos o de un dolo duplicado en una misma acción puede generar una situación penalmente extraña en la que permanentemente hay que desentrañar elementos de vinculación, de necesidad o de suficiencia entre ambos elementos culpabilísticos; *El delito de Injuria*, cit., p. 80; vide al respecto, Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Límites entre Libertad de Expresión y Derecho de Personalidad*, cit., ps. 302-304.

1243 Resulta interesante, lo que SALINAS SICCHA, señala al respecto: "(...), por el principio de legalidad, en nuestra legislación, por la forma como se ha tipificado los delitos de injuria, difamación y calumnia, el animus inuriandi o difamandi constituye o integra el contenido del elemento cognoscitivo del dolo. Renglón seguido, señala lo siguiente: "(...) en modo alguno se lesiona el honor de las personas si no aparece el dolo o animus de injuriar o difamar en el agente. Los delitos contra el honor no se configuran sino cuando las expresiones o frases injuriantes se emiten con el animus, intención o dolo de ofender el amor propio de la persona o en su caso, de lesionar su buena fama o reputación ante los demás"; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 275; de dicha posición se extraen las siguientes consecuencias: primero que en estos delitos el elemento subjetivo del injusto no se satisface con el dolo, sino que se debe agregar los referidos ánimos que expresan la intención de ofender a la persona; por tanto, el dolo abarcaría la esfera cognoscitiva y el animus inuriandi o difamandi habría de abarcar la esfera volitiva, lo que supone una disgregación del dolo; tercero ello supondría que ambos elementos son complementarios, lo que dogmáticamente es incorrecto y lesivo al principio de legalidad, pues únicamente se requiere el dolo, la conciencia y se quiere la voluntad de verter una frase ofensiva o de atribuir un hecho delictivo, al margen de su veracidad objetiva, sabiendo de sus efectos perjudiciales para su posición en el colectivo social. De modo alguno, dichos ánimos son complementos del dolo, su inclusión no hace más que promover el decaimiento de los fines preventivos generales de la norma de sanción así como abrir una grieta inmensa de impunidad, pues basta que a estos ánimos se superpongan los narrandi, informandi, etc., para eliminarlos. Por otro lado, se erigen en un obstáculo para que los conflictos entre el derecho de informar y el derecho al honor puedan ser resueltos en la vía de la antijuridicidad penal, con la repercusión que todo ello tiene en las funciones tutelares del Derecho penal para con los bienes jurídicos personalísimos.

desaparece la ilicitud del acto cuando este se ejecuta con otra intención distinta de la de injuriar. Este es el problema de los peculiares animus que excluyen el animus injuriandi. Se estima como ánimos incompatibles con el animus narrandi, el informandi, el corrigendi. Agregando luego que el animus narrandi excluye la injuria, cuando la expresión se pronuncia para relatar su suceso, y el animus corrigendi, que excluye la intención injuriosa de las expresiones que tienen por objeto señalar y corregir vicios o defectos¹²⁴⁴.

Los conflictos que pueden suscitarse entre el derecho al honor y la libertad de expresión y de información, deben ser solucionados en el ámbito de la antijuridicidad, como consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho, esto es, de conformidad con la comprensión normativa de un precepto permisivo, siempre y cuando concurren los elementos objetivos de una causa de justificación.

Como bien lo dice GARCÍA PABLOS, este planteamiento del conflicto de ánimos sustrae la dimensión valorativa del problema, pues, no se trata de solventar un mero conflicto de móviles (ánimo de injuriar y ánimo de informar o criticar), sino de acudir al plano objetivo e institucional de los principios generales y de afrontar en ese contexto los aspectos normativo-valorativos y políticos en toda su complejidad¹²⁴⁵.

No hay lugar, pues, para el animus iniuriandi, o, si se quiere decir, no sería más que el contenido volitivo del dolo en estos delitos, consistiendo, pues, en querer injuriar, esto es, en querer lesionar el honor de otro¹²⁴⁶. Ellos son vagos, lo suficiente como para poder ser interpretados de modos muy distintos: por ello, ponen en peligro la determinación de la ley penal, su función de garantía (...), y la igualdad en la aplicación del derecho¹²⁴⁷.

En el marco consustancial de un derecho fundamental -consagrado constitucionalmente- pretender sustraer del ámbito de la tipicidad la conducta mediante dicho "ánimo" importa vaciar de contenido material este derecho fundamental, por lo que es incompatible con la propia visión axiológica que sustenta las bases del Derecho penal desde una perspectiva iusfundamental. Es de recibo que en el ámbito de un injusto acentuadamente subjetivizado, estos elementos siempre tendrán cabida.

En los delitos de consumación anticipada, ocurre también algo parecido, el legislador -por motivos estrictamente político-criminales- ha seccionado la

1244 GÓMEZ MENDOZA, G.; *Código Penal*, cit., p. 76.

1245 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio; *La Tutela del Honor y la Intimidad como Límite de la Libertad de Expresión*, cit., ps. 383 y ss.

1246 JAÉN VALLEJO, M.; *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*, cit., p. 203; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; *Honor y libertad de expresión...*

1247 Cfr., STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 206.

conducta típica en dos comportamientos prohibitivos de tipificación autónoma, en razón a la importancia del bien jurídico tutelado, así como lo problemático que significa la acreditación de la primera modalidad del injusto en el caso del artículo 427° (falsedad material); donde se revela una estructuración típica de dos actos fácticamente dependientes entre sí, pero típicamente autónomos; quiere decir entonces, que el solo hecho de elaborar un documento (público y privado) -total o parcialmente-, a partir de sus elementos básicos, importa la tipicidad de la conducta, pero el merecimiento de pena está condicionado a que de su uso pueda revelarse un perjuicio concreto para el interés jurídico de un tercero. A lo que este apartado interesa, es que el último párrafo del mismo articulado, penaliza la conducta por el solo hecho de usar el documento (Falsedad Impropia)¹²⁴⁸.

Por añadidura, debe decirse, que tanto la elaboración como la introducción al tráfico jurídico, puede ser realizado por el mismo autor, siendo desde una perspectiva probatoria más difícil probar el primero de ellos. Sin embargo, si el autor no ha resuelto aún si quiere ejecutar el segundo acto, emplear el instrumento falso efectivamente, tendrá, en esa medida, sólo la "voluntad condicionada de realizar la acción" (...) y no tendrá todavía dolo¹²⁴⁹.

Para que pueda acreditarse el dolo de «uso», debe reflejarse la intención del autor de pretender usar el documento falsificado, pues si sólo se elaboró el documento como parte de una broma o simplemente como pasatiempo, no será posible contar con la voluntad probatoria del documento que exige este tipo penal.

9.3. Elementos Subjetivos de la Actitud Interna

En principio, se sostiene que dichos elementos se manifiestan en la comisión del hecho acompañado a una actitud psíquica, que apunta a fundamentar un mayor grado de reproche (imputación individual): el ensañamiento en el asesinato que agrava el contenido de la culpabilidad o la gran crueldad al propiciar sufrimientos innecesarios en la víctima, aquellos revelan una personalidad perversa del autor, por ende, hacen referencia a la Imputación Individual (Responsabilidad), que provocan la imposición de una reacción penal del Estado más severa -que se manifiesta en un endurecimiento significativo de la sanción punitiva-.

1248 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 186.

1249 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 202.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que el hecho de que en el Injusto se reconozca la existencia de elementos subjetivos, importa en realidad que estas actitudes de tendencia se ubiquen en la tipicidad.

Así, MEZGER, cuando estima que (...) la expresión "con alevosía, crueldad o con medios peligrosos para la comunidad" (...); también estos elementos delimitan la forma de ejecución del hecho injusto, especialmente reprochable o peligrosa¹²⁵⁰.

Somos de la opinión que esta especial actitud puede ser parte del Injusto, siempre y cuando no releve una personalidad humana que pueda ser calificada como atávica, cuando se manifieste una personalidad como aprensible a las normas jurídico-penales, en cuanto factibilidad de conducirse conforme a dicha comprensión normativa, esto quiere decir, que si el sujeto manifiesta una actitud psíquica intensa, que afecta su predisposición a conducirse conforme a derecho, el juicio de valor se reconduce al reproche personal, por lo que estaríamos frente a un inimputable (completo o relativo)¹²⁵¹.

Considerando a la Culpabilidad como capacidad de motivabilidad normativa disminuida, entonces tales elementos de la actitud interna (criticables o no) explica LUZÓN PEÑA, no tienen que ver con la culpabilidad, sino que cofundamentan, agravan o disminuyen el disvalor subjetivo (a veces subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo; son por lo tanto también elementos subjetivos del tipo o del injusto¹²⁵².

1250 MEZGER, E.; *Orientaciones Actuales de la Dogmática...*, cit., p. 38.

1251 Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 67.

1252 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 395; en opinión de BUSTOS RAMÍREZ, tales elementos subjetivos parece difícil plantearlos en el injusto como un problema de tipicidad, de disvalor de acto, y aparecen mas bien como problemas propios al sujeto responsable (a la culpabilidad en sentido tradicional; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 187.

CAPÍTULO XIII

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Sumario: 1. Consideraciones Preliminares. 2. Autor y Sujeto Activo. 3. Teorías Dirigidas a Distinguir al Autor del Partícipe. 3.1 *Teorías Negativas*. a. *Concepto Extensivo de Autor*. 3.2 *Teorías Positivas*. a. *Teoría Subjetiva*. b. *Teorías Objetivas*: b.1. *Teoría Formal Objetiva*. b.2. *Teoría del Dominio del Hecho*. 4. Formas de Autoría. 4.1 *Autoría Directa o Inmediata (Individual)*. a. *Toma de Posición*. 4.2 *Autoría Mediata*. a. *Naturaleza Jurídica*. b. *Casos de Autoría Mediata*. b.1. *Cuando el Instrumento Ejecutor Carece de Culpabilidad*. b.2. *Cuando el Instrumento Obra sin Dolo*. b.3. *Instrumento que Obra conforme a Derecho*. b.4. *Cuando el Instrumento Obra Coaccionado*. b.5. *Cuando el Instrumento Obra Mediante Error de Prohibición*. b.6. *Falta de Idoneidad del Instrumento para ser Autor*. b.7. *Casos en los Cuales el Instrumento Obra Dolosamente, pero sin Elementos Subjetivos de Autoría*. b.8. *Los Delitos de Propia Mano*. b.9. *Instrumento que Obra dentro de un Aparato de Poder*. c. *Correo de la droga (burrier)*. 5. Coautoría. 5.1. *Toma de Posición*. 6. Participación - Naturaleza Jurídica. 6.1 *Los Delitos de Participación Necesaria*. 6.2 *Principio de Accesoriedad*. 6.3 *Principio de accesoriedad limitada de la participación*. 6.4 *Instigación*. a. *Agente provocador*. b. *Exceso del inducido*. 6.5 *Complicidad*. a. *Actos de Cooperación*. b. *Clases de Complicidad*: b.1. *Complicidad Primaria y Secundaria*. 7. La Incomunicabilidad de las Circunstancias y Cualidades Personales.

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.

Conforme lo anotado, 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 de reparten las tareas a fin de dar rienda suelta a su plan criminal. De allí surgen como apunta BACIGALUPO, los problemas de diferenciación, que sólo 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 secundaria¹²⁵³.

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 sólo 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 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,

1253 BACIGALUPO, Enrique; *La Extensión de la Tipicidad a la Participación en el Delito*. Derecho Penal. Parte General, ARA Editores, Lima, 2004, cit., p. 459.

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, narco-trafficantes, 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 sólo 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 (co-autores), si sólo 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 sólo 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 conmovir 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 confluuyen 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.

En determinadas circunstancias la configuración típica procede de un obrar conjunto de varias personas, la delimitación de las aportaciones, así como la diferenciación de unos respecto a otros, nos conduce al estudio de una problemática especial de la categoría de la tipicidad: «La Participación»; partícipes en sentido estricto de la palabra son cómplices e inductores.

El texto penal peruano utiliza una regla que es característica del «Sistema Diferenciador», en contraste de otros sistemas codificativos que unifican todas las formas de participación posible¹²⁵⁴, que se sujeta a las directrices de un Derecho penal, esencialmente valorativo (*racional*), en cuanto a la distribución de la responsabilidad de los diversos participantes en el evento delictivo. Sustancialmente estas teorías difieren -teniendo en cuenta el cartabón, exterioridad-interioridad- respecto de la distinción entre autoría y participación depende de criterios fácticos generales, válidos para todos los casos (teorías objetivas) o si la distinción se debe practicar teniendo en cuenta la significación que el propio partícipe le atribuyó a su aporte al hecho (teorías subjetivas)¹²⁵⁵.

CARNELUTTI utiliza el término "colaboración", palabra técnicamente exacta para significar el trabajo dirigido por un hombre a la consecución de un resultado

1254 Los textos punitivos que adoptan este sistema unitario, consideran que las circunstancias se comunican a todos los partícipes en todos los casos, tal como lo prevé el Código penal italiano; es así que unifican penalidades a contribuciones delictivas que *per se* detentan una relevancia diferenciada, tomando en consideración el hecho punible como un suceso global.

1255 BALCARCE, Fabián; *Participación Criminal*. En: Derecho Penal. Parte General. Director: Julio Lascano (h), cit., p. 528.

que no es exclusivamente suyo o, como se dice con una fórmula breve, no por propia cuenta¹²⁵⁶.

La imposibilidad de acoger un concepto unitario de autor, en vista de las diversas posturas que se han construido en el devenir del desarrollo dogmático a fin de delimitar la autoría de la participación, surge a partir de las siguientes consideraciones, propuestas correctamente por ROXIN: "Sería demasiado grande el peligro de un abuso de poder mediante la discriminación jurídico-penal de personas no gratas o de grupos de habitantes. Por otra parte, existe la garantía del tipo, según la norma del *nullum crimen sine lege*, que establece determinar como primera limitación de la punibilidad que alguien haya cometido un hecho o ejecutado una acción que corresponda a la descripción legal exacta de un delito. Las personas que no hayan colaborado de un modo típicamente descrito, podrían ser sancionadas conforme a la medida establecida en disposiciones especiales con las atenuantes correspondientes, a modo de comportamiento no típico. A partir de esta idea político-jurídica se deriva la necesidad de un concepto orientado hacia el tipo penal (el llamado concepto restrictivo de autor), en relación al que las formas de participación, de cualquier modo susceptible de una descripción exacta, aparecen como causal de extensión penal"¹²⁵⁷.

Sin duda, renunciar a una distinción valorativa, entre la intervención del autor con el partícipe, abriría una inconmensurable grieta de inseguridad jurídica, en cuanto a la posible arbitrariedad por parte de los Tribunales, con la consiguiente consecuencia de que en algunos casos se sancione la punición y en otros casos similares se negaría, en contravención al principio de igualdad.

Un concepto unitario de autor así concebido supone ampliar la extensión de la tipicidad más allá de los alcances normativos de los tipos penales; por otro lado, el momento de la determinación judicial de la pena quedaría vacía de contenido, y los fines político-criminales serían conmovidos con los mismos efectos preventivos de la pena, pues si ya no existe diferencia alguna entre una participación y una autoría, la indiferencia hacia el Derecho sería mayor, es decir, las variables disuasivas operación en un sentido inverso.

El art. 23° del CP, recoge el concepto del autor: "*el que realiza por sí*", evidenciando una individualización del sujeto sobre quien recaerá la imputación delictiva, pues es aquel que de propia mano realiza el tipo penal; el mismo autor desenfunda su arma y aprieta el gatillo de ella y da muerte a la víctima, esto quiere decir, que fáctica y normativamente existe una correspondencia ideal,

1256 CARNELUTTI, F.; *El Delito*, cit., p. 40.

1257 ROXIN, Claus; *Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal*. Décima cuarta lectura. Derecho Penal. Parte General. Grijley, Lima, 1995, cit., p. 479; ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., ps. 67 y ss; así también, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*. Granada, 1996, cit., ps. 11 y ss.

por lo que en principio, una teoría objetivo-formal resultaría suficiente para explicar la participación delictiva. Esto quiere decir, que el autor obra con «Dominio del Hecho», de la realización típica (Señor del Hecho), que supone la configuración típica delictiva.

Desde esta perspectiva, para poder descubrir quién es el autor, deberemos remitirnos necesariamente a los tipos legales comprendidos en la PE, complementando el análisis jurídico-penal, con las prescripciones contenidas en la PG.

Autor será pues quien se le imputa el hecho como suyo, quien evidencia un dominio final sobre el acontecer típico, quien cuenta en su esfera de dominio personal, con la capacidad de frustrar el evento delictivo; en cambio, los artículos 24°-26°, se refieren a las denominadas «Causas Limitadoras de Punibilidad»; circunstancias que comprenden la intervención de sujetos distintos al autor, que sin tener el dominio del hecho, también aportan de forma decisiva y relevante en la realización típica, tanto así, que en uno de sus supuestos, su omisión participativa supondría la frustración del plan delictivo; por lo que son «participes», es decir, intervienen en el *iter criminis* a fin de coadyuvar al autor, en su plan de realización típica.

La doctrina actual es unánime al considerar la idea de un concepto restrictivo de autor¹²⁵⁸, partiendo de la idea, de que los tipos delictivos glosados en la PE, que describen exclusivamente el comportamiento del autor, en cuanto la delimitación de la participación, debe elaborarse conforme al entendimiento interpretativo de los preceptos regulativos comprendidos en la PG del CP; en otras palabras, la participación en sentido estricto es una extensión de la punibilidad, porque del tipo legal sólo se desprende el concepto de autor¹²⁵⁹.

La ley no proporciona al respecto información alguna, y, sin embargo, la forma de esta diferenciación tiene una significación decisiva y fundamental a los fines de la reglamentación y apreciación de las correspondientes relaciones de la vida humana¹²⁶⁰.

1258 Así, MEZGER, en análisis del Código alemán, cuando escribe que el concepto que fundamenta esta distinción del código alemán se basa en la circunstancia de que la reglamentación legal de la instigación y la complicidad concierne a fenómenos de la vida especiales y rígidamente acuñados, por cuyo motivo la equiparación entre instigación y complicidad y entre éstas y la autoría no corresponde a la concepción popular ni al contenido valorativo, interno del suceso; *Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 298; así, LABANUT GLENA. G.; *Derecho Penal*, T. I, cit., p. 197.

1259 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 284; así, también BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 462.

1260 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 301.

La necesidad de diferenciar al autor del partícipe se sustenta fundamentalmente en la modulación de la respuesta jurídico-penal¹²⁶¹, en cuanto respuesta punitiva racional, que debe someterse al principio de proporcionalidad; no puede recibir la misma pena, quien sólo proporciona un dato de mínima relevancia para la concreción típica, que aquel que tuvo todo el dominio fáctico en la ejecución del delito.

Siendo así, las teorías de la «Autoría y Participación», asumen la función de distinguir normativamente la figura principal del suceso típico (el autor) y además describir los fundamentos que permiten una extensión de punición, a individuos que no han realizado acciones de autoría, sino que sólo han tomado parte en el decurso del suceso punible, pero habiendo contribuido de forma decisiva a la realización típica merecen también la imposición de una sanción punitiva.

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 sólo 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 sistematización 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,

1261 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 367.

su estatus funcional, el grado de energía criminal (dolo, culpa, preterintencionalidad, etc.

3. TEORÍAS DIRIGIDAS A DISTINGUIR AL AUTOR DEL PARTÍCIPE

Desde los albores epistemológicos, de la ciencia del Derecho penal (*dogmática*), no ha sido empresa fácil, la tarea de calificar la contribución de los distintos participantes en la comisión de un delito, según la naturaleza de su aporte en la realización típica, por cuanto la constelación de casos que puede presentarse en la realidad, convierte en problemática la distinción entre el autor del partícipe, sobre todo, si se parte de una teoría formal -de raíces naturalistas-.

En mérito a lo anotado, la doctrina se ha esmerado en todo este tiempo, en elaborar diversas variantes teóricas dirigidas a resolver la complejidad de esta problemática, mediante la acentuación del elemento objetivo y del elemento subjetivo, según que se lo haya de acuerdo con la dirección de la voluntad del autor o de acuerdo con elementos que están fuera de esta voluntad¹²⁶², así también desde una visión ecléctica (objetivo-subjetiva), pasando en la actualidad con posiciones *normativistas*.

Las primigenias construcciones dogmáticas en este nivel, hacían referencia a consideraciones subjetivas derivadas en la Culpabilidad a partir de la influencia psíquica (corrupta), que el partícipe había ejercido sobre la persona del autor o sobre apoyaturas causalistas-naturalistas sustentadas sobre concepciones ontológicas.

Para la primera teoría mencionada en primer término, se acostumbra usar la designación de *teoría de la participación en la culpabilidad*, mientras que para la restante se utiliza la designación de *teoría de la causación*¹²⁶³; posiciones doctrinales que ya no tienen cabida en un «Derecho penal democrático», fundamentado básicamente sobre criterios rígidos y racionales de imputación; la Responsabilidad penal es en definitiva un proceso de atribución al autor y partícipes de un injusto penal, de quien se dice productor (*creador*) de la obra antijurídica.

La primera postura parte de criterios inter-subjetivos y científicamente no verificables como el libre albedrío. Para KANT, el delito es la auto-corrupción moral del culpable, como si la norma habría de fijar una moral de naturaleza pre-jurídica, al margen de una valoración estrictamente legal; a tal efecto, es que la voluntad culpable del autor dependiese del grado del influjo psíquico desplegado por el partícipe.

1262 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 301.

1263 STRATENWERTH, Günther; *Derecho Penal. Parte General, I - El Hecho Punible*. Traducción de la 2da. Edición alemana (1976) de Gladys Romero. Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Instituto de Criminología de Madrid, 1982, cit., p. 258.

La culpabilidad del autor para nada depende de la intervención del partícipe, la Culpabilidad o la «Responsabilidad» en términos de imputación más precisos, implica una valoración personal conforme a criterios normativos, antropológicos y sociales, es decir, es un juicio de valor eminentemente personalista, cada partícipe responde por su propia culpabilidad; y, así lo consideró adecuadamente el legislador del 91, al regular en el artículo 26º del CP - «La incomunicabilidad de las circunstancias personales», por tales motivos, esta teoría no puede explicar el fundamento de la punibilidad de la participación en un sistema que sigue la accesoriedad limitada (la culpabilidad de cada autor o partícipe es individual)¹²⁶⁴.

Por cierto, como apunta STRATENWERTH, es posible señalar que la posibilidad de participar en la incapacidad de culpabilidad o en la exclusión de la misma en la persona del «autor», de todos modos no juega ningún papel, porque si se dan tales hipótesis, el «partícipe» normalmente será autor mediato¹²⁶⁵.

Para la teoría de la causación (*conditio sine qua non*), se objetan una serie de cuestiones, pues esta teoría fundamenta la punibilidad del partícipe en base a una intervención naturalista, es decir, basta con que el sujeto haya aportado una causa a la realización típica del resultado, para ser considerado partícipe sin interesar el grado de relevancia de la aportación delictiva y su manifiesta intencionalidad con la puesta en escena de su contribución causal¹²⁶⁶. Estas teorías consideran que entre las distintas fuerzas naturales que han contribuido al resultado, se puede distinguir entre causa y condiciones, si al decir -como apunta GIMBERNAT ORDEIG-, que el autor es la causa, y el cómplice la condición del resultado, lo que se pretende es aplicar criterios tomados de las ciencias naturales para efectuar la delimitación, entonces esta postura es inadmisibles¹²⁶⁷.

Desde una perspectiva «normativista», pretender fundamentar la punición de la conducta humana a partir de las valoraciones del ser, son pues en definitiva incomprensibles en un mundo como escribe HASSEMER, dominado básicamente por personas¹²⁶⁸ y donde la responsabilidad de las personas se deriva de un fundamento normativo por las consecuencias de su acción, sólo ante un hombre libre y responsable. El significado natural de los acontecimientos naturales no puede ser utilizado a efectos de atribuir responsabilidad penal de la cual se derivan consecuencias jurídicas en suma gravosas para la persona del culpable. De este modo, la participación sería una forma de comisión de delito, en principio, independiente y sólo podría ser decisiva si ella misma consiste en

1264 BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., ps. 127-128.

1265 STRATENWERTH G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 258.

1266 Así, BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., p. 128.

1267 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, cit., p. 116.

1268 HASSEMER, W.; *Persona, Mundo y Responsabilidad*, cit., p. 163.

una ilicitud¹²⁶⁹, es decir, si la conducta se subsume formalmente en el tipo penal en referencia.

3.1. Teorías Negativas

a. Concepto Extensivo de Autor

Surge del concepto de causa, propio de la Teoría de la «Equivalencia de Condiciones» (Escuela de Kiel), por el cual todo aquel que pone una condición para el resultado sobrevenido, ha contribuido a su producción o ha causado este resultado.

Al ser todas las condiciones del resultado de igual valor, no existirá pues distinción alguna entre los partícipes, por ende, todos deberán recibir la misma penalidad; es autor aquel que aporta una condición del resultado lesivo producido.

Se critica esta posición, al desencadenar una inaceptable ampliación de los tipos penales, quebrantando el principio de legalidad, no interesará pues la clase de aportación delictiva, así como su grado de relevancia para efectos de determinar la realización típica, podrá ser ésta mínima o irrelevante, no teniendo relación objetivamente imputable con el resultado finalmente producido; ejemplo: en una violación serán autores, tanto quien practica el acto sexual, como quien renta el cuarto del hotel donde acontece el acto delictuoso, una objetividad que no se corresponde con las dos dimensiones que cuenta la tipicidad (objetivo-subjetivo), no sólo debe ser una conducta proveniente de un individuo libre y consciente, sino que debe manifestar una intención determinada por parte del sujeto.

Por consiguiente, es político-criminalmente insatisfactorio, como dogmáticamente equivoco, que emana de una explicación causal-objetiva del delito, fuera de una esfera estrictamente normativa.

3.2. Teorías Positivas

a. Teoría Subjetiva

Teoría basada en la dirección de voluntad del partícipe, esta teoría se apoya en un concepto especial del dolo, en concreto en un ánimo de autor (*animus auctoris*), que permite distinguir al partícipe, que sólo actúa con ánimo de partícipe (*animus socii*).¹²⁷⁰

1269 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 260.

1270 Otra variante que se extrae de esta postura subjetivista, recurre al criterio del interés,

Ellas configuran la consecuencia aparentemente forzosa del fracaso de todos los intentos por delimitar la autoría a partir del lado objetivo¹²⁷¹.

Metodológicamente, esta teoría se basa en el naturalismo del siglo XIX, que pretendió erigir a la causalidad en la columna vertebral de la dogmática penal y, por tanto, también de la participación, y desde este punto de partida, dada la lógica equivalencia de todas las condiciones de un resultado, no pudo establecer una distinción de las formas de participación, fuera de lo psíquico¹²⁷².

La caracterización de un injusto más inclinado hacia el elemento subjetivo, producto de la acentuación de la voluntad, trajo a colación un Derecho penal de autor, donde la punición se sustrae del hecho punible en sí, para centrarse en el elemento voluntad; de tal forma que bastara que el partícipe haya tenido la voluntad de contribuir fácticamente en la realización del delito, sin necesidad que dicha voluntad se haya exteriorizado en actos concretos de participación criminal.

Sin embargo, se acude a ciertos elementos objetivos para fundamentar la punición del partícipe, dada la inconsistencia jurídica, de sus consecuencias originales, lo que abona en la legitimidad de los reparos formulados por la doctrina más seria.

Si en lugar de ello se intenta decir, en forma válida en general, cómo tiene que estar provista la voluntad de un interviniente para que él sea autor, entonces, no queda ninguna otra posibilidad que la de partir del contenido de esta voluntad: la voluntad de autor puede ser definida sólo por medio de la forma de conducta a la que ella se dirige¹²⁷³. Con ello se renuncia a su propia concepción, pues ya no sería propiamente una teoría subjetiva, sino una teoría mixta, al incorporar elementos objetivos.

Así, MEZGER, al anotar (...) tal dirección subjetiva de la voluntad se reconoce y se determina, por lo general, en virtud de determinadas características "objetivas" externas y está sujeta a ciertas limitaciones objetivas¹²⁷⁴.

según el cual la voluntad del autor se identifica con el interés en la ejecución del delito. Esta variante también fracasó, debido a que no supo fundamentar los casos en los cuales el partícipe actúa bajo móviles altruistas; en ese sentido BACIGALUPO sostiene que esta teoría es criticable por cuanto la sola actitud interior del autor no debería ser suficiente para reemplazar la realización de una acción ejecutiva de un delito. Ello se refuerza con el hecho de que finalmente este ánimo debe probarse objetivamente en un Proceso Penal con medios probatorios idóneos que puedan probar dicha actitud, lo que devendría en insostenible, porque desembocaría finalmente en la renuncia de criterios jurídicos.

1271 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 371.

1272 ROXIN, C.: *Sobre la Autoría y Participación en Derecho Penal*, cit., p. 480.

1273 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 372.

1274 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 302.

Por consiguiente, la base estructural de esta teoría es la teoría de la equivalencia de condiciones¹²⁷⁵; no hay distinción entre causas y condiciones, el cual concebía al comportamiento humano como una manifestación causal-naturalístico del mundo exterior.

Con el desarrollo científico del saber jurídico-penal, la teoría de lo «Ilícito Personal», fue descartando las categorías «naturalísticas» por elementos valorativos; en base a tal afirmación, esta teoría ha sido rechazada por la doctrina vigente.

Una postura así concebida no está en condiciones de ofrecer criterios resolutivos destinados a proporcionar seguridad jurídica, indispensable en el marco del Estado de Derecho. Para un derecho penal de acción, que da lugar a separar los autores de los cómplices e instigadores, (...), sólo puede conectarse como punto de partida al tipo penal¹²⁷⁶.

La opinión dominante enseña que la participación en un delito, esto es, usando el lenguaje del Código Penal, en una acción punible, es solamente posible cuando el hecho ajeno es también punible en el caso concreto¹²⁷⁷; el hecho de que la participación sea accesoria, no importa para nada, que su acreditación deba partir necesariamente del marco estricto de la ley.

b. Teorías Objetivas

Distinguen la diversa contribución al Injusto y se dividen en Objetivo-Formales y en Objetivo-Materiales.

b.1. Teoría Formal-Objetiva (ligada a un concepto restrictivo de autor)

Para BELING, la realización del delito-tipo (...), se da, cuando la acción con su manifestación corpórea, sus circunstancias precedentes y concomitantes y sus consecuencias (...), ello es, con sus "circunstancias de hecho" presenta plenamente el cuadro típico, cuando es "matar a un hombre", "substraer una cosa mueble ajena", etc¹²⁷⁸.

Es de verse, que autor es todo aquel que ha realizado (ejecutado) de forma fáctica la conducta humana que se corresponde plenamente con la descripción literal del tipo penal en cuestión; el plano objetivo se corresponde ple-

1275 ASÍ, BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 465.

1276 ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación...*, cit., p. 481.

1277 SAUER, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 300.

1278 VON BELING, E.; *La Doctrina del Delito-tipo*, cit., p. 60.

namente con la formalidad constructiva de la tipicidad penal; sólo puede ser autor aquel que de propia mano, o con su propio cuerpo realiza objetivamente la conducta subsumida en el tipo legal.

La teoría formal-objetiva distingue el autor del partícipe según el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, es decir según si la acción se puede subsumir (lógico) formalmente bajo el tipo penal¹²⁷⁹; de acuerdo a una adecuación normativa, que parte de la descripción del suceso físico y no intelectual.

El punto de apoyo teórico de la teoría formal-objetiva -es decir la significación constitutiva de la realización del tipo para la autoría- es totalmente exacto escribe ROXIN. Pero la realización de esta idea fracasa ante una insuficiente concepción de las formas estructurales de la conducta humana¹²⁸⁰.

La no ejecución de acciones pertenecientes al tipo impide fundamentar la autoría, aunque aquellas se puedan castigar con arreglo a alguna de las formas de participación; el actor actúa siempre típicamente, mientras que el partícipe nunca¹²⁸¹; a esta conclusión se llega si es que las formas de participación son derivadas de la aplicación de los preceptos regulativos de la PG.

Sin lugar a dudas, la autoría en este caso asume una entidad significativamente restringida, al exigir la correspondencia objetiva de la conducta incriminada con la descripción formal del tipo, sustrayendo del ámbito de valoración, conductas que, sin adecuarse objetivamente al tipo penal, constituyen en realidad una actividad de autoría ligada a estructuras materiales, como se concibe en la postura material-objetiva. Autor es el sujeto que ejecuta la acción expresada en el verbo típico (BELING, VON LISZT, MEZGER). Este criterio nos brinda una solución aparente, pues en el delito de homicidio, por ejemplo, se señala que realiza el tipo «quien mata a otro», pero esta descripción no hace posible deducir quién es el que mata a otro cuando son varios los que toman parte del hecho, ya que los tipos en la parte especial sólo consideran al autor en forma unitaria y restrictiva (no hay distinción entre autores y partícipes).

Esta teoría distingue al autor del partícipe según el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, es decir, según si la acción se puede subsumir formalmente bajo el tipo penal; lo importante, a todo esto, es la realización de todos o parte de los actos ejecutivos previstos específicamente en el tipo legal.

La contemplación de esta teoría parte en realidad de la descripción mecánica, fisiológica en cuanto actividad humana dirigida sólo de forma objetiva, como si las conductas típicas puedan ser explicadas únicamente desde un as-

1279 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 464.

1280 ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación...*, cit., p. 481.

1281 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 23.

pecto fenomenológico exterior, sin interesar la voluntad misma del individuo, que es finalmente la que reviste de sentido legal la conducta humana. Que sólo pueda ser autor de un determinado delito, aquel que ejecuta de propia mano la acción típica, se corresponde indudablemente -escribe VERA GÓMEZ TRELLES-, en efecto, con una concepción cognitivo-naturalista propia de los últimos años del siglo XIX, pero no con un punto de vista normativo, que hoy en día domina la bibliografía jurídico-penal internacional¹²⁸².

La valoración jurídico-penal no puede partir de la estructura del «ser», como visión fenoménica de los sucesos propios de la naturaleza, la conducta humana pierde esta condición cuando se somete a fórmulas normativas, que debe indagar cuando un individuo es autor de un determinado delito, no en un sentido naturalista sino desde una perspectiva eminentemente normativa.

El «dominio corporal» no es la esencia de la autoría, sino el «dominio del hecho»¹²⁸³; de ahí, que se diga con corrección que la doctrina de los delitos de propia mano haya surgido de una teoría «formal-objetiva».

Son varias las objeciones que se proyectan contra esta postulación dogmática. Primero, se advierte una teoría aún impregnada de los conceptos de causa y condición -Teoría Objetiva de la Autoría-, sin tener en cuenta los elementos subjetivos del injusto.

No distingue con claridad, entre autoría y mera «causación», extendiendo peligrosamente el concepto de autor; asimismo no soluciona los casos de Autoría Mediata, de Co-autoría cuando uno de los participantes no llega a realizar ningún acto materialmente típico, así como la autoría en los delitos especiales propios.

Concretamente, se ha señalado que no puede explicar la autoría mediata porque si el autor del delito es el que personalmente ejecuta alguno o todos los elementos del tipo, el autor mediato quedaría fuera de esa conceptualización, ya que no realiza de propia mano la ejecución de la acción típica, sino a través de otro, y además muchas veces el instrumento tampoco realiza la conducta típica, puesto que no actúa dolosamente¹²⁸⁴, v.gr., quien dispara y quien presta el revólver resultarían autores de homicidio, pues ambos contribuyeron a la realización típica.

1282 SANCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier; *El Denominado Delito de Propia Mano*. Dykinson, Madrid, 2004, cit., p. 95.

1283 Así, ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación...*, cit., p. 481.

1284 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 23, así también WELZEL, H.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 144.

b.2. Teoría del Dominio del Hecho

La teoría del «dominio del hecho» es fruto de un doble progreso del conocimiento: la autoría sólo puede ser fundamentada en la realización del tipo, si es que la teoría de la participación debe tener un sentido jurídico-político; esto, sin embargo, no depende necesariamente del elemento formal de la realización de propia mano, sino del criterio material del dominio del hecho¹²⁸⁵.

Tal como se sostuvo, la teoría formal-objetiva parte de un criterio cierto: la descripción formal del tipo penal, se equivoca, cuando restringe la autoría a una descripción naturalista de la realización fáctica del tipo penal, sin ingresar a la valoración de la voluntad como criterio determinante para atribuir el suceso como obra suya, entonces, *realiza como autor el tipo penal, aquel que sin ejecutar de propia mano la descripción típica, es quien con su voluntad domina materialmente el hecho*.

Las doctrinas que aplican este criterio del “dominio del hecho”, son llamadas en parte, teorías final-objetivas, o también, nuevamente material-objetivas (modernas)¹²⁸⁶.

Importa una postura teórica-conceptual, que combina criterios subjetivos y objetivos, construcción que ha dominado la doctrina alemana en los últimos años.

Su precursor fue WELZEL quien indicó que el autor en los delitos dolosos es quien domina la realización del hecho, para BACIGALUPO “El Dominio del hecho se debe manifestar en una configuración real del suceso, y quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos, carece del dominio del hecho”¹²⁸⁷.

Dominio final del hecho es llevar a cabo, por medio de un actuar final, la propia voluntad de realización (el dolo de tipo)¹²⁸⁸. Lo importante no es quién causa el hecho o quién ejecuta la acción típica, sino quién domina la ejecución de ésta¹²⁸⁹, esto quiere decir, que la relevancia del suceso participativo no se determina conforme a la causalidad, sino a quien a partir de su voluntad tiene

1285 ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación...*, cit., p. 482.

1286 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 374.

1287 Para ROXIN, el Dominio del Hecho se manifiesta, ante todo, en el dominio de la propia acción típica (los que realizan el hecho por sí solos), no se pierde ni por coacción ni por inculpabilidad; también cuando el partícipe domina la voluntad de otro, que realizan la acción típica (Instrumento): coacción, aprovechamiento de error, incapacidad de culpabilidad; por último el Dominio del hecho puede asumir la fórmula de un dominio funcional del hecho en los supuestos en que varios partícipes se dividen funcionalmente entre sí la ejecución del delito (Co-autoría).

1288 WELZEL, H.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 147.

1289 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. H.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 30.

la posibilidad de dominar el curso del acontecimiento típico. A partir de esta construcción se puede extender la punibilidad a todos aquellos que sin haber participado objetivamente (de forma fáctica), han determinado con su voluntad la realización típica, por lo que se distingue la clasificación de autoría mediata, quienes sin formar parte de la ejecución típica, son los hombres de atrás que utilizan a un tercero para lograr la realización típica.

Es el concepto de acción final como elemento personal del injusto que caracteriza el dominio de la voluntad como expresión del dominio del hecho. No se trata pues de un criterio de autoría que se concentre en la ontología de la acción para precisar su dominabilidad, ni tampoco de un criterio deducido directamente de los tipos penales, sino que el dominio del hecho responde a un reflejo de la teoría final de la acción que debe proyectarse sobre las acciones tal y como las configura el legislador en los tipos penales¹²⁹⁰.

Un criterio que responde en forma material a la identificación del señor del hecho, que de todos modos agrega un elemento subjetivo (voluntad).

El cambio de paradigma en el ámbito del estudio dogmático de la autoría y participación fue llevado de la mano por obra de ROXIN, a fin de abandonar la teoría subjetiva por parte de los Tribunales alemanes. Crucial para este rotundo éxito fue la publicación de su obra *Täterschaft und Täterherrschaft* (Autoría y Dominio del hecho) en 1963¹²⁹¹.

Este desarrollo apunta ROXIN, que ha cambiado el sentido de la ley y ha llevado al caos nuestra teoría de la participación, marca un camino equivocado, que, a las buenas o a las malas, tendrá que abandonar también la jurisprudencia, pues el tenor literal de la segunda ley de reforma del Derecho penal ya no es compatible con la llamada teoría "subjetiva"¹²⁹². Por lo que la teoría del dominio del hecho se adapta al tenor de la ley y a los criterios políticos criminales que guían los senderos del Derecho penal en un Estado Social de Derecho. El dominio del hecho, de acuerdo con su formulación de la teoría, se manifiesta, ante todo, en el dominio de la propia acción típica ("los que realizan el hecho por sí solos")¹²⁹³, mientras conserve la voluntad de actuar, conforme al sentido personal del autor.

Ahora bien, la teoría del «Dominio del hecho», se estructura en base a criterios verificables y contrastables (material-formal), mas no tiene la suficiente aptitud como para poder resolver toda la constelación de casos, pues el contenido fenomenológico y normativo que supone la calidad de autor en varios de

1290 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. H.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., ps. 33-34.

1291 Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. H.; *Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 33.

1292 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 68.

1293 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 467.

los tipos penales, no puede surgir de este criterio, sino con la utilización de otros criterios, tal como sucede en el caso de los delitos especiales propios, donde se quiebra la teoría del dominio del hecho; cuando el fundamento material del injusto responde a una peculiar naturaleza la «infracción del deber».

La teoría de la participación no puede explicarse, por lo tanto, mediante una pirámide encabezada por el elemento dominio del hecho, que permitiría la deducción de consecuencias concretas mediante la ayuda de procedimientos lógicos¹²⁹⁴. Por ello, la doctrina es prácticamente uniforme en el sentido de que el principio del dominio del hecho no permite ninguna deducción sin más¹²⁹⁵.

En resumidas cuentas, la teoría del «dominio del hecho», comporta un criterio fundamentador de la autoría, pero de alcance restringido, pues no puede ser utilizado para resolver toda la constelación de casos —que acontecen en la realidad—, es por lo tanto, un criterio regulador, más no la clave de la bóveda; aparecen en el escenario, relatos de facticidad que no pueden ser resueltos conforme a esta concepción teórica-conceptual.

Parafraseando a PEÑA CABRERA, diremos las consecuencias de la teoría del Dominio del Hecho son las siguientes:¹²⁹⁶

1. Siempre es autor quien ejecuta el hecho por su propia mano, todos los elementos del tipo.
2. Es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento (Autoría Mediata).
3. Es autor quien realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho), aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando de la común resolución delictiva.

En nuestras propias palabras, podemos decir, que la teoría del dominio del hecho, ha supuesto extender la calidad de «autor», a ámbitos que desbordan el marco literal de los tipos penales, incidiendo en factores de imputación, sostenidos sobre un sentir teleológico (*normativo*) de los enunciados penales; donde el dominio del suceso típico, no se corresponde con la contemplación

1294 ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación...*, cit., p. 482.

1295 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 375.

1296 PEÑA CABRERA R.; *Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, cit.; para DONNA, se puede afirmar que hay autoría cuando se dan los siguientes requisitos: a. Dominio final del hecho. b. Requisitos objetivos del autor (funcionario, comerciante, soldado). c. Los requisitos subjetivos, como el ánimo de lucro o la tendencia lasciva. d. Los requisitos del delito de propia mano. En: DONNA Alberto E. *El concepto de autoría y la teoría de los Aparatos de Poder*; Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales - Homenaje al profesor CLAUS ROXIN. Marcos Lerner. Editora Córdoba, Argentina, 2001. cit., p. 296.

naturalista de las cosas, sino del hombre libre y conciente, dominante de las variables que determinan la modificación del mundo exterior.

4. FORMAS DE AUTORÍA

4.1. 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 penal¹²⁹⁷.

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 típica¹²⁹⁸.

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 tipo¹²⁹⁹.

Sólo puede ser autor inmediato en el delito de Asesinato por lucro, aquel sujeto que elimina directamente la vida de otro, 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 fáctica 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

1297 Así, VON BELING, E.; *La Doctrina del Delito-tipo*, cit., p. 60.

1298 ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación...*, cit., p. 483; ROXIN, C.; *Las Formas de Participación del Delito: El Estado Actual de la Discusión*. En: *Problemas actuales de Dogmática Penal*, cit., p. 202.

1299 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 471; así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 378.

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 éste 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 sólo 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 mediata¹³⁰⁰.

Todo partiría entonces, de una consideración fenoménica del delito; ambas autorías resultan penadas de *lege lata* por el CP, por lo que su distinción

1300 SÁNCHEZ-VERA-GÓMEZ-TRELLES. *El Denominarlo Delito de Propia Mano*, cit., p. 92

muchas veces puede ser improductiva, aunque necesaria en algunas veces para negar la responsabilidad del sujeto de adelante (víctima).

a. Toma de Posición

Definitivamente, el concepto de autor no puede extraerse únicamente de la interpretación de los diversos tipos legales comprendidos en la Parte Especial, conforme a un sentido formal y literal de la construcción típica, se requiere de todo un ejercicio intelectual que parta de la misma naturaleza de los enunciados normativos, logrando identificar a los verdaderos responsables del suceso delictivo.

Al respecto anota BACIGALUPO, que "los tipos de homicidio, lesiones, hurto, etc., sólo dicen que al que realiza la acción se le aplicará la pena allí conminada, pero no especifica nada acerca del criterio a utilizar para poder distinguir entre autores y partícipes en base a grados cuantificables de aportación delictiva"¹³⁰¹.

Dicho lo anterior, para poder afirmarse que se es señor del hecho, no basta con detentar el control material del hecho, se necesitará además que "el delito pertenece al sujeto como suyo", como "obra suya" y como producto de la intervención de otros o de otros factores causales concomitantes. Desde esta perspectiva escribe MIR PUIG, "Sólo serán autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida del delito; el delito pertenecerá como autor a aquel o aquellos que, reuniendo las condiciones especiales requeridas por el tipo, aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización"¹³⁰².

Por lo antes dicho, no sólo resulta importante tener el dominio de la realización típica, sino también, tener las cualidades especiales que exigen determinados tipos legales para poder ser considerado «autor» (Delitos especiales), para poder cumplimentar todas las exigencias típicas (objetivas y subjetivas); en estos delitos se limita la autoría a todos aquellos que detentan una cualidad especial emanada de un cargo público: el funcionario público, el Juez que se basa en un deber jurídico-político especial; en definitiva sólo aquel que ostenta dicha posición funcional (intrañeu) podrá ser considerado autor para efectos penales en el caso de una participación de un sujeto no cualificado (extrañeu) a lo sumo podrá ser considerado cómplice primario pero nunca autor o coautor.

En este orden de ideas, la figura del autor a efectos penales, la puede alcanzar todo aquel que tiene un dominio sobre el acontecer típico, sea porque directamente y en forma personal realiza la conducta descrita en el tipo penal,

1301 BACIGALUPO, E.; *Principios del Derecho Penal*; cit., p. 364.

1302 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*; cit., ps. 357. y ss.

o por que se aprovecha de ciertas circunstancias que manifiesta el hombre de adelante, y ejerce el dominio de la voluntad.

Siendo así, la calificación de autoría no puede partir de un concepto naturalístico, tampoco de una consideración objetiva (fenomenológica), sino de criterios materiales que permitan deducir si la intervención del sujeto implica una correspondencia social con el fin teleológico de los tipos penales, de común idea con los criterios regulativos que inspiran la caracterización de autoría en la Parte General del CP, por ende, no es una cláusula cerrada la fórmula del artículo 23º, sino más bien un listado abierto que el intérprete habrá de llenar de contenido valorativo, conforme tome conocimiento de los casos concretos.

4.2. Autoría Mediata

a. Naturaleza Jurídica

La «Autoría Mediata» es consecuencia directa de concepciones materiales a efectos de determinar quién es el sujeto 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 éstos, 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 sólo hay que dominar el hecho desde el punto de vista fáctico-objetivo, sino que es preciso también conocer que se ostenta dicho dominio¹³⁰³.

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 sólo de instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro, en cuanto sólo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. Se habla en estos casos, tradicionalmente, de autoría "mediata"¹³⁰⁴.

1303 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal...*, cit., ps. 67-68.

1304 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 144.

*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*¹³⁰⁵.

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 realización 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 delito¹³⁰⁶.

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 éste¹³⁰⁷; 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 otra¹³⁰⁸.

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 sólo si intervienen tres sujetos: el hombre de atrás, el ejecutor material y la víctima del delito¹³⁰⁹; como se anotó -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 secundaria¹³¹⁰, sólo 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

1305 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 309.

1306 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 68.

1307 ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación...*, cit., p. 483.

1308 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 81.

1309 Así, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 85.

1310 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; *El Delito de Propia Mano*, cit., p. 93.

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 definición del 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 sólo 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 ésta 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 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* diferente¹³¹¹.

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. 20º inc. 6).

1311 DONNA, E.A; *El concepto de Autoría y la Teoría de los aparatos de poder*. op. cit., p. 299.

No cabría tampoco la posibilidad de la Autoría Mediata, en el caso del «injusto imprudente», porque el dominio del hecho mediante 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 motivo, 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 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 cómplice¹³¹²; 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 auto-lesión 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

1312 Parte de la doctrina señala que no es posible la configuración de Autoría Mediata en los delitos de propia mano, aquellos en los cuales el tipo exige para su realización -la ejecución personal, directa o física por parte del autor- (Violación a la Libertad Sexual).

la actividad fáctica es el hombre de atrás, por lo que es un verdadero «Autor mediato»¹³¹³.

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 subjetivo¹³¹⁴.

En el caso de que el instrumento obra 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 sólo se constituye en un medio de realización típica, como un mero objeto¹³¹⁵.

b. Casos de Autoría Mediata:

b.1. Cuando el Instrumento Ejecutor carece de Culpabilidad

En esta hipótesis, la autoría del hombre de atrás, se produce si éste ha creado la situación de inculpabilidad; hipótesis que se extiende también cuando el autor se aprovecha del estado de «inimputabilidad» del sujeto de adelante; sin embargo, no resulta así de fácil atribuir la calidad de autoría mediata, por el solo hecho de que el sujeto de adelante se encuentre afectado de un estado de inimputabilidad, de conformidad con lo glosado en el artículo 20° incs. 1 y 2, en la medida que el reproche de culpabilidad revela determinados grados de intensidad, por lo que en algunos casos resulta un poco dudoso admitir la autoría mediata, cuando el hombre de adelante tiene un cierto grado de comprensión del hecho que ejecuta, por lo que éste último tendría el dominio del hecho.

Debemos distinguir las presunciones legales *iure et de iure* con las de *iuris tantum*, no podemos actuar bajo presunciones legales sino sobre hechos debidamente acreditados.

1313 Así, también, BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 478; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 486.

1314 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 380.

1315 Así también, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 380; BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 476; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; *El Delito de Propia Mano*, cit., ps. 9394; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., ps. 93 y ss.

En el caso de que el hombre de atrás utilice a un epiléptico para cometer un delito de asesinato, cuando no se produce el ataque epiléptico, no habría razón para no estimar en este caso una Inducción y no una autoría mediata¹³¹⁶.

Como nos recuerda BUSTOS RAMÍREZ, (. ..), la teoría del autor mediato surgió en razón a estas situaciones cuando para la participación se exigía la accesoriedad extrema (...), con lo cual el autor no sólo tenía que haber realizado un injusto, sino además ser culpable, por lo cual el inimputable nunca podía ser autor y, luego, el inductor no podía ser castigado como instigador¹³¹⁷; lo cual fue superado con la teoría limitada de la participación, pues basta para ser considerado autor, la comisión de un injusto penal, sea o no culpable, la cuestión del reproche de imputación individual es una cuestión de culpabilidad, con arreglo a lo previsto en el artículo 26° del CP.

No se puede llegar a un criterio uniforme con el solo hecho de que el hombre de adelante sea un inimputable, el caso de un niño o adolescente merece un renglón aparte; en tal virtud, en la doctrina se han hecho esfuerzos para dotar de mayor virtualidad estos casos de autoría mediata, (...) de hacer responder como autor mediato al hombre de atrás, al menos en los casos en que él hace actuar para sí a un inimputable y, por eso, jurídicamente tiene que responder solo ("principio de responsabilidad")¹³¹⁸.

Conforme lo anotado, una inimputabilidad sólo disminuida -en razón de una serie de factores- no puede *per se* fundamentar sin más, autoría mediata, cuando el hombre de adelante se encuentra perturbado psíquicamente por problemas de la vida cotidiana, se puede decir que es una persona susceptible de ser fácilmente influenciado hacia la comisión de un injusto penal, pero de ningún modo se puede considerar que es un «instrumento»; v.gr., quien influye psicológicamente a un suicidio, está generando en realidad el dolo de matarse, pero el suicida sabe perfectamente lo que está haciendo, por lo que se trata sin lugar a dudas, de una Inducción al suicidio (art. 113° del CP) y, no un caso de autoría mediata.

Sólo puede hablarse, entonces, de una «autoría mediata», cuando el hombre de atrás se encuentra sumamente afectado por defectos psico-patológicos (inimputable completo) y el autor de adelante se sirve de estas circunstancias para conducir su actuación conforme al sentido delictivo que el primero pretende.

1316 Así, BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 478.

1317 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 287; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 386.

1318 ROXIN, C.; *Täterschaft*, pp. 147; Citado por STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 387.

Ahora bien, en el caso de los niños (impúberes)¹³¹⁹, nuestro derecho positivo vigente, a partir de la Ley N° 27337 reconoce a los niños hasta antes de los doce años y, pasada esta edad hasta antes de cumplir los 18 años de edad es considerado «adolescente»; sin ingresar a profundidad en este tema, debe afirmarse que la inimputabilidad que se basa el CP en el artículo 20° inc. 2, es hasta cierto punto ficticio (presunción *iure et de jure*), pues parte de un criterio general de comprensión, cuando el autor se adecua a los alcances de la minoría de edad por una cuestión meramente cronológica, sin entrar en mayor detalle sobre las particularidades caracterológicas que pueda presentar cada sujeto («menor infractor de la ley penal»), en cuanto al tema de culpabilidad se refiere.

Cuestión distinta, es de verse en el caso de la autoría mediata el tema en discusión no puede resolverse de forma rayana en la seguridad que la norma brinda, sino que debe valorarse caso por caso; si el autor es menor de 12 años de edad (niño) no tenemos problemas de coincidir en la afirmación de una autoría mediata, pero en adolescentes mayores de 15 ó 16 años la cuestión es totalmente distinta; piénsese en el ejemplo del terrorista que entrega un paquete con una bomba a un niño de 10 años, quien no sabe lo que está llevando, con un adolescente de 16 años que cumple con el mismo encargo y, más aún forma parte de la organización subversiva. El grado de comprensión de este último en cuanto a las circunstancias concretas de la acción, se funda en el desarrollo genésico que éste ha alcanzado en razón a sus relaciones inter-sociales.

Por lo tanto, el dominio del hecho es también asumido por el adolescente («hombre de adelante»), por ende, se trataría de una forma de Inducción¹³²⁰. Aboga nuestra tesis, la interpretación sistemática que debe realizarse entre lo prescrito en el artículo 148°-A del CP (Instigación al Pandillaje pernicioso) y el artículo 193° del CNA (Pandillaje pernicioso); en este último supuesto de infracción a la ley penal, el sujeto activo debe oscilar entre los 12 y menores de 18 años de edad. El tema de la sanción a recaer sobre el menor infractor, es un tema que será dilucidado en el capítulo correspondiente.

Ejemplo: A embriaga a B, para que B golpee a C; el sujeto que utiliza a un niño para que lleve una bomba en una bolsa y se la deje a la víctima. Caso contrario, es la figura de la Inducción, donde el hombre de atrás (Inductor) hace nacer en la persona del inducido la voluntad de cometer un delito, pero éste último tiene el dominio del hecho y no el Inductor¹³²¹.

1319 En opinión de ROXIN, el uso de niños en la comisión del delito, sólo constituye variaciones de los tipos fundamentales (...); al niño tanto le falta el conocimiento del significado del hecho (por lo que se presenta como un caso de error), como le resulta irresistible el impulso proveniente de que obra detrás de él (con lo que aparece la correspondencia con los casos de coacción); *Sobre la Autoría y participación...*, cit., p. 485.

1320 Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 149.

1321 Para poder diferenciar la autoría mediata de la inducción, en el caso de instrumentaliza-

b.2. Cuando el Instrumento obra sin Dolo

ROXIN, define a este supuesto como un caso de «error», escribe que es posible utilizar en la ejecución del plan delictivo un hombre que obra por error, que no “ve” en los hechos y, por lo tanto, no puede oponer resistencia al que maliciosamente maneja desde atrás los hechos¹³²².

Dicho así: la ceguera que sobre los hechos tiene el autor de adelante que inciden en la tipificación penal es aprovechada dolosamente por el hombre de atrás a fin de alcanzar la realización típica y así vulnerar o lesionar un bien jurídico, por lo que el ejecutor “sin saberlo” se convierte en un instrumento.

Podría tratarse el caso de un ejecutor que obra con culpabilidad disminuida, pero con error sobre los hechos; la persona depresiva que por error toma una sustancia dañosa por obra del sujeto de atrás.

Puede basarse en la confianza que se genera en virtud de ciertas relaciones institucionales como la familia; v.gr., el sobrino que viaja con su tía constantemente a provincia y, en uno de los viajes se descubre que en el equipaje porta productos de contrabando o alguna clase de droga prohibida, equipaje que en realidad pertenece a la tía que en realidad forma parte de una banda de contrabandistas o de narcotraficantes.

Este es el caso más común de la Autoría Mediata, el dolo del instrumento faltará siempre que éste obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo.

En estos casos el dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor de las circunstancias con respecto al instrumento ejecutor.

El dolo del instrumento faltará siempre que éste obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo¹³²³; *contrario sensu*, si ambos conocen las circunstancias en igual medida, no hay posibilidad de dominio de la voluntad de otro. Basta que el hombre de adelante conozca de los elementos que hacen del hecho una conducta típica o que dude de su naturaleza para que se quiebre la autoría mediata.

ción de niños, enfermos mentales o una persona en estado de ebriedad, habrá que analizar en concreto la capacidad de responsabilidad penal, es decir, el grado de perturbación psíquica (caso de enfermos mentales) así como el grado de desarrollo genésico (menores de edad); será pues diferente el caso de un niño de 5 años con uno de 13 años. Pero, sea que al hombre de atrás se le califique a título de Instigador o de Autor Mediato, éste sería acreedor de la misma penalidad, tal como lo prevén los arts. 23° y 24° del C.P.

1322 ROXIN, C.; *Autoría y Participación...*, cit., p. 484; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 147.

1323 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 477.

Ejemplos: El autor mediató que introduce droga en el vehículo de un amigo, lo cual éste desconoce, para que pase el control aduanero de la frontera, pero éste es descubierto; o el mensajero que lleva oculta una bomba en una correspondencia -lo cual desconoce- que finalmente llega a su receptor, quien muere como consecuencia de la detonación o finalmente quien se hace de un bien mueble ajeno por actividad propia del hombre de adelante, quien confía en la propiedad del hombre de atrás; de ninguna forma quien solicita a otro saque dinero de una caja registradora.

b.3. Instrumento que obra conforme a Derecho

Son aquellos casos en que el hombre de adelante actúa en base a un cargo u oficio que le reviste de ciertas facultades decisorias o coercitivas (potestades *funcionariales*).

En estos supuestos, el hombre de atrás se vale de ciertos artificios, ardid, mendacidad a efectos de que el funcionario ampare su pretensión, a pesar de no corresponder la realidad con los hechos que él argumenta en la acción, cuando el inductor posee el dominio final del hecho respecto de la realización típica antijurídica, mientras que de lado del actor inmediato existe una causa de justificación¹³²⁴.

El caso se presenta con toda claridad en los supuestos de estafa procesal¹³²⁵, en aplicación del artículo 416° del CP (Inducción a error a funcionario público) y el tipo penal contemplado en el artículo 197° inc. 1)¹³²⁶; aunque la denominación del tipo infiere llega a otra consideración.

Bajo esta hipótesis, se advierte un mayor conocimiento de los hechos, pues el autor de atrás inserta ciertos documentos o instrumentales falsos, que hacen caer en equívoco al juzgador, quien finalmente actúa en base al poder que le reviste la Constitución y las leyes, pero si este último conocía de la falsedad de estos documentos o en el caso de que la falsificación sea evidente, no serían casos de autoría mediata, por que el juzgador, no es en ninguno de estos casos un instrumento, al actuar de forma conciente.

La autoría mediata -como escribe WELZEL- queda excluida cuando el juez no es colocado en una posición subordinada¹³²⁷; bajo dichos supuestos, se pre-

1324 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 151.

1325 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 479.

1326 La distinción entre ambos tipos penales radica en el bien jurídico objeto de protección y en la naturaleza del injusto; mientras que el primero es un delito de peligro concreto, el segundo es un delito de resultado.

1327 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 151; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 385; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 286.

senta la autoría mediata en razón de quien obra conforme a derecho, de forma justificada pese a resolver de forma injusta, al haber sido engañado por el hombre de atrás sobre la apariencia mendaz de su acción, por lo que podría ser conducido también como una variante de "error"¹³²⁸.

Así también aquella circunstancia, cuando el hombre de adelante obra típicamente pero amparado en un precepto permisivo, en cuanto al ejerció y/o desarrollo de determinadas actuaciones públicas lo obliga a ejecutar en algunas oportunidades, órdenes que son antijurídicas, por resultar lesivos determinados bienes jurídicos, en cuanto emanan de una decisión de los órganos jerárquicos, que desbordan el ámbito de la legalidad; a tal efecto la «autoría mediata», en estos casos se sostiene en el dominio *funcionarial jerárquico* del hecho que cuenta el hombre de atrás (funcionario superior) en cuanto a las órdenes que deben acatar los inferiores jerárquicos en el marco de la función de la Administración Pública, donde rige la estructura organizacional, los principios de jerarquía, de obediencia, de superioridad, etc.

Situaciones éstas, que neutralizan la posibilidad de que el hombre de adelante pueda abstenerse de ejecutar la orden impartida a pesar del conocimiento que pueda tener sobre su naturaleza delictiva, máxime, por el hecho de ser pasible en incurrir en el tipo penal de Resistencia y Obediencia a la Autoridad (art. 368° del CP).

En estos casos se incurrirá en Error de Tipo, cuando el hombre de adelante no tenga conocimiento de los elementos constitutivos que hacen de su conducta una de relevancia jurídico-penal, y por lo tanto será autor mediato quien lo crea y aprovecha; a modo de ejemplo: el funcionario público (policía) que detiene a otro en virtud de una orden emanada de su superior jerárquico (la orden no debe advertir ningún vicio de validez), la cual debe ir cubierta de todos los requisitos necesarios y que no genere duda sobre su legitimidad, para que ésta sea obedecida.

Es sabido, que tanto en las instituciones castrenses y policiales, las esferas funcionales inferiores, no tienen mucha posibilidad en la práctica para poder examinar la legalidad de las mismas; es en razón de los principios -antes anotados-, que inciden en una instrumentalización del hombre de adelante por el hombre de atrás, que se aprovecha de una superioridad funcional jerárquica.

La constelación de casos en que el instrumento puede actuar justificadamente y procurar la autoría mediata si el sujeto de atrás obra en virtud de obediencia debida cuando la orden ejecutada constituye un mandato antijurídico.

1328 Cfr., ROXIN, C.; *Sobre Autoría y Participación...*, cit., p. 484.

co obligatorio, por ejemplo la orden de detención (ilegal) emitida por un Juez y practicada por un funcionario de policía¹³²⁹.

También puede ser el caso, del capitán que ordena a un sargento el allanamiento de un domicilio, sin contar con la autorización jurisdiccional pertinente, o en el marco de una detención arbitraria¹³³⁰.

Ahora bien, si la orden parte de dos funcionarios de igual jerarquía, ambos son autores mediatos en conjunción con un caso de co-delincuencia. En el supuesto que el efectivo policial ejecute una detención ilegal sin orden de su superior, éste responde como autor directo del delito de Abuso de Autoridad en su modalidad de «cometer».

El instrumento actuará, pues bajo la denominada «obediencia debida» (art. 20° inc. 9), por lo cual al entrar en colisión el acto típico con el deber que entraña su actuación funcional, queda eliminada la antijuridicidad penal de la conducta; en caso contrario, cometería el delito previsto en el artículo 368° del CP (Desobediencia o Resistencia a la Autoridad) y el superior como autor mediatos del artículo 376° del CP (Abuso de Autoridad), la mínima posibilidad del ejecutor inmediato de dominar el curso de la acción, lo convierte en partícipe o cómplice según el caso concreto¹³³¹.

b.4. Cuando el Instrumento Obra Coaccionado

La realización mediata del tipo reside en el uso de la fuerza como apunta ROXIN¹³³², constituye el ejercicio intenso de violencia física o psíquica sobre el hombre de adelante a fin de que lesione un determinado bien jurídico. Sin embargo, la utilización de la violencia para conminar a otro a que ejecute un delito no es algo privativo de la autoría mediata¹³³³, pues el hombre de adelante -si bien obra constreñido en su proceder conductivo-, actúa en plena libertad decisoria.

1329 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 191; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 391; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 286; en opinión de WELZEL, el inferior que la ejecuta obra antijurídicamente, pero a causa de la no exigibilidad de rehusar la orden queda exculpado; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 149.

1330 Así también, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores, Lima, 2001, cit., ps. 185-186.

1331 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 218-221.

1332 ROXIN, C.; *Sobre Autoría y Participación...*, cit., p. 484.

1333 Cfr., HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 138.

Conforme lo anotado, esta variante de autoría mediata es objeto de discusión por parte de la doctrina, que en términos de punición no tiene relevancia alguna, pues sea como autor mediato o como instigador es merecedor de igual cantidad de pena.

La coacción que se ejerce sobre el sujeto puede crear un estado de necesidad, pues es obligado a lesionar un bien jurídico de menor jerarquía que aquel (vida, libertad, etc.) que se amenaza lesionar por parte del hombre de atrás; v.gr.; el administrador de un banco que es amenazado de muerte, si no acude hacia la bóveda del banco a fin de sustraer una cierta suma de dinero.

Ahora bien, ¿Qué debemos entender por coacción? La coacción importa el ejercicio de un grado de violencia de incidencia significativa, que tiene por fin doblegar la voluntad de otro, para que actúe en un determinado sentido. Un alto grado de constreñimiento que actúa en el propio ámbito de libertad en el cual se determina el proceso determinativo, conforme a los elementos de juicio que cuenta el sujeto para tomar la decisión en el caso concreto; por lo tanto, se puede decir que no actúa en un ambiente de plena libertad, pero sí cuenta con un mínimo margen de voluntad, que le permite tomar una u otra decisión, podemos decir que éste conserva el dominio del suceso, por lo que el hombre de atrás no podría ser considerado autor mediato. Si y sólo si el acto de constreñimiento es de tal intensidad, en virtud al grado de violencia ejercida sobre el sujeto, que anula la capacidad decisoria, es decir, la libertad de decidir queda anulada completamente, podríamos estar en un caso de autoría mediata, que podría ser un caso de «Miedo Insuperable».

El que obra coaccionado, escribe BACIGALUPO, lo hace sin duda, con dolo: *coactus voluit*. Tiene, por lo tanto, dominio de la acción para cuya ejecución se lo coacciona y consecuentemente también tiene posibilidad de obrar de otra manera¹³³⁴. La amenaza también es un medio "clásico" de instigación¹³³⁵, por cuanto se determina psicológicamente a la realización de un hecho típico.

En esta hipótesis el ejecutor directo obra amenazado de muerte (hacia él mismo o tercero) y éste realiza la acción típica (con dolo). La intensidad del efecto coaccionador debe ser lo suficientemente intenso para poder anular la voluntad del instrumento; pero, si el instrumento tiene dominio de la acción para cuya ejecución se lo coacciona y tiene por tanto la posibilidad de obrar de otra manera, estaríamos ya no en un caso de autoría mediata sino de instigación¹³³⁶, siendo el que coacciona en todo caso un instigador, pues ha creado en el autor

1334 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 477.

1335 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 390.

1336 Lo más resaltante en la autoría mediata, es que el autor mediato domina el hecho dominando la voluntad del ejecutor directo, a diferencia con la Inducción, en el cual el curso del suceso final es dominado siempre por el inducido.

el dolo, no importando para nada que lo haya hecho mediante coacción o persuasión, tal como lo sostiene KAUFMANN.

b.5. Cuando el Instrumento Obra mediante Error de Prohibición

Esta variante se configura cuando el hombre de adelante obra de forma antijurídica, con dolo y sin estar amparado en un precepto permisivo, pero desconoce que su conducta es ilícita, que se encuentra prohibida por el derecho positivo.

El sujeto quiere o desea el resultado perseguido, pero desconoce que es contrario al ordenamiento jurídico.

Según el principio de responsabilidad, la solución no puede ser dudosa -afirma STRATENWERTH. El error de prohibición inevitable del agente directo convierte al hombre de atrás en autor mediato, pero no al meramente evitable¹³³⁷.

Es de verse, que la doctrina casi es unánime al admitir la autoría mediata en caso de error de prohibición invencible del hombre de adelante¹³³⁸. Sin embargo, ROXIN, afirma tanto en el error de prohibición vencible como en el invencible el estado de la conciencia del intermediario es el mismo, por lo que el principio de responsabilidad es inadecuado para determinar la existencia o no del dominio del hecho.

En puridad, en ambos casos, del «error de prohibición», el autor de adelante desconoce la ilicitud de su conducta, pero la responsabilidad en este caso se deriva de la indiligencia de tomar contacto cognoscitivo de las normas, conforme a los deberes del Estado de Derecho, (...) a quien las exigencias jurídicas le resulten de todos modos indiferentes¹³³⁹, en un grado de culpabilidad disminuida debe rechazarse la autoría mediata.

Cuando el hombre de atrás se vale de un instrumento que obra con error de prohibición invencible, el autor mediato se aprovecha del desconocimiento de la antijuridicidad del hombre de adelante. En este caso, el autor ejecutor no puede advertir el error en el cual incurre, no le es posible advertir su carácter antijurídico. Ejemplo: Un ciudadano (autor mediato) que está realizando un negocio con un campesino que acababa de llegar a la ciudad, que por su poco o escaso contacto con el orden jurídico nacional le imposibilita de conocer los grados de ilicitud, lo cual lo conduce al error, al señalarle que puede consignar datos falsos en una solicitud que está presentando ante un municipio o ante

1337 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 389.

1338 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 286; de forma contraria, Balcarce Fabián; *Participación Criminal*, cit., p. 537.

1339 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 389-390.

cualquier entidad estatal, o quien a un extranjero lo convence de ingresar armas al territorio nacional sin portar la licencia respectiva.

De todos modos, consideramos que para la configuración de este supuesto de autoría mediata, no basta que el sujeto ejecutor o intermediario, sea un individuo que por su particular estatus socio-cultural no tenga aprehensión cognoscitiva de la normatividad penal, sino que es necesario que el hombre de atrás precisamente aproveche dicha situación para que se vulnere el bien jurídico. Desde la perspectiva del sujeto de atrás, el desconocimiento que tiene el sujeto de delante sobre la ilicitud de la acción es un medio idóneo que le permite instrumentalizarse hacia la ejecución de un hecho prohibido, puesto que está dominando una cualidad «lesiva» de la acción, proyectada hacia el ordenamiento jurídico, otorgando al sujeto de atrás la dirección de su conducta hacia el resultado y el superior control del acontecimiento fáctico¹³⁴⁰.

En los casos de «error de prohibición evitable», es de dudosa aceptación la calificación de autoría mediata, por cuanto, quien se encuentra en dicho error puede salir de dicha ignorancia si es que adopta ciertas medidas de información, por lo que su indiligencia para entrar en contacto con la dimensión normativa no lo puede favorecer, a fin de hacerse ver como un instrumento.

Cuando el hombre de atrás se vale de un instrumento que obra mediante un error de prohibición vencible, se sostiene que en estos casos se configuraría realmente los actos que caracterizan a un partícipe. No es autor mediato, porque quien tiene el dominio del hecho es el ejecutor directo, al cual finalmente se le atenuará la pena, conforme al 2do, párrafo del artículo 14° del CP. Ejemplo: A conocedor que B es deudor de C, le crea la idea a C de que golpeando a B, podrá recuperar inmediatamente su dinero¹³⁴¹.

El BGH en el caso del “Rey de los gatos”, que cita ROXIN, se admitió la autoría mediata tentada en error de prohibición evitable, señalándose lo siguiente: “(...) sería autor mediato en todo caso aquel que gracias al error conscientemente provocado por él mismo pone voluntariamente en marcha y dirige los acontecimientos, de manera que la víctima del error, bajo una contemplación valorativa, puede ser vista como un instrumento -si bien actúa (todavía) de manera culpable-”¹³⁴².

b.6. Falta de Idoneidad del Instrumento para ser Autor

Algunos tipos de la Parte Especial del CP, exigen normativamente una determinada calificación especial del sujeto activo, a efectos de ser conside-

1340 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal...*, cit., p. 193.

1341 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit.

1342 Cfr., ROXIN, C.; *Las Formas de Participación en el Delito: El Estado Actual...*, cit., ps. 203-204.

rado autor. Se parte de determinadas vinculaciones especiales que tiene el autor con el bien jurídico objeto de tutela, quien según las normas de derecho público asume ciertos deberes en cuanto a la tutela y conservación de los bienes y servicios que brindan las diversas entidades que comprende la Administración Pública.

Especial posición de estatus *funcionarial* que sólo se adquiere a partir de las normas que regulan el acceso a la función pública: por eso se dice que estos injustos son delitos "especiales propios" que sólo pueden ser cometidos por los denominados "*intraneus*", pues sólo ellos poseen ese deber especial; por tales motivos, en la doctrina a partir de ROXIN, se considera que estos delitos no son de dominio, sino que constituyen delitos de infracción del deber, por lo que no pueden ser cometidos a título de autor por parte de un particular (*extraneus*) o de un funcionario no calificado. Cuando se trata de un delito cualificado con un deber altamente personal, el autor ha de incumplir tal deber, de tal manera que sólo puede ser autor -mediato o inmediato- aquel a quien le incumba tal deber personalísimo¹³⁴³.

Caben en este caso dos hipótesis de trabajo: autoría mediata desde adentro y autoría mediata desde afuera, claro que en ninguno de ambos puede darse en realidad una autoría mediata. En este caso el sujeto normativamente calificado funcionalmente es quien ejecuta la acción en principio «típica», dominado por el hombre de atrás que es un autor no calificado.

Un *extraneus* no puede ser autor mediato de un delito de infracción de deber (...) ¹³⁴⁴, porque justamente faltan en él las condiciones que exige la norma para poder ser considerado autor, lo que no obsta a que el dominio del hecho que éste haya podido ejercer pueda ser conducido sin problemas a tipos penales comunes, v.gr., el particular que utilizando documentación falsaria, hace inducir en error a un funcionario público de la ONP, para recibir una pensión de jubilación o de cesantía que en realidad no le corresponde, sería un caso típico de estafa; o cuando se hace pasar como propietario de un bien mueble que se encuentra depositado en los almacenes de la Aduana, en este caso delito de hurto. No habiendo, pues, quebrantamiento del deber por el hombre de adelante -*intraneus* pero instrumentalizado-, ni por el hombre de detrás *extraneus* -no obligado-, no hay delito de infracción de deber¹³⁴⁵.

En los supuestos de autoría mediata -como apunta FEIJÓO SÁNCHEZ-, si el "autor mediato" no reúne los requisitos especiales de autoría, habrá que acudir a

1343 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; *El Delito de Propia Mano*, cit., p. 149.

1344 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; *El Delito de Propia Mano*, cit., ps. 149-150.

1345 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; *El Delito de Propia Mano*, cit., p. 151.

otros tipos penales (coacciones o amenazas, por ejemplo), (...) cuando concurre violencia o intimidación¹³⁴⁶. Entiéndase, entonces, que al faltar la cualidad especial funcional en la persona del *extraneus*, no existe posibilidad que se infrinjan los deberes propios de la función pública, ésta se basa fundamentalmente en la relación de carácter institucional que se extiende con la actuación misma, de actuar en sujeción a los parámetros constitucionales, que sujetan la Administración Pública en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

En el caso contrario, cuando el hombre de atrás es el *intraneus* y quien ejecuta la acción es el *extraneus*, la situación queda del siguiente modo: Si un no cualificado (*extraneus*) ejecuta la acción típica inducido por el destinatario del deber especial (*intraneus*), si bien tendrá aquél, bajo ciertas circunstancias, el dominio sobre el acontecer del hecho, no será autor justamente en razón de que le falta la cualificación requerida¹³⁴⁷. El funcionario que se hace llevar una maleta llena de dinero que pertenece a las arcas del Estado, por un particular que desconoce su contenido, o el magistrado que induce a su secretario de actas a que redacte la resolución jurisdiccional eminentemente prevaricadora; en estos casos se dice que se estaría cometiendo una autoría mediata hacia dentro, de los delitos de Peculado o de Prevaricato.

Como funcionario siempre tiene posición de garante (...) ¹³⁴⁸, respecto de los bienes, efectos y caudales que se ponen a su custodia, y de garantizar que la resolución que se expida en el ámbito de su actuación jurisdiccional sea de acuerdo a Derecho, por lo que si directamente (fácticamente) se lleva el dinero o si él de propia mano redacta la resolución prevaricadora sería una autoría inmediata y, en el primero de los casos sería una autoría mediata¹³⁴⁹. Sin embargo, debe precisarse lo siguiente: en este caso el autor directo de la acción típica es un individuo no calificado (*extraneus*), siempre y cuando obre sin dolo -pues en este caso se podría dar un caso de complicidad-, que no está en posición idónea para quebrantar precisamente los deberes de custodia que le confieren las normas de derecho público.

No basta la sola infracción del deber para fundamentar la autoría en los delitos especiales propios, se debe complementar con los elementos que se comprenden en la construcción típica, a fin de cautelar el *nullum crimen sine*

1346 FEIJÓO SÁNCHEZ, B.; *Delitos contra la administración pública*. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Edición Especial sobre el Nuevo Código Penal Español. Director: José URQUIZO OLAECHEA, Año IV. N°s. 7/8, cit., p. 707.

1347 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 382.

1348 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; *El Delito de Propia Mano*, cit., p. 153.

1349 Así WELZEL, al anotar que en los delitos especiales propios el cualificado que está detrás y que induce, es el que da al no cualificado la posibilidad de tomar parte en la realización típica del delito especial; *Derecho Penal Alemán*. cit., p. 150; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 310.

lege. En todo caso, se trataría en realidad de una autoría inmediata, será autor directo¹³⁵⁰, donde el particular no calificado se constituye en un mero objeto, cuerpo o máquina, que se sirve del *intrañeus* para vulnerar el bien objeto de protección; (...); el que infringe el deber especial que le incumbe induciendo a otro a producir el daño ya es autor (directo o inmediato), dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial¹³⁵¹.

El instrumento no cualificado es quien realiza la acción típica, pero nunca podrá ser considerado autor, porque en él no recae el deber jurídico especial que sustenta la autoría en los delitos especiales propios. Se aboga, por ende, que no se trata de autoría mediata, sino de una verdadera «autoría directa», pues en estos delitos es necesario además de tener el dominio de la acción, poseer la condición especial que exige el tipo penal (infracción del deber funcional).

b.7. Casos en los Cuales el Instrumento Obra Dolosamente, pero sin Elementos Subjetivos de Autoría

Bajo esta hipótesis —de «autoría mediata»—, se encuadra la figura del hombre de adelante, que obra con dolo (conocimiento y voluntad), pero falta en su caracterización psíquica el ánimo de naturaleza especial que fundamenta la autoría en determinados tipos penales. Si el hombre de adelante actúa, en tal caso, con pleno conocimiento de la situación, por tanto, dolosamente, pero sin esa intención trascendente, si bien tendrá el dominio del acontecer que cumple el tipo, no será autor¹³⁵², el caso, por ejemplo, de quien hurta sin tener la intención de adueñarse de la cosa¹³⁵³.

Entonces, quien induce a un tercero, a que sustraiga mercaderías de un supermercado, pero luego entregárselo al hombre de atrás, es quien ejerce en realidad el *dominus* sobre el bien, es decir, el aprovechamiento de la cosa sustraída, tal como lo exige normativamente el tipo de hurto (art. 185° del CP).

Un campesino, con ánimo de apropiación, permite que un criado consciente de la situación, traiga gallinas ajenas a su gallinero. El campesino es un

1350 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 384; así también BUSTOS RAMÍREZ, quien no admite la autoría mediata en ninguno de estos casos; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 287; PEÑA CABRERA, Raúl / Francia Arias, Luis; *El Delito de Enriquecimiento Ilícito*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1993, cit., ps. 60-61.

1351 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 481.

1352 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 382; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 286.

1353 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 310.

ladrón dice WELZEL, el criado, cuando y en la medida que le falta el ánimo de apropiación, como característica subjetiva del autor (...), sólo cómplice¹³⁵⁴.

El ánimo de lucro en el delito de hurto que se exige como ánimo de tendencia trascendente, revela que el autor-ejecutor domina el acontecimiento del hecho, entonces inducción, pero el autor directo carece del *animus específico* exigido para la autoría.

En realidad, el problema depende de la interpretación de los elementos subjetivos del hurto, pues, si basta identificar el ánimo de lucro con el *animus rem sibi habendi*, es decir, cuando el agente quiere la cosa para entregarla a otro¹³⁵⁵, no habrá problema y éste podrá ser considerado un verdadero autor y el hombre de atrás un partícipe o instigador según sea el caso.

b.8. Los delitos de Propia Mano

En el marco evolutivo de la teoría de la autoría mediata la doctrina ha sido casi unánime al no admitir esta figura en el caso de los denominados delitos de "propia mano", aquellos que se cometen corporalmente, es decir, es el propio cuerpo del autor que se constituye en el medio de comisión del injusto.

En estos delitos se excluye la autoría, coautoría y la autoría mediata¹³⁵⁶, posición en discordia con la posición que aquí se adopta, que no sólo parte de la propia distinción de qué delitos se comprenden en esta fenomenología delictiva, sino también la objeción de su propia construcción dogmática.

Es de verse, entonces, que estos injustos parten de una teoría formal-objetiva, de raíces naturalistas, donde sólo puede ser autor aquel que fácticamente realiza la conducta descrita en el tipo penal, contrario a cualquier posición normativa de la autoría mediata que se construya al respecto.

Los delitos que clásicamente han sido caracterizados como delitos de propia mano, son los de violación, conducción en estado de ebriedad, bigamia y falso testimonio, sobre todo, el primero de ellos es el que más discusión ha generado en las tribunas doctrinarias.

1354 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 150; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 310.

1355 El artículo 185° del CP enuncia su descripción típica de la siguiente manera: "obtener provecho...", que puede ser para sí o para un tercero, pues en estos casos el partícipe interviniente (autor) ha motivado su actuar antijurídico mediante el *animus rem sibi habendi*. Se señala también en la doctrina la existencia de otra variante de Autoría Mediata: "Instrumento que obra atípicamente", es el caso palmario del Suicidio (art. 113° del CP), no ofrece problemas, debido a que el mismo tipo legal criminaliza taxativamente al inductor o al cooperador.

1356 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 481.

WELZEL, apunta que en los delitos de propia mano, el injusto determinante no es la producción de un resultado, controlada por un actuar final, sino la ejecución corporal de un acto reprobable como tal. El acto como tal es incorrecto o reprobable desde un punto de vista ético-social¹³⁵⁷; aquellos injustos que exigen ser realizados personalmente, como es el caso de los abusos deshonestos y, en general, de los llamados *delicta carnis*¹³⁵⁸.

Convenimos, que se advierten ciertos ingredientes ético-morales que penden sobre esta estructura de autoría, que de cierto modo desnaturalizan los fines mismos del Derecho penal, en cuanto a la protección preventiva de bienes jurídicos, y no la conservación de los valores morales acuñados por ciertos sectores sociales; de ahí que se estime equivocadamente, que el delito de violación (acceso carnal sexual), no sólo importe en su realización típica la introducción del miembro viril o de otro objeto sustitutivo en las cavidades anatómicas de la víctima, sino la satisfacción del apetito sexual, en cuanto a la concurrencia de un extraño cuerpo llamado *animus lascendi*, que no se encuentra comprendido en la estructura normativa de dichos tipos penales.

Según un punto de vista se trata de delitos configurados según el criterio del Derecho penal de autor o delitos en los que la autoría está estrechamente vinculada con la realización de la acción y que no implican la lesión de un bien jurídico¹³⁵⁹; posición inadmisibles, pues por más que un tipo penal revele una caracterización criminológica, no se puede dejar de lado el criterio hermenéutico y teleológico que desempeña en este caso la teoría del bien jurídico, por lo que la delimitación de la conducta típica supone necesariamente su remisión al principio de «ofensividad», a partir de un criterio material y no formal.

Una interpretación monolítica, que sólo se fije en lo que dice el tipo penal o a si se lesiona el bien jurídico no resulta congruente con la función del Derecho penal, que no es la de castigar acciones u omisiones, sino la de defender bienes jurídicos ante la puesta en peligro o lesión típica de los mismos¹³⁶⁰.

No es tampoco un delito de infracción del deber, pues no se infringe un deber personalísimo, la desvaloración radica esencialmente en el delito de violación en la dirección de una conducta dirigida a vulnerar la libre autodeterminación sexual de la víctima, de ejercer su ámbito sexual en plena libertad. De forma gráfica. SÁNCHEZ-VERA señala lo siguiente "La circunstancia v.gr. de la penetración, puesto que fáctica, es plenamente accesoria: si un varón impotente o

1357 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 154; BALCARCE, F.; *Participación Criminal*, cit., p. 548.

1358 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 287.

1359 Citado por BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 481.

1360 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 299.

una mujer -que en la violación no pueden acceder carnalmente- se han buscado un hombre de adelante capaz de llevar a cabo el coito son igualmente responsables que quien se busca un rifle de mira telescópica para atentar contra el presidente, pues ésta es la única forma que tiene -debido a las fuertes medidas de seguridad- de consumir con éxito el magnicidio¹³⁶¹.

Dicho así: *en el ámbito de los delitos sexuales, debe quedar claro que el objeto de tutela por la norma es la libre dirección volitiva de la víctima, la cual puede ser vulnerada -tanto como el que de propia mano invade con un cuerpo extraño alguna de sus cavidades sexuales- por quien utilizando a otro (error o inculpabilidad) obtienen el fin perseguido con su dominio, esto es, el quebrantamiento de la libertad sexual y no el honor de la víctima.*

Posición -descrita-, que se sostiene firmemente de *lege lata*, con la modificación efectuada al capítulo IX Título IV por la Ley N° 28251 del 08 de junio del 2004. A modo de ejemplo: dos amigos aprovechando la inexperiencia sexual de un novato en una escuela, están departiendo en una fiesta, donde lo determinan a ingresar al cuarto de una compañera, que en estado de ebriedad ha decidido reposar en un cuarto contiguo, bajo el convencimiento de que ella lo está esperando, y de que la violencia que pueda ejercer es parte del juego, pues acostumbra a tener relaciones sadomasoquistas; más claro, cuando el ejecutor de la acción sufre de una oligofrenia u otra enfermedad, que lo ha privado de discernimiento.

La figura delictiva de la Bigamia (art. 139° del CP), también ha sido concebido como un delito de propia mano, por lo que se niega por un sector importante de la doctrina, la posibilidad de una autoría mediata; en la medida, que sólo el casado que vuelve a contraer nupcias -pese a su condición jurídica-, puede realizar el tipo penal, pues el matrimonio sólo se puede contraer de forma personal (*intuitu personae*).

A fin de dilucidar dicha problemática, debemos remitirnos al artículo 264° del CC, que reza de la siguiente forma "*El matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona, con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad. Es indispensable la presencia de esta última en el acto de la celebración*"; en tal virtud, si una persona que ya se encuentra casada, engaña a su representante, para que éste contraiga nuevo matrimonio, se daría sin ningún problema un caso de autoría mediata por «error». Por consiguiente, debemos poner mucho reparo, cuando se admite esta clase de delitos, pues la norma en sí no está especificando una determinada cualidad especial para poder ser considerado autor, son cuestiones puramente fácticas las que se esgrimen para fundamentar este tipo de de-

1361 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- Melles; *El Delito de Propia Mano*, cit., p. 175.

litos, por lo que SÁNCHEZ-VERA los denomina «Delitos fácticamente calificados»; no son por lo tanto delitos de infracción de deber.

En definitiva, la mayoría de los delitos que hoy se reconducen a la categoría de los de propia mano son susceptibles de una comisión mediata, principalmente, por la razón de que su naturaleza de propia mano no está fundamentada satisfactoriamente¹³⁶². La excepción lo constituye el delito de Falso Testimonio (art. 409° del CP)¹³⁶³, donde el injusto penal radica en la infracción del deber de veracidad del testigo, quien falta a la verdad en juicio, comprometiendo una recta administración de justicia.

Dicha calidad por su carácter personalísimo es intransferible, si el intérprete tuerce lo dicho por el testigo, éste es punible por su propio injusto del mismo tipo penal en cuestión.

b.9. Instrumento que Obra dentro de un Aparato de Poder

En palabras de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la exclusiva incriminación como autores directos de quienes ejecutan de propia mano los diversos comportamientos delictivos se revela a todas luces como insuficiente, y más desde el momento en que queda atestiguado que la conducta realizada llega en forma de instrucción desde quienes ocupan la cima de la pirámide, a través de quienes ocupan posiciones intermedias, hasta aquellos que finalmente ejecutan el delito y que se encuentran en la base de tal estructura organizativa¹³⁶⁴.

Las estructuras criminales que se entrelazan a partir de su complejo engranaje, manifiesta la perpetración de un *injusto sistémico*, la posibilidad de cometer el delito con mayor éxito, de asegurar la comisión de los hechos punibles, toma lugar por medio de las ventajas que se desprenden de estas organizaciones delictivas; la pluralidad de miembros, escalas jerárquicas funcionales, planes operativos, sistemas logísticos, alianzas con el poder político, poder de mando, la subordinación de los mandos ejecutores; la ordenación de un poder de decisión, que situado en la cúspide de la organización sabe de antemano, que las órdenes serán ejecutadas a cabalidad, sin ninguna clase cuestionamiento.

Las amenazas a la sociedad y a los Estados, en cuanto a la seguridad y paz jurídica, provienen de estas asociaciones delictivas, al comprometer en su accionar la incolumidad de los bienes jurídicos más importantes; ya no se habla de la banda delictiva, sino del «Crimen Organizado».

1362 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 303.0

1363 ASÍ, BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 482.

1364 FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E.; *La Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder*, cit., p. 7.

Estas agrupaciones criminales no pueden ser combatidas con las instituciones dogmáticas tradicionales de la *Autoría y participación*, el dominio del hecho —como dato central de la imputación a título de autor—, resulta insuficiente para poder fundamentar la responsabilidad penal de una persona, que no estuvo presente en la comisión del delito, quien nunca se ensució de sangre las manos, es decir, de propia mano no cometió el delito. De ahí, que haya surgido la teoría del «Dominio del hecho en estructuras organizadas de poder», como una herramienta dogmática de primer valor para poder sostener la autoría sobre quienes asumen la cúspide del poder de la organización. Como dice ROXIN, se ha impuesto ampliamente en la literatura el dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder¹³⁶⁵.

El concepto de «Criminalidad Organizada» es estrictamente criminológico, al sustentarse en los datos que provienen de la realidad social, en cuanto a la forma de su funcionamiento y sobre todo, a las personas que la integran. Hoy se usa normalmente esa calificación para referirse, especialmente, a los grupos supranacionales que controlan amplios campos delictivos (drogas, prostitución, tráfico de personas o de armas, blanqueo de dinero, etc.). En una acepción aún más compleja se incluyen los grupos que además cuentan con implicaciones de los poderes públicos de algunos países¹³⁶⁶. En realidad resulta difícil proponer una acepción exacta y precisa de *Crimen Organizado*, en mérito a la variedad de concepciones que se han propuesto y a la complejidad que viene a revestir dicha estructuración¹³⁶⁷.

Una manifestación típica del Crimen Organizado, es de verse en las denominadas «Estructuras Organizativas de Poder Gubernamental» (*para-estatal*), nos referimos a aquellas organizaciones que se escudan en el poder político, que han obtenido merced al voto popular, es decir, operan bajo un sistema democrático de derecho, para luego copar todos los estamentos públicos, creando una suerte de dictadura civil, cuyos tentáculos ha de observarse en la dirección del poder central, que toma las decisiones, las cuales son acatadas en rigor por todos los miembros de la organización, cuyos miembros más emblemáticos re-

1365 ROXIN, C.; *Dominio de la organización y resolución al hecho*. En: la Teoría del delito en la discusión actual, cit., p. 514.

1366 QUINTERO OLIVARES, G.; *La Criminalidad Organizada y la función...*, cit., p. 177.

1367 A decir de MEDINA ARIZA, los diversos intentos de acotación conceptual de este fenómeno han estado fundamentalmente orientados a la elaboración de una serie de atributos o características que en mayor o menor grado están presentes en todo grupo de personas que puede considerarse bajo la rúbrica de crimen organizado. Semejantes proceder sugiere que el crimen organizado no pueda ser definido exclusivamente en función de unos actos, sino que debe también referirse a las personas que trabajan juntas como grupo para cometer dichos actos; *Una Introducción al estudio Criminológico del Crimen Organizado*. En: «Delincuencia Organizada», cit., p. 111; Cfr., Prado Saldarriaga, V.; *Criminalidad Organizada*, cit., p. 37.

presentan los poderes del Estado, tal como sucedió en la década de los noventa en el país. Criminalidad organizada, que tuvo como protagonistas a funcionarios públicos del mayor rango funcional, máximas autoridades de las instituciones policiales y castrenses, Ministros de Estado, etc.; hechos, que determinaron el inicio de una serie de persecuciones penales, de juzgamientos, que de cuño determinaron la condena de una ex –presidente por la violación de derechos humanos, un hito histórico en los antecedentes judiciales en el Perú. Es a este nivel donde se han presentado múltiples atribuciones, imputaciones por el tipo penal de Organización a delinquir.

El *terrorismo paraestatal* se caracteriza porque es desde los propios medios del Estado como se mantiene el poder por métodos autoritarios, con violación de derechos humanos¹³⁶⁸.

Si estamos hablando de una estructura criminal organizada, esta no es cualquiera, pues requiere de una estructura corporativa, de todo un andamiaje funcional y operativo que permita a la asociación ejecutar sus planes criminales con rayana seguridad. Una verdadera organización criminal debe estar revestida con toda una organización jerárquica, cuya verticalidad permita garantizar que las órdenes que se emiten en la cúpula de la estructura sean ejecutadas sin cuestionamiento por los ejecutores inmediato. Con el conocimiento de la resolución segura del otro hacia el hecho, desaparece para el hombre de atrás la inseguridad del resultado que es típica en el partícipe, desaparece el sometimiento a la resolución hacia el hecho que deba tener un tercero¹³⁶⁹. La estructura organizada jerárquico-vertical de la organización, la desvinculación del aparato del ordenamiento jurídico y la absoluta fungibilidad de los ejecutores materiales del delito hacían al «hombre de atrás» poder confiar en que la orden por él emitida iba a ser cumplida con independencia de quién fuera el singular ejecutor¹³⁷⁰.

Importa un aparato delictivo apartado del Derecho, quiere decir, que sus acciones se encuentran reprobadas por el ordenamiento jurídico, sin dejar de lado, que sus bases existenciales se encuentren recogidas y amparadas por el Derecho positivo, tal como sucede en las organizaciones criminales que actúan en el marco del poder gubernamental. Situación distinta es de verse en las organizaciones subversivas, no obstante se pretenda dotarles de un sostén político e ideológico.

PRADO SILDARRIAGA, anota que sus operaciones responden a un proceso previo de planeamiento lineal, y se ejecutan en un espacio limitado de interna-

1368 CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; *La criminalidad organizada*. Concepto..., cit., p. 242.

1369 ROXIN, C.; *Dominio de la organización y resolución al hecho*, cit., p. 514.

1370 FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E.; *La Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder*, cit., p. 11.

cionalización que puede abarcar países fronterizos o aquellos ligados por un circuito productivo o de comercialización¹³⁷¹.

En la doctrina, se hace alusión al uso de la violencia o la amenaza de su uso para facilitar actividades criminales y para mantener el control monopolístico del mercado. También esencial en esta definición es que el crimen organizado se vale de la corrupción de funcionarios públicos para realizar actividades con impunidad¹³⁷². La alianza que se tiende entre el poder corruptor de funcionarios de la Administración con las mafias organizadas, es fundamental, que éstas últimas puedan operar con toda facilidad; máxime, cuando son los propios *funcionarios públicos* que integran estas organizaciones delictivas.

Fue ROXIN, que a fin de resolver los casos del Nacionalsocialismo, estructuró esta variable de autoría mediata, (...) tercera forma de ejecución del tipo que no es de propia mano, y que designaremos —dice el autor— como “dominio de voluntad mediante un aparato de poder organizado”. Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan de ejecución de para una organización jerárquicamente organizada¹³⁷³. El dador de la orden puede renunciar coaccionar o a engañar al autor ejecutante inmediato¹³⁷⁴, pues el aparato, en caso de un incumplimiento, tiene suficientemente a otros sujetos a disposición que pueden asumir la función de tal ejecutante —explica ROXIN—. Por ello también es característica de esa forma de autoría mediata que el hombre de atrás mayormente ni siquiera conozca personalmente al ejecutante inmediato¹³⁷⁵. En éste aparece el “autor de escritorio”, quien si bien no participa por sí mismo en la ejecución del hecho, es el verdadero señor del acontecer, en la medida en que las estructuras de organización que él utiliza le aseguran que sus disposiciones serán llevadas a cabo por “instrumentos” sustituibles a discreción¹³⁷⁶.

Por lo expuesto, quien tiene del dominio del acontecer típico, no son los autores ejecutores (materiales) de la realización típica, sino aquellos que se sitúan en los niveles de mayor jerarquía de la organización, esto quiere decir, quienes ostentan el verdadero poder de la red criminal, que a partir de sus propias estructuras internas, tendrán como seguro, que sus órdenes serán cumplidas, conforme a la cadena de mando que se desprende de aquella; por ello,

1371 PRADO Saldarriaga, V.; *Criminalidad Organizada*, cit., p. 52.

1372 MEDINA ARIZA, J.J.; *Una introducción al estudio criminológico del Crimen Organizado*, cit., p. 111.

1373 ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación...*, cit., p. 484.

1374 Así, Cury Urzúa, E.; *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición, 2005, cit., p. 606.

1375 ROXIN, C.; *La Autoría Mediata por dominio en la Organización*, cit., p. 223; Así, Bacigalupe, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 479.

1376 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 394.

los autores de "adelante", que si bien actúan con dolo (instrumento doloso), no tendrán nunca el dominio del hecho, pues en su esfera de organización individual no esta nunca dicha potestad, sino en la "voluntad suprema", que guía su quehacer delictivo, en otras palabras, sólo en los líderes y/o jefes superiores de dichas organizaciones. El dominio sobre el ejecutor, que permite considerar al sujeto de detrás autor mediato, no es un dominio directo –y no puede serlo desde el momento en que el hombre de detrás ni conoce a quien domina-; sino uno indirecto, pero suficiente, tan igual al que se tiene sobre los restantes elementos de la maquinaria, que se logra a través del dominio directo sobre el aparato¹³⁷⁷.

Como ha puesto de relieve CASTILLO ALVA, en la doctrina nacional, los delitos ya no son obra de autores individuales o de personas que actúan en concierto y ejecución de un plan común más o menos delineado. Esta visión tradicional ha variado por la aparición de nuevas organizaciones, grupos o estructuras que de manera colectiva y buscando una finalidad común perpetran diversas infracciones con la pretensión de alcanzar mayores cuotas de poder en base al delito, facilitando a su vez, la impunidad de quienes ocupan los puestos de dirección y mando. Por su dimensión, capacidad, disposición de medios, estrategias y recursos, nivel de adaptación y cobertura estas organizaciones se encuentran en condiciones de cometer delitos graves y de consecuencias devastadoras, como de lograr el cumplimiento de sus objetivos de modo más eficiente y rápido¹³⁷⁸.

En resumidas cuentas la ejecución de la orden se asegura por su propia estructura interna (vertical) y de acuerdo a las propias reglas que rigen la vida orgánica de estas estructuras criminales; no habría tampoco infracción alguna al principio de legalidad, pues el artículo 23 del CP, para nada exige que el hombre de adelante obre responsablemente. La objeción más clara refiere a los órganos ejecutores especializados, estos es, determinados individuos que por sus conocimientos especiales sobre cierta materia (*know how*), no pueden ser reemplazados fácilmente por la organización, por lo que tendrían en sus manos la posibilidad de frustrar el plan criminal; en este caso habría que dar cabida a una co-autoría. Al respecto señala airoosamente ROXIN, que el dominio de la organización tampoco ha sido elaborado para tales casos singulares, sino para los hechos que se basan en situaciones que se repiten de manera parecida y que son ejecutables por personas fungibles, tal como es el caso de los asesinatos por los nazis en campos de concentración y los disparos en el Muro de Berlín¹³⁷⁹. En virtud de ello, se señala en la sentencia que: "(...) podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata, la existencia de una

1377 MEINI, I.; *La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización*. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 4, AÑO 2003, Editorial Grijley, cit., p. 286.

1378 CASTILLO ALVA, J. L.; *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*. En: Libro Homenaje a Enrique BACIGALUPO, cit., p. 579.

1379 ROXIN, C.; *La Autoría Mediata por dominio de Organización*, cit., p. 232.

estructura organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. De esta manera, es claro que el autor mediato será aquél que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá”.

Dicho así: la autoría mediata en las estructuras organizativas de poder, permite acentuar la naturaleza material y normativa del hecho de la responsabilidad penal, desplazando de forma definitiva a la naturaleza formal-objetiva de faz naturalista, cuyos alcances restrictivos propiciaban un estado flagrante de impunidad, sobre todos aquellos, que sin participar físicamente en la realización típica, son que duda cabe responsables de los delitos que se cometen en el aparato criminal, pues ellos tienen el dominio de la organización, únicamente en su decisión esta pues, la posibilidad de que se ejecute el delito, de forma contraria, la frustración de la realización típica, donde los ejecutores materiales del delito, son mas que esbirros ejecutantes, que pueden ser sustituidos y/o reemplazados en cualquier momento¹³⁸⁰, en tal virtud, éstos últimos nunca tendrán el dominio del acontecer típico, por lo que no se puede tratar de una Inducción ni tampoco de una co-autoría, como han pretendido sostener en otras tribunas de la doctrina internacional.

Conforme es de verse, la autoría mediata en estructuras organizativas de poder, no es un tema que recién haya entrado en la discusión jurídico-penal, producto del fallo de Extradición, pues los Tribunales peruanos ya han aplicado esta teoría en un caso reciente. Nos referimos a la sentencia emitida en el

1380 De posición contraria Villavicencio Terreros, para quien, en estos casos se presentaría la figura de la coautoría, pues el hombre de atrás (quien domina la organización) tiene el co-dominio del hecho, dándose el carácter común de la decisión delictiva por el hecho de la pertenencia a la organización. Sólo se aceptaría autoría mediata si al ejecutor no se puede considerar autor plenamente responsable; *Autoría y Participación*. En: Libro Homenaje al profesor Raúl PEÑA CABRERA, Editorial ARA, 2006, T. I, cit., ps. 685-686; se opone también, CURY URZÚA, en su opinión, en estos casos el “hombre de escritorio” es mas bien un coautor o, en todo caso, un instigador al cual, por lo demás, puede castigarse con tanta o más severidad que al ejecutor; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 606; dicha postura tendría reparos, en cuanto a la concepción que se tiene de una co-autoría, pues en esta forma de autoría, el dominio del hecho se reparte forma plena entre los co-autores, por lo que ambos tienen el co-dominio del hecho, lo que incide en la imputación recíproca del hecho de forma “global”, de forma tal que cualquiera de ellos, puede desencadenar la frustración típica y, en el caso en comento, el hombre de adelante, quien ejecuta formalmente el delito no tiene dicha posibilidad, pues si se niega a ejecutarlo, aparecerán otros del mismo rango, predispuestos a cumplir la orden dada en las estructuras supremas del poder criminal; como expone TASENDE CALVO, lo verdaderamente definitorio es que los coautores tengan el dominio del hecho, asumiendo por igual la responsabilidad de su realización, mediante un reparto funcional de roles; *Problemas de autoría y participación en relación con los delitos de homicidio y asesinato*. En: Delitos contra las personas. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, cit., p. 103.

Exp. Acumulado N° 560-03 (Caso Abimael Guzmán Reinoso y otros) – Sala Penal Nacional, en cuyo Considerando décimo tercero (bases de imputación individual), luego de un profundo análisis doctrinario sobre el esquema teórico del “dominio de la organización”, señalan lo siguiente: *“Sin duda alguna, ha quedado debidamente comprobado que el Partido Comunista del Perú, conocido públicamente como Sendero Luminoso, es una organización clandestina que practicó el secreto tanto del colectivo como de sus integrantes, sean estos militantes, cuadros o dirigentes, jerárquicamente estructuras y fuertemente cohesionados sus miembros mediante su llamada base de unidad partidaria, con una clara distribución de funciones, pudiéndose identificar claramente los niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y el control de la organización, todo lo cual nos permite inferir que se trata de un verdadero aparato organizado de poder”*.

Con todo, la autoría mediata en estructuras organizativas de poder, constituye un paso fundamental a la construcción de criterios de imputación en realidad «normativos», de contenido esencialmente «material», dejando de lado posturas excesivamente “formalistas”, cuya rigidez conceptual no permite extender la imputación delictiva a quienes, sin haber cometido de propia mano, la realización típica, son quienes asumen el dominio del hecho, tal como se desprende de la autoría mediata; en este caso, quienes valiéndose de la posición privilegiada que le confiere la posición de mando, controlan la ejecución de los planes criminales que han de dirigirse desde la cúpula de la organización. Entendiendo con ello, toda una cadena de mando, que se manifiesta en las diversas estructuras jerárquicas que la componen, por eso, no habrá de advertirse una vinculación subjetiva y/o decisoria, entre quienes ejecutan los planes criminales y los dadores de la orden. Se erige, entonces, una fórmula de imputación delictiva, de naturaleza individual (autoría), que permite cerrar paso a la impunidad, a quienes se escudan en el manto que cubre los altos estamentos del poder político y militar, para eludir su responsabilidad penal, para con el Estado y la sociedad.

c. Correo de la droga («burrier»)

Es de verse, que se han producido ciertas confusiones en el ámbito del juicio de tipicidad, en lo concerniente a la actuación de los transportistas de la droga ilícita, que la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de aclarar, por medio del Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116 (Plenario Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial), publicado en el diario Oficial con fecha 18 de julio del 2008, delimitando la conducta de los correos de la droga con la circunstancia agravante prevista en el artículo 297°.6 del CP.

Se dice, en el Considerando 7, lo siguiente, refiriéndose a los llamados “burriers”: *“(…) Se trata de individuos que se desplazan usualmente por vía aé-*

rea o terrestre transportando droga –usualmente cocaína, marihuana u opio- en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, en cápsulas ingeridas previamente al inicio del viaje o en contenedores colocados en otras cavidades del cuerpo. Ello implica, por lo demás, reconocer la existencia de organizaciones o agrupación de personas que se dedican a captar personas, las cuales pasan, en algunas oportunidades, sin ser descubiertas por la autoridad pública –agentes de Aduanas, persona de seguridad de Aeropuertos y efectivos policiales de control de carreteras-. Desde la experiencia criminalística, en muchas ocasiones, se detiene a estas personas sin que se logre identificar cabalmente a los que se dedican a reclutar a estas personas y, en su caso, sin que se descubra la estructura y lógica de funcionamiento de las organizaciones criminales que por lo general están detrás de ese acto de transporte delictivo”.

Siguiendo lo afirmado, cabe señalar que los actos de transporte de la droga por parte de los «correos de la droga», ha de llevar a cabo, -por lo general-, a través de la intermediación de terceros, de sujetos que se ocupan a captar personas con ciertas características (jóvenes desocupados o inmersos en el mundo de la drogadicción), que les permita fácilmente acceder a la propuesta criminal ofertada. Dichos intermediarios son personas que forman parte de estas organizaciones delictivas, al ejecutar una función importante en el marco de los fines ilícitos que guía su proceder criminal. En tal entendido, las órdenes provienen de los altos mandos de la estructura delictiva, quienes no dan la cara, escudándose en las corazas que se levantan en las bases de estas organizaciones; por ende, son los «hombres de atrás», quienes cuentan con el dominio funcional del hecho y no los sujetos transportistas, quienes se encargan de ejecutar una actividad propia y singular, sin ser miembros de la asociación delictiva. Sin embargo, no puede descartarse en primera línea, que estos correos de la droga, puedan actuar a título individual, sin haber sido agenciados por estas organizaciones, llevando droga en pequeña cantidad. Supuesto conductivo que sería penalizado igual, a título de autor por el tipo penal del inc. 1) del artículo 296° del CP.

En el Considerando 9, se pone de relieve lo siguiente: *“Como es obvio, el tipo legal siempre hace referencia al autor del hecho que criminaliza. Este debe realizar la conducta penalmente prohibida. El supuesto de hecho de la norma básica: artículo 296° del Código Penal, desde los medios legalmente exigidos para la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, comprende los actos de fabricación o de tráfico, y éste último importa, dentro del ciclo que involucra, el transporte de las mismas o de precursores. El tráfico –enderazado a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- se refiere a todo acto de comercio, de negociación o de transferencia de bienes –delictivos en este caso- y, comprende las diversas actividades que le son inherentes, entre ellas las de distribución y*

de transporte, que en este último supuesto ha de entenderse el acto de desplazamiento de dichas sustancias de un lugar a otro, con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión.

El "correo de la droga" desde la tipología destacada en el fundamento jurídico 7º del presente Acuerdo Plenario, sólo interviene en el transporte, y es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien realiza el transporte".

En efecto, los diversos tipos penales que se contienen en las estructuras típicas propuestas en la Parte Especial del CP y Leyes Penales Especiales, definen modelos disvaliosos de comportamientos humanos, cuyo mensaje se dirige esencialmente a quien ostenta el «dominio funcional del hecho», esto es, al autor del evento típico, como protagonista principal del suceso, por estar en sus manos la posibilidad de realización típica, a su vez, la posibilidad de frustración típica. El resto de sujetos intervinientes en el suceso típico, al no poseer en su esfera de organización, el dominio funcional del hecho, son sujetos que prestan una colaboración y/o contribución, -importante o secundaria-, cuyo encuadramiento punitivo ha de ser examinado según los dispositivos legales glossados en la Parte General del CP, dando lugar al principio de «accesoriedad en la participación» o dígase «participación en lo ilícito personal». En el caso que nos amerita, la conducta prohibida la efectúa quien trasporta la droga prohibida, quiere decir, que realiza actos propios de promoción, favorecimiento o facilitación al consumo ilegal de drogas; sobre este término cabría hacer el siguiente reparo: según lo prescribe el propio artículo 299º del CP, el consumo de drogas no es prohibido, lo que es penado por la Ley penal es la comercialización de estupefacientes prohibidos, de modo, que la *lex lata* incluye una terminología normativa errática.

Por lo dicho, el "correo de la droga" se encuentra ajeno a la organización delictiva, pues no participa e interviene en la toma de decisiones de estas estructuras, no cuenta por tanto con el co-dominio funcional del hecho ni de la co-decisión del hecho, para poder ser considerado co-autor de esta forma conductiva, debiendo responder por autor del artículo 296º.1 del CP, no tiene posibilidad de frustrar con su omisión de actuar, los planes criminales de la organización, pues aquella puede sustituirlo con otra persona proclive a cometer este tipo de comportamientos prohibidos, que inclusive pueden configurar la llamada «Autoría Mediata en Estructuras Organizativas de Poder». Siendo así, los miembros de la organización incurrir a la vez, en la figura de Inducción del artículo 296º.1 y como autores del artículo 297º.6, que al valorar un mismo hecho, debemos inclinarnos por la participación delictiva de mayor intensidad, a fin de salvaguardar el principio del *non bis in idem*.

Y, si en la actividad del "correo de droga", participan conjuntamente más de dos personas, cada uno de los protagonistas del evento, ha de ser reprimido a título de co-autor, conforme al artículo 296°.1 del CP. Así, en el Acuerdo Plenario invocado, al haberse determinado que: *"El "correo de drogas" es un coautor del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 296° del Código Penal. Se requerirá, por cierto, que se cumplan los elementos objetivos y subjetivos que integran el citado tipo legal básico"*. Mientras, que en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 100-2004-Callo, se expresa lo siguiente: *"La labor de captar personas para el traslado de drogas al extranjero –burrier- constituye el tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas. El superior colegiado procede con arreglo a ley al señalar que la conducta imputada al encausado se subsume en el tipo base y no en la forma agravada en el inciso séptimo del artículo 297 del Código Penal, conforme fue instruido y acusado, al haberse determinado su labor, y estando a la cantidad de droga incautada, la forma y circunstancias de su perpetración"*¹³⁸¹.

5. COAUTORÍA

La «coautoría» importa la atribución conjunta de un hecho delictivo, esto es, la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, de dos o más individuos, quienes en «común acuerdo» se dividen la realización del hecho punible, en base a 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 sólo 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 tipo¹³⁸².

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 delito¹³⁸³. Su peculiaridad reside en que, además, ha habido

1381 ROJAS VARGAS, F. y otros; *Código Penal. Parte Especial*, T. II, cit., p. 448.

1382 ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación*. cit., p. 487.

1383 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 154.

un acuerdo de distribución funcional de las labores a cumplir respecto a la realización del hecho¹³⁸⁴.

A fin de identificar la relevancia del aporte y el co-dominio del hecho, la conducta de cada uno 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 empleados y al público con un arma, mientras el otro recoge el dinero¹³⁸⁵.

Remitiéndonos al texto literal del artículo 189°-A del CPP, 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 colectivo¹³⁸⁶; 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, sólo 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 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. MUÑOZ CONDE escribe que dentro de la co-autoría ejecutiva puede diferenciarse la Directa, en la que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos, y la Parcial, en la que se produce un reparto de las tareas ejecutivas. En el robo, tan autor es quien toma el dinero,

1384 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 288.

1385 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 398.

1386 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 398.

como el que mientras tanto está apuntando a la víctima con un arma de fuego, como se sostuvo líneas atrás.

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 co-dominio 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 concreto¹³⁸⁷; 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 Hecho¹³⁸⁸.

Lo decisivo en la coautoría, importa que el «Dominio del Hecho», lo comparten varios intervinientes, que en virtud del reparto 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». En base a lo preceptuado en líneas anteriores, consideramos que en principio no podemos interpretar el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible sólo 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 delictivo¹³⁸⁹.

1387 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General* cit., p. 472.

1388 Así, ROXIN, C.; *Autoría y Participación...*, cit., p. 490.

1389 Al respecto, PEÑA CABRERA acota que la coautoría requiere de una coejecución (objetiva), es necesario que la ejecución del hecho se realice conjuntamente, estructurándose en un todo; cada autor debe realizar su aportación en base a la función asignada. Nosotros no estamos de acuerdo en el sentido en que la ejecución del hecho debe realizarse conjuntamente, bastará ya que la aportación sea esencial que sumada a la de los otros nos dé

Como bien afirma BACIGALUPO, para la coautoría es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor, sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y en consecuencia si es o no coautor¹³⁹⁰.

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).

El coautor obra con un *animas auctoris*, esto es, él quiere el hecho como propio. El cómplice obra con *animas socii*, es decir, él quiere el hecho como ajeno¹³⁹¹; por lo que no se pone interés sobre el grado de relevancia del aporte, el momento de su concreción y su correspondencia con el mundo exterior, dado que no es necesario acreditar que su voluntad se haya plasmado en actos de concreta ejecución delictiva. Pero querer el hecho "como propio" es sin lugar a dudas insuficiente para poder fundamentar la responsabilidad criminal, que parte de una base material: que es el hecho objetivamente descrito, que debe constituir la obra del autor, pues su conducta dio lugar al inicio del suceso típico. Esta tesis es incompatible con un Derecho penal del acto, donde el fundamento de la punición, es la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, la voluntad, el deseo, la intención no valdrá en absoluto para el derecho punitivo, si esta esfera subjetiva no se ha manifestado en el mundo exterior, por lo que las ideas que no se corresponden con el mundo real, están al margen de cualquier consideración valorativa para la codelinencia.

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

como resultado: la realización típica; para BACIGALUPO, el coautor debe tener el codominio del hecho y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales) así como los elementos subjetivos del Injusto por el delito concreto. La posición tradicional en la doctrina entendía que tomar parte directa en la ejecución del hecho se interpretaba como realización de algún acto típico en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal. Ejemplo: uno amenaza a la víctima, mientras que otro toma el dinero, ambos son coautores. Para otro sector de la doctrina, no basta para la coautoría realizar algún acto típico en sentido estricto, sino es preciso la realización total del tipo por parte de todos los coautores. Ejemplo: quien sujeta a la víctima y no tiene acceso carnal con ella no podría ser autor, a lo más partícipe necesario.

1390 BACIGALUPO, E.; *Principios del Derecho Penal*. cit., p. 365.

1391 WELZEL, H.; *Derecho Penal...*, cit., p. 156; BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 473-474.

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 delito¹³⁹².

Para JAÉN VALLEJO la coautoría exige un dominio funcional del hecho, y para ello es necesario: 1. Que en todos los coautores concurren los elementos objetivos y subjetivos que exija especialmente el tipo penal. 2. La comisión común del hecho, con un reparto funcional de las tareas de acuerdo con un plan común; y, 3. Una contribución objetiva a la realización del hecho. En el caso de que uno de los coautores se exceda por su cuenta del plan acordado sin que los demás lo consientan, en principio el exceso no puede imputarse a los demás: Más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca (prohibición de exceso). De todos modos vale explicar en forma detallada cada uno de estos presupuestos:

- a. Co-dominio 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 otros¹³⁹³.

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 codevincuencia, 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 delito¹³⁹⁴; esto quiere decir, que tengan la posibilidad de frustración típica, quien tiene el co-dominio del hecho tiene

1392 ROXIN, C.; *Sobre Autoría y Participación...*, cit., p. 489.

1393 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 399.

1394 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 472.

siempre esta facultad, a diferencia del partícipe, a pesar de que su aporte puede resultar indispensable en algunos casos.

El acuerdo recíproco puede también establecerse sólo durante el transcurso del hecho, después que el primer actor ya ha actuado una parte, lo que se ha llamado coautoría sucesiva¹³⁹⁵. Puede realizarse expresa o tácitamente con acciones concluyentes¹³⁹⁶.

Dicho así: el acuerdo debe adquirir concreción 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 ocupantes 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 habituar 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

1395 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 155.

1396 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 311.

aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá co-dominio 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 cometerse¹³⁹⁷.

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 ejecución¹³⁹⁸.

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.

Sin duda, deberá estimarse el valor del aporte, a fin de dar la respuesta correcta, pero, la pregunta sería la siguiente ¿El aporte qué 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 problema¹³⁹⁹; quien conduce el vehículo para que se pueda dar

1397 BACIGALUPÓ, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 473.

1398 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 404.

1399 Así, las siguientes ejecutorias: 1.- "Los encausados participaron en la planificación y ejecución del ilícito. Uno tiene la calidad de ejecutor, estrictamente hablando, el otro es vigilante según la división de tareas acordada previamente, por ende al segundo le alcanza responsabilidad en calidad de autor funcional, por cuanto con sus procesarlos planificaron y acordaron la comisión de dicho evento, distribuyéndose el trabajo a realizar por cada uno de ellos en la ejecución del mismo y teniendo el co-dominio del hecho al momento de su perpetración, determinándose la realización en común del delito, por parte de todos los coprocesados en la relación de interdependencia funcional de los agentes, fundamentada sobre el principio de división del trabajo, lo cual da origen a una imputación recíproca en el sentido de que lo realizado por los ejecutores en sentido estricto lo son también imputables a los otros" (RN N° 4647-95-Lambayeque. Código Penal. Gonzalo Gómez Mendoza. Editorial Rodhas, Lima, cit., p. 41); "En los delitos dolosos de resultado, la coautoría requiere que quienes formen parte en la etapa de ejecución obren con dominio funcional del hecho, esto es, dando un aporte esencial cuya ausencia hubiese determinado el fracaso del plan de ejecución" (En: Código Penal. Jurista Editores, cit., p. 76).

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. Sólo en este último caso, expresa ROXIN, puede existir una coautoría¹⁴⁰⁰, pues (...), es imposible que se pueda dominar un acontecimiento de ejecución cuando no se está presente¹⁴⁰¹, 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 preparación y planeación del hecho no es suficiente, pues con ello todavía no ha sido aceptada una parte del dominio del hecho"¹⁴⁰². En tal entendido, la aportación objetiva en la etapa preparatoria no puede dar lugar a una codelincuencia, sino una complicidad¹⁴⁰³, 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 ejecución¹⁴⁰⁴.

5.1. Toma de Posición

Como bien señala MIR PUIG, la fenomenología de la codelincuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo¹⁴⁰⁵.

Lo correcto, es pues, considerar coautores no sólo a quienes ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a quienes aportan una contribución esencial para la realización del plan, comprendiendo el hecho delictivo como un todo indisoluble. Ejemplo: El jefe de la banda que no acude "*in situ*" al lugar de los hechos, al banco, deberá ser considerado coautor si es que conoce el plan en su totalidad, del que los demás no son sino piezas parciales, ya que sigue

1400 ROXIN, C.; *Sobre Autoría y Participación...*, cit., ps. 490-491.

1401 ROXIN, C.; *Las Formas de Participación en el Delito*. cit., p. 217.

1402 JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 453.

1403 ASÍ, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán*. cit., p. 155.

1404 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 404.

1405 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*; cit., p. 384.

controlando el hecho a la distancia y no deja en manos de otro u otros la dirección última¹⁴⁰⁶.

El acuerdo criminal debe ser precedente a la realización típica, pero puede producirse en su fase ejecutiva; a fin de perpetrar un delito de secuestro, cada uno se compromete a la realización de cada contribución, dos de ellos al despliegue de la violencia física, a fin de reducir los mecanismos de defensa de la víctima, otro será el conductor del vehículo en el cual fugan los malhechores, y otros quienes asumen la custodia del rehén en el lugar donde se le recluye (delito permanente).

En cuanto a los delitos de propia mano, en concreto en el caso de violación a la libertad sexual, la doctrina no es unánime al aceptar la coautoría en el caso de quien sujeta violentamente a la víctima mientras que otro accede carnalmente a ella. PEÑA CABRERA considera que en los delitos de propia mano no es posible la coautoría, por cuanto en el caso de la violación, cada acto conjuntivo carnal que realice cada uno es responsable a título de autor, y en el caso de sólo realizar actos de violencia física y psicológica será atribuible su participación a título de cómplice primario¹⁴⁰⁷. Pero, si en base a la consideración de que coautor no sólo es aquel que contribuye con su aportación en la fase ejecutiva, sino es toda contribución esencial sin la cual el hecho no se hubiera podido configurar, habría que calificar la intervención del que ejerce la violencia como coautor del delito de violación, habiendo desestimado en acápites precedentes, la tipología del delito de propia mano -de origen naturalista- en los delitos sexuales, *maxime* por consideraciones de *lege lata*.

La violencia constituye un acto típico que lo puede realizar cualquiera, incluso una mujer, por lo que ésta puede ser coautora¹⁴⁰⁸. Lo que se atenta con este tipo de delitos, es la libertad de la víctima, en cuanto predeterminación a conducirse sexualmente, no la valoración ético-social de estas conductas, de quien pretende satisfacer un ánimo libidinoso a costa de la voluntad de la víctima.

En lo que refiere a los delitos de infracción de deber, sólo puede admitirse la codelincuencia, en caso de dos o más *intraneus* (cuerpo colegiado), comparten

1406 Habrá que apreciarse también coautoría, en el ejemplo de quien tiene la función de vigilar en las inmediaciones del lugar en el cual se está produciendo el atraco; si aparte del acuerdo constituye una contribución esencial en la concreta realización típica, podrá ser considerada coautoría (MUÑOZ CONDE).

1407 PEÑA CABRERA R.; *Derecho Penal*. Estudio Programático de la Parte General; cit.

1408 Así, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, cit., p. 301; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; *El Delito de Propia Mano*, cit., p. 176-177; ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación...*, cit., p. 487; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 412.

una calificación funcional específica (competencia) y se encuentran ejerciendo una concreta actividad pública; el *extraneus*, por lo tanto, no puede ser coautor, a lo más participe siguiendo la tesis de la unidad en el título de la imputación.

En resumidas cuentas, rechazamos la posibilidad de una participación culposa en un delito doloso o una participación dolosa en un delito culposo¹⁴⁰⁹, así como una instigación en las mismas variantes, sobre todo por respeto al principio de legalidad, sin embargo, en el caso de la codelincuencia, la norma en cuestión no lo niega de plano, pues sólo se describe la realización conjunta de un hecho típico.

La oposición surge a partir de los presupuestos que se contemplan en la codelincuencia: co-decisión común y conjunta de realizar el hecho. De ahí, que en la doctrina se hayan realizado esfuerzos para caracterizar la autoría culposa en otros términos "dominio objetivo del hecho", señalándose que el concepto de autor no puede ser extraído de los tipos de la Parte Especial, sino de los preceptos regulados de la Parte General, por lo que una concepción material de la tipicidad conlleva una concepción material de la autoría, por lo tanto, la autoría mediata como la coautoría imprudente no quedaría restringida, escribe PÉREZ MANZANO, refiriéndose a la legislación penal española¹⁴¹⁰.

Sin duda, la admisión de la figura de la codelincuencia culposa importa un análisis más detallado en razón a la reformulación dogmática que requiere su comprensión, que no es posible plasmar en este espacio; parafraseando a ROXIN, diremos que la posibilidad de coautoría imprudente tendrá que ser ponderada seriamente¹⁴¹¹.

6. PARTICIPACIÓN - 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

1409 De todos modos el artículo 387° del CP (Peculado culposo), describe una fórmula de imputación ciertamente mixta, pues en realidad el autor es el *extraneus* que se aprovecha de la falta de cuidado del sujeto obligado para con sus deberes de custodia y, se produce la sustracción de caudales y efectos. En realidad si tiene el dominio del hecho el sujeto no calificado, sería entonces una autoría de un delito común, v.gr., un hurto, y si, la consumación ha dado lugar gracias al aporte del *intranus*, sería una complicidad culposa en un delito doloso, lo cual de *lege lata* no es posible, en realidad, la problemática reside en que una mera infracción administrativa ha sido convertida por el legislador en un injusto penal, con la consiguiente pérdida de sostén dogmático, pues parece que un mismo hecho es partido en dos injustos diferentes; Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 364-368.

1410 PÉREZ MANZANO, Mercedes; *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999.

1411 ROXIN, C.; *Las Formas de Participación en el Delito*. Cit., p. 218.

típica, pero, surgen a la vez otras aportaciones -menos relevantes-, que contribuyen de cierta manera a la realización típica. Ejemplo: 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 ésta, y, con ello, señor sobre su hecho que conforma en su existencia y en su ser-así con finalidad consciente¹⁴¹².

La esencia de la complicidad consiste en la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho¹⁴¹³; entonces, en esta posición dogmática la voluntad como elemento psíquico que controla y domina los actos del individuo, 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 manifestamente 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».

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 partici-*

1412 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, cit., ps. 142 y ss.

1413 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán (PG)*, Ibidem.

pación en lo ilícito)¹⁴¹⁴, o llevado a otros términos "principio de accesoriedad en la participación".

Conforme lo anotado, 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 autor¹⁴¹⁵.

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 24º y 25º del CP, en el sentido que los tipos penales de la PE, hacen únicamente referencia a la persona del autor, excepcionalmente hacen mención expresa del partícipe (a veces impune), en los casos de «participación necesaria».

Como bien apunta, REAÑO PESCHIERA, los aportes al evento delictivo no deben considerarse de modo aislado, como si cada sujeto realizara un injusto (hecho antijurídico) por separado, sino que deben valorarse conforme a una perspectiva global, que considere la existencia un solo injusto al que acceden directamente todos los intervinientes¹⁴¹⁶; y, a efecto, de diferenciar el autor del partícipe, se deberá valorar el grado de aportación delictiva conforme a criterios de relevancia, en cuanto a la aportación en el suceso delictivo, de carácter cuantitativo y cualitativo, pues, es el autor quien ostenta el dominio de la configuración típica del hecho punible en referencia¹⁴¹⁷.

1414 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 260.

1415 MEZGER, Edmund; *Derecho Penal. Parte General* (Libro Estudio). Traducción de la 6ª edición alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, cit., p. 302.

1416 REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Jurista Editores, Lima, 2004, cit., p. 59.

1417 Para realizar esta delimitación en la intervención delictiva, habrá que tomar en referencia la especificidad del tipo penal en concreto, pues, cada figura delictiva expresa una forma singular de realización típica (objetivo-individual), al cual habrá que agregarse al tipo subjetivo del injusto, los especiales estados de ánimo, de tendencia y de intención, que exige el tipo legal a parte del dolo de intervención.

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 autor¹⁴¹⁸. Para fundamentar la punición de la conducta del partícipe, basta con que el hecho principal sea típico y penalmente antijurídico (Accesoriedad Limitada).

6.1. Los Delitos de Participación Necesaria

Una serie de supuestos de hecho típicos describe comportamientos en los que la participación de varias personas es un requisito o, por lo menos, prácticamente constituye el caso normal¹⁴¹⁹; por participación necesaria se entiende -dice MEZGER la circunstancia de que ciertos hechos punibles requieren, con arreglo a su tipo, la participación de varias personas¹⁴²⁰.

En nuestro derecho positivo vigente, el legislador ha comprendido expresamente en el tipo legal la participación de otra persona ajena al autor, cuya intervención es necesaria a efectos de la realización típica, intervención que puede ser punible o en su caso impune.

Es de verse, que en algunos tipos penales comprendidos en la Parte Especial, identificamos la intervención de un tercero que voluntaria o involuntariamente se somete a un estado antijurídico, v.gr., en el caso del homicidio consentido (art. 112º) es la propia víctima quien solicita a un tercero que ponga fin a los interminables dolores que padece, este tercero pone fin a la vida de éste a efectos de que cesen estos actos de padecimiento inhumanos; si bien es cierto, que el tercero actúa bajo un móvil solidario e humano, al considerarse la vida como un bien jurídico indisponible por su titular, la intervención de este tercero es punible y la del solicitante no lo es, que sólo tendrá relevancia en el caso de una forma imperfecta de ejecución.

En el caso del proxenetismo (art. 181º), ocurre algo parecido, para la configuración típica de este delito se exige la participación de dos personas: del proxeneta que determina a una persona a la realización de este tipo de actividades, y a la persona que ejerce directamente el meretricio ofreciendo este servicio a terceros¹⁴²¹; asimismo, la usura (art. 214º) que requiere de un prestamista y de un sujeto pasivo que recibe el crédito o préstamo usurario.

1418 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3era. Edición, aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989, cit., p. 289.

1419 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 281.

1420 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 323.

1421 En estas figuras delictivas, sustancialmente impregnadas de matices moralistas y etizantes, que una comunidad democrática y pluralista no debería sostener como fundamento de criminalización, sólo las actividades periféricas relativas a la prostitución misma son conminadas y amenazadas con pena, de las cuales sólo las que implican la determinación a prostituirse de una persona menor de catorce años o inimputable, deberían quedar

En todos estos casos, la participación de conformidad con el texto escrito del tipo legal será impune, pues, no está amenazada con pena, y, ello en razón a una delimitación del ámbito de protección de la norma tomando en referencia una perspectiva teleológica y hermenéutica del bien jurídico tutelado, esto es, la punibilidad de la conducta del partícipe necesario dependerá en gran medida si éste es titular del bien jurídico objeto de tutela; y, en el caso de la usura, es obvio que lo que se protege es el patrimonio del sujeto que recibe el préstamo, al igual que el homicidio a ruego, se tutela la vida como bien socialmente valorativo del enfermo y en el delito de proxenetismo la libertad sexual de la persona que es determinada a la realización de actividades de meretricio. Entonces, en estos casos, a pesar de que la participación del tercero es necesaria a efectos de la realización típica, su intervención es impune en la medida que la orientación político-criminal se dirige finalmente a proteger al partícipe; sin embargo, en otros tipos penales acontece cosa distinta.

Aparecen pues, otros tipos penales, en los cuales también la participación de un tercero es necesaria a efectos de la realización típica, pero a diferencia de los primeros antes descritos, en estos la participación del tercero participante está expresamente prevista en un tipo penal, la cual es punible en algunos casos, pero puede que su intervención delictiva no esté expresamente penalizada en el tipo penal, lo que no puede llegar a suponer que su intervención queda fuera del ámbito de protección de la norma, esto es, que sea no punible¹⁴²².

Como bien apunta, GIMBERNAT ORDEIG, (...) siempre será tarea de la dogmática la de determinar si su conducta es o no impune¹⁴²³, en el supuesto del delito de Bigamia (art. 149º), se comprende en este supuesto, pues, el delito se comete cuando el casado contrae matrimonio con un tercero, claro está que en principio el reproche del injusto recae directamente sobre este autor, pero, como bien lo determina constitutivamente el artículo 140 (*in fine*), se penaliza la intervención del no casado, que a sabiendas (dolo), contrae matrimonio con la persona casada; en tal medida, la punición de su conducta se encuentra condicionada al tipo subjetivo del injusto, y, en este caso, lo que se tutela es la Familia como célula básica de la sociedad no el estado civil del contrayente, que puede también ser agraviado en este delito cuando su intervención se realiza en desconocimiento efectivo del estado civil del casado que contrae matrimonio con su persona.

en la zona penal; A más detalle, vide, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 700-723.

1422 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 283.

1423 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, cit., p. 295; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 323.

En estas figuras delictivas, cada contrayente es autor de su propio delito, uno responde por el artículo 139º y el otro por el 140º, en tal virtud, no son propiamente co-autores ni partícipes a la vez, lo importante a estos efectos, es demostrar que para el legislador la intervención de un tercero es también de relevancia jurídico-penal, en base al hecho de que éste también realiza una intervención que afecta al bien jurídico objeto de tutela penal, por ende, es merecedor de pena.

Y, en el caso de los delitos de Cohecho (artículos 393 y ss.), la participación del particular (*extraneu*) ha merecido una respuesta jurídico-penal más intensa, pues, el legislador consideró conveniente político-criminalmente, que la conducta del criminal constituyese una tipificación penal aparte a la del funcionario que solicita o acepta el donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja desdoblando la punibilidad en dos tipos penales independientes entre sí, pero materialmente indisolubles; esto es, los delitos de Corrupción importan una actuación eminentemente bilateral o dígame sinalagmática, en el sentido, de que el funcionario o servidor público (*intraneu*) no puede realizar típicamente estos delitos de forma unilateral e individual.

En otras palabras: los delitos de Cohecho son un delito de participación necesaria, en tanto, no podrán configurarse típicamente estos tipos penales sin corruptor que acepte o proponga la coima, y, sin corrupto que ofrezca o acepte el acto ilícito¹⁴²⁴.

La definición de los delitos de Cohecho, como de «participación necesaria» (*plurisubjetiva*), ha sido relativizada, en mérito a la dación de la Ley N° 28355 del 06 de octubre del 2004, cuando en algunas de sus figuras delictivas, se dice lo siguiente: «*El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente (...)*»; ya no resulta necesario, acreditar que el receptor de la solicitud, -funcionario público o particular-, acepten formar parte de la negociación ilícita, bastando con acreditar el emprendimiento del sujeto activo; por ende, dichas modalidades del injusto de Cohecho, responden a una naturaleza «monosubjetiva».

La prevención de las conductas de Corrupción, no sólo puede ser sostenida desde una visión nacional, sino a partir de una plataforma «internacional», que se manifiesta en los Tratados y Convenios Internacionales, suscritos por el Perú, en especial la «Convención Interamericana contra la Corrupción», que fuera suscrita en el año de 1996, inserta en el organismo de la OEA – Organi-

1424 Sin embargo, la respuesta jurídico-penal en estos casos debe significar una menor intensidad en el caso del particular, en la medida, que la infracción de deberes de incumbencia institucional únicamente le compete al funcionario o servidor público, por lo que el reproche jurídico penal se expresa en una pena de mayor coacción, en comparación con la pena que se impone al particular. Así GIMBENAT ORDEIG, E.; *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, cit., p. 292.

zación de Estados Americanos; fue en tal mérito, que se penaliza el «Cohecho activo transnacional» en el artículo 397º-A, de acuerdo a la dación de la Ley N° 29316 del 14 de enero del 2009.

El fenómeno de la «Corrupción», no puede ser únicamente enfocada, desde un plano *personal*, sino también, desde un plano *sistémico*, cuando el injusto se perpetra desde las estructuras de una red criminal, de un cuerpo mafioso, que se enquistas en todo el aparato público; hablamos, por tanto, de una organización delictiva, que se vislumbra en cualquier sistema estatal, contando con variables muy específicas en su organización y entramado delictual.

Los comportamientos delictivos de las asociaciones organizadas obedecen a una naturaleza disímil, no existen criterios unificados a la hora de identificarlas, ya que tienen su propia dinámica y peculiaridades, las cuales suelen actualizar con el objeto de evitar su descubrimiento y persecución¹⁴²⁵.

Un combate eficaz al flagelo de la corrupción debe perseguir y sancionar punitivamente no sólo al funcionario público, sino se necesita también que los ciudadanos sean intimidados con la amenaza penal (prevención general), y esta perspectiva político-criminal tiene también una legitimación social, pues, la corrupción surge a partir de disfunciones sociales que acontecen en sociedades estratificadas, segmentadas y con alto grado de exclusión, donde la pobreza, la marginalidad, la ausencia de valores democráticos y otros males, contribuyen a propiciar un margen favorable para la comisión de estos injustos penales.

A este nivel del análisis dogmático, nos toca analizar un tipo penal que describe ahora si la figura de la «participación necesaria» de forma expresa y concluyente, en específico, nos referimos al delito de Colusión Ilegal (art. 384º), el cual para su configuración típica exige la confluencia de dos personas: la del funcionario o servidor público que en razón de una posición de dominio funcional tiene a su cargo una intervención en algún tipo de contrato, licitación, concurso público y otros afines; y, el particular que ingresa como postor o contratante en algunos de estos procesos administrativos. Entonces, este tipo penal exige para su realización típica la concertación o el pacto *sceleris* entre el funcionario público y el particular interesado¹⁴²⁶, y a efectos de distribuir grados de responsabilidad penal, ambos partícipes serán sometidos al tipo penal especial (autor) y la fórmula general de la teoría de la participación prevista en el artículo 25º de la PG: que en este caso, se tratará evidentemente de una

1425 RAMÍREZ BARBOSA, P.A.; *Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la Criminalidad Organizada. El modelo de Colombia en este ámbito*. En: Crimen Organizado. Tipicidad, política, investigación y proceso. ARA editores, cit., p. 99.

1426 Asimismo, el tipo penal en comento condiciona el merecimiento y necesidad de pena, a un elemento que le otorga sustantividad punitiva: defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, como disvalor que lo define como un injusto *funcionarial de resultado*.

Complicidad Primaria que en otras latitudes normativas es denominada como una «Cooperación Necesaria».

Son personas distintas de quienes controlan y dominan los elementos de tipicidad, aportando actos propios de complicidad¹⁴²⁷.

Sin embargo, aún no nos acercamos a tipos penales que expresen la necesidad de punición de terceros participantes, cuya participación puede o no ser necesaria, pero, en ambos supuestos el merecimiento y necesidad de pena es inobjetable.

El primero de los casos serían los delitos de peculado (art. 387º) o malversación de fondos (art. 389º), en estos tipos penales, la participación de un tercero particular o tercero *intraneus* no es imprescindible, en la medida que el funcionario que ostenta el dominio de un ámbito especial de la actividad pública, puede cometer el delito individualmente sin necesidad de aportación de terceros, sin que ello suponga que un particular no pueda participar activamente en la perpetración del delito.

Y el hecho de que el legislador no haya penalizado expresamente la intervención del particular, no puede llegar al equívoco de pensar, que éste deba quedar impune, pues, en estos delitos el bien jurídico objeto de tutela es la Administración Pública, sin defecto que intereses de particulares puedan verse también afectados. Cuestión aparte, importa destacar que el tercero particular participante no puede ser autor de estos tipos penales por los argumentos antes esbozados. Y, ¿Porqué el legislador no ha procedido a criminalizar la conducta de terceros partícipes en los tipos penales en cuestión? En definitiva, la razón no se sustenta en un menor grado de reproche al partícipe del peculado que el de colusión¹⁴²⁸, sino que en el primero, bastará remitirse a las reglas de la Parte General, en cambio, el segundo implica un delito de participación necesaria¹⁴²⁹.

Recapitulando, la participación sólo comprende a la instigación y la complicidad (no es posible una participación culposa en un delito doloso, y una participación dolosa en un delito culposo). La participación es dependiente del hecho principal, mejor dicho de su autor; no se puede hablar de participación sin referirse al mismo tiempo de aquello en lo que se participa¹⁴³⁰.

1427 ROJAS VARGAS, Fidel: *Estudios de Derecho Penal* (Doctrina y Jurisprudencia). Jurista Editores, Lima, 2004, cit., p. 210.

1428 Así, Gimbernat Ordeig, E.; *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, cit., p. 294.

1429 Que al constituirse en cómplice primario conllevaría imponer la misma pena que la del autor, lo que no es satisfactorio político-criminalmente. El Juez al momento de la determinación judicial de la pena cuenta con un espacio de juego, mediante el cual graduará la sanción del particular por debajo del funcionario público, quien por motivos de prevención general debe ser sancionado con una mayor pena.

1430 Se rechazan de plano las teorías que pretenden concebir a la participación con cierta

La participación viene precedida por su dependencia con el hecho ajeno, si el hecho típico sólo llega hasta el grado de tentativa¹⁴³¹; a pesar, de que el partícipe, ha realizado toda su contribución, sólo resulta punible a título de tentativa.

Sin duda, la participación no puede dar lugar a la concurrencia de tipos independientes, ya que para poder castigar al partícipe se requiere que el autor haya comenzado ya la ejecución típica, es decir, la iniciación de la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

6.2. 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 autores¹⁴³², vinculación directa del partícipe (instigador, cómplice), con el hecho principal dominado por el autor¹⁴³³, 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 participación alguna, toda vez que la participación importa la contribución a un hecho en fase de preparatoria o ejecutiva. Sólo con el logro de la intención delictiva están materialmente consumados, de modo que hasta entonces es posible la participación¹⁴³⁴.

autonomía. La participación está dirigida a la lesión del mismo bien jurídico que el hecho principal: 'Teoría de la Participación en lo Ilícito'. No cabe pues participación sin autor, es aquello lo que demuestra su carácter accesorio, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

1431 El desistimiento de la tentativa no afecta a la punibilidad del partícipe que no se haya desistido, consecuencia del carácter personal del desistimiento (incomunicabilidad de las circunstancias personales).

1432 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 487.

1433 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 289.

1434 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 160.

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 culpabilidad¹⁴³⁵.

6.3. Principio de Accesoriedad Limitada de la Participación

Significa que el hecho principal del autor debe ser típico y antijurídico (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*¹⁴³⁶, 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 autor¹⁴³⁷; 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)¹⁴³⁸.

La imputación individual, entonces, no es un factor comunicable al resto, por lo que no puede condicionar la punibilidad del partícipe; vg.r, 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.

La justificante de un hecho se extiende a todos los partícipes, pues como señala MUÑOZ CONDE no se puede castigar a éste por intervenir en un hecho irrelevante o justificado para el autor. En el caso de que el partícipe domine la realización típica del hecho, será considerado autor mediato (utilizando un instrumento).

Conforme lo anotado, no resulta necesario que el autor sea culpable, ya que la responsabilidad es una calificación de naturaleza individual (el autor pue-

1435 Así, BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 487; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 290; en contra WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 165.

1436 Así también, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 161; BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 488; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 416; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 290.

1437 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 416.

1438 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 290.

de 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 imprudente¹⁴³⁹.

6.4. 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 sólo 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 hecho¹⁴⁴⁰; generar el dolo en la esfera decisoria del «Instigado», para que éste último cometa un hecho punible.

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 autor¹⁴⁴¹.

Es decisivo originar la decisión al hecho en el autor, no necesariamente también dar origen al plan del hecho¹⁴⁴², 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

1439 Al respecto escribe GIMBERNAT ORDEIG, que la participación dolosa en un hecho requiere el dolo del autor principal, sin dolo del autor no hay tipo de homicidio en el cual participar dolosamente. Todo interviniente en un hecho no doloso es considerado autor, concepto unitario de autor. En el injusto imprudente se fundamenta la autoría en la infracción del deber objetivo de cuidado como por el dominio de la acción imprudente que se realiza.

1440 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 420.

1441 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 292.

1442 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 166.

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 hecho¹⁴⁴³, 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 instigador¹⁴⁴⁴, la resolución de cometer un hecho, y da lugar, de tal manera, a que cometa el hecho como autor¹⁴⁴⁵, 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 consumar 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 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 suicidarse¹⁴⁴⁶; 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 inculpa, 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 (...) ¹⁴⁴⁷, 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

1443 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 264.

1444 MEZGER, distingue las distintas formas de intervención delictiva, a partir de un criterio mixto: objetivo-subjetivo.

1445 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 313.

1446 En cuanto al injusto de inducción al Pandillaje Pernicioso (art. 148°-A), ver al respecto las clases de Autoría Mediata.

1447 JAKOBS, Günther; *Suicidio. Eutanasia y Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, cit., p. 39.

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 auto-eliminarse, 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 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 hecho¹⁴⁴⁸, en éste la resolución de cometer el hecho, no puede ser instigado el que ya ha resuelto la comisión del mismo (*omnimodo facturatus*)¹⁴⁴⁹. En tal caso sólo queda por analizar si pues tratarse de una tentativa punible de instigación¹⁴⁵⁰.

En consecuencia, la concurrencia de la instigación no puede descartarse por la predisposición que tiene el instigado de cometer esta clase de delitos¹⁴⁵¹, 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 sólo por medios puramente intelectuales, sino, por ejemplo utilizando grabaciones, películas, etc.¹⁴⁵²; no opera pues, en el caso en que el autor ya estaba decidido a cometer 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.

1448 Así, BUSTOS RAMÍREZ; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 293.

1449 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 315; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 423.

1450 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 493.

1451 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 266; REAÑO PESCHIERA, cit., p. 82.

1452 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 293.

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.¹⁴⁵³

El artículo 24º, 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. 113º 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 percibe¹⁴⁵⁴.

Bajo los principios del Estado de Derecho, no resulta 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 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 316º del CP.

1453 La acción inductora debe ser lo suficientemente intensa para provocar en la psiquis del autor la idea de cometer el delito y ésta debe conectarse causalmente con dicha voluntad decisoria; no cabría esta variante participativa con una mera sugerencia a un tercero o una indicación genérica de delinquir. Asimismo, BACIGALUPO, cuando nos dice que "La voluntad del inductor debe estar dirigida a la provocación de un delito concretamente determinado, uno indeterminado es insuficiente para fundamentar su punibilidad". La tipificación autónoma de la Instigación obedece al hecho de que lo que se induce no es típico y antijurídico para su autor, es decir, no se configura un Injusto penal, como: Suicidio, inducción a la fuga de menor; si es que no se tipificara expresamente estas inducciones, éstas quedarían impunes en virtud del principio de Legalidad.

1454 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal*. cit., p. 425.

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 sólo 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 párrafo¹⁴⁵⁵.

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

1455 A más detalle ver mi obra en coautoría: "Terminación Anticipada del Proceso": Colaboración Eficaz, Principio de Oportunidad y Arrepentimiento Terrorista. Jurista Editores, 1era. Edición, Lima, 2004.

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 sólo se revela un dolo de tentativa, que no alcanza la intensidad volitiva exigida para la Inducción¹⁴⁵⁶; al menos que se manifieste un dolo de consumación, que sí sería punible.

Sólo podría plantearse una instigación culposa, que no es posible conceptualmente¹⁴⁵⁷; La punibilidad del agente provocador sólo se podría fundamentar en la teoría de la participación en la culpabilidad¹⁴⁵⁸.

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»¹⁴⁵⁹, 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

1456 Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 167; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 314.315; STRATENWERTH; *Derecho Penal...*, cit., p. 425; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 293.

1457 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 293.

1458 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 494.

1459 Título IV de la Sección Primera del Libro Tercero.

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 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 inocencia¹⁴⁶⁰.

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 culpabilidad¹⁴⁶¹, la responsabilidad del Instigador debe tener correspondencia del dolo provocado en la mente del autor, con los hechos que éste finalmente realiza, más allá de lo determinado psíquicamente no puede ser imputado a éste.

Si al autor se le instiga a cometer un hurto, pero perpetra un robo, sólo se está ante instigación del injusto de hurto¹⁴⁶²; no es necesario en la inducción que los medios a utilizar en la perpetración delictiva como el objeto del ataque esté previamente definido; (...) debe ser suficiente que el inductor trace previamente (vorzeichenet) la dimensión del injusto, es decir, la forma del ataque y la magnitud aproximada al daño¹⁴⁶³.

Ejemplo: quien induce a matar a su enemigo, responde por la muerte de éste, pero, no de las otras personas que el inducido haya podido matar por su propia cuenta y resolución delictiva¹⁴⁶⁴, a menos que haya sido posible estimar

1460 RIFÁ SOLER, J.M. y otros; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 285.

1461 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 495.

1462 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 168.

1463 ROXIN, C.; *Las Formas de Participación en el Delito*. cit., p. 207; BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 494.

1464 Si se produce un *Error Vel In Objecto (in personam)*, es irrelevante, tal como lo propusimos

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.

6.5. 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 antijurídico¹⁴⁶⁵; 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.

“Favorecer” significa prestar una colaboración causal para la comisión de un hecho principal, luego en los delitos de resultado también una colaboración para el resultado¹⁴⁶⁶.

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, parte 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 siem-

en el capítulo referente al tipo subjetivo, el agente ha alcanzado el bien que finalmente quería lesionar; si bien detenta determinadas características típicas, la identidad de la víctima no es un elemento del tipo objetivo, por ende, que finalmente se mate a otro en nada cambia la configuración típica. En cambio un desvío en el curso causal inicial (*aberratio ictus*) sí es relevante para el Inductor que sólo responderá por tentativa, a menos que en la inducción misma ya se advertía el peligro de un actuar deficiente del instigado (error), en cuyo caso responderá también por el homicidio imprudente por el resultado finalmente producido.

1465 STRATENWERTH I, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 427.

1466 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 171.

pre 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 previamente¹⁴⁶⁷.

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 co-dominio 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, etc¹⁴⁶⁸.

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 co-autoría.

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 anterior¹⁴⁶⁹. Siendo la contribución de éste, 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 éste pueda finalmente cometer el delito¹⁴⁷⁰.

Por otro lado, la complicidad sólo resulta punible a título de dolo. El cómplice debe saber que presta una aportación a la ejecución de un hecho punible¹⁴⁷¹, por lo que no se admite la posibilidad de una complicidad culposa.

1467 ROXIN, C.; *Sobre la Autoría y Participación...*, cit., p. 490.

1468 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 428.

1469 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 498.

1470 El Código español de 1995 señala: "...cooperen en la ejecución de un delito con actos anteriores o simultáneos", lo que lo distingue de las demás formas de participación es su menor entidad material. "En cambio, el CP peruano en su art. 25° señala: "...dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado".

1471 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 496.

De igual forma que el caso de la Inducción, el cómplice no puede responder por los excesos del autor, si éste presta una colaboración dolosa para un delito de hurto y, finalmente se comete un robo, sólo 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.

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), sólo 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 25º, para ser considerado cómplice (primario o secundario) en estos delitos especiales, pues sólo 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 cocausal respecto al hecho principal. No hay cooperación punible en los delitos culposos¹⁴⁷².

1472 Un sector de la doctrina (MIR PUIG), califica como posible la inducción en un injusto imprudente. Ejemplo: A induce a B, que apenas sabe conducir, a que lleve en su coche a C por una carretera extremadamente peligrosa a gran velocidad, por lo menos se le imputaría a A por inducción en un delito imprudente; de distinta opinión es MUÑOZ CONDE, cuando apunta que el simple favorecimiento o inducción, para que otro realice una acción imprudente, no fundamenta la autoría en el resultado que se produzca, cit., ps. 448 - 476.

b. Clases de Complicidad:**b.1. 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 típico¹⁴⁷³, pues de acuerdo a una supresión mental hipotética, la perfección delictiva no se hubiera podido alcanzar.

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 cuanta 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 necesaria¹⁴⁷⁴. 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”*¹⁴⁷⁵.

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.

1473 El texto punitivo español (art.28°), a diferencia de nuestro Código Penal, incluye otra variante de participación no prevista en la nuestra, que es la Cooperación Necesaria, que dada su naturaleza jurídica equivaldría a la complicidad primaria prevista en el art. 25° del CP peruano. GIMBERNAT escribe al respecto, que el autor no hubiera podido realizar el hecho de otra manera y sólo entonces se declara la cooperación necesaria.

1474 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal*.... cit., p. 294.

1475 En: “Jurisprudencia Penal”. Director: José Luis Castillo Alva. Asesor: José Urquiza Olachea. Jurista Editores, Lima, junio del 2005, cit. ps. 211 y ss.

En cambio, la complicitad 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 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 sólo 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 co-encausados lleven a su cometido, por lo que para el citado encausado resulta aplicable el artículo 25° del Código Penal”*¹⁴⁷⁶.

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.

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 concurran 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 eminente-

¹⁴⁷⁶ En: Jurisprudencia Penal; FRISANCHO APARICIO, Manuel, op. cit., p. 251.

mente 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 psico-física 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 sólo 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 circunstancias¹⁴⁷⁷.

1477 El legislador ha distinguido, escribe BACIGALUPO, entre circunstancias agravantes y atenuantes que "consistieren en la disposición moral" del autor, "en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal", de efecto puramente personal, y las que "consis-

El art. 48 CP (*argentino*¹⁴⁷⁸) dispone que las relaciones (v.gr. arts. 80, inc. 1, 2, 7 y 9 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 partícipe¹⁴⁷⁹.

Finalmente, el CP chileno, en su artículo 64° dispone la incomunicabilidad de las circunstancias personales para la concurrencia de las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas¹⁴⁸⁰.

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 co-dominio 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 sólo 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 imputación¹⁴⁸¹.

tieran en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla"; que sólo tienen efecto agravante o atenuante si son conocidas por el partícipe; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 490; por cualidades personales se entienden, por lo común dice MEZGER, las características esenciales de una persona que existen en ella con cierta estabilidad, y por condiciones personales, las relaciones de una persona con el mundo exterior y con otras personas o cosas, que también existen en ella con cierta, pero, a veces, menor estabilidad; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 320.

1478 Lo subrayado es mío.

1479 BALCARCE, F.; *Participación Criminal*, cit., ps. 546-547.

1480 POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 425.

1481 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I., cit., ps. 117-119.

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 co-dominio del hecho será punible según el artículo 106°, pero no resultaría incorrecto político-criminalmente, quien sólo colabora en el acto de la parricida, sea también beneficiada con una atenuación punitiva¹⁴⁸²; 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, reconduciendo 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, sólo 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 co-dominio 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 copartícipes que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito¹⁴⁸³; 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°.

1482 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., cit., ps. 133-134.

1483 LABATUT GLENA, G.: *Derecho Penal*. T. 1, cit., p. 195; BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 491; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 322.

El homicidio con gran crueldad, importa un carácter más objetivo que subjetivo, por la que la solución por los fundamentos antes expuestos, sería code-lincuencia, 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 reconducido 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 & 28¹⁴⁸⁴, 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 culpabilidad¹⁴⁸⁵.

En cuanto, a los casos de los delitos «especiales propios», aquellos comprendidos en el Título XVIII del CP, donde el fundamento de incriminación radica en la infracción de un deber *funcionarial*, 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 éste; 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 prevaricación¹⁴⁸⁶.

¿Cuáles son las circunstancias y cualidades personales que afectan a la penalidad?¹⁴⁸⁷ 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*".

1484 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 442.

1485 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 443.

1486 Así también, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 425; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 321.

1487 PEÑA CABRERA, R.; *Estudio Programático de la Parte General - Teoría del Delito*, op. cit.

CAPÍTULO XIV

ITER-CRIMINIS

(LOS CAMINOS DEL DELITO; EL TRÁNSITO AL ÁMBITO DE LO PUNIBLE)

Sumario: 1. Consideraciones de orden general. 2. Iter-Criminis. 2.1 *Ideación*. 2.2 *Preparación*. 2.3 *Ejecución*. 2.4 *Consumación*. 3. Delimitación entre Actos Preparatorios y Actos Ejecutivos. 4. La Punición de los Actos Preparatorios en el Derecho Positivo Vigente. 5. Fundamento de Punibilidad de la Tentativa. 6. Desistimiento Voluntario. 6.1 *El Desistimiento en la Tentativa Inacabada*. 6.2 *El Desistimiento en la Tentativa Acabada*. 6.3 *Impunidad del Desistimiento*. 6.4 *Incomunicabilidad del Desistimiento Voluntario a otros Participes*. 7. Impunidad del Delito Imposible. 7.1 *Fundamento*. 7.2 *Variantes del Delito Imposible*. a. *Por Impropiiedad del Medio*. b. *Por Impropiiedad del Objeto*. c. *Sujeto Inidóneo*. 8. Peligrosidad Objetiva. 9. Delito Putativo.

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 horribles, 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, éste 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 externos¹⁴⁸⁸. Dos fases por las cuales fluye la determinación delictiva y su efectiva concreción típica.

En todo caso, la delimitación de la fase de resolución criminal con la propiamente ejecutiva, es fundamental para establecer las zonas de punición, mediante 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 consumación¹⁴⁸⁹.

1488 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal*. Vol. III, cit., p. 228.

1489 Así también, LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 17; Al respecto ZAFFARONI escribe

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.

La realización de voluntad puede permanecer en los primeros estadios, y puede llegar hasta la total ejecución de la decisión a la acción¹⁴⁹⁰; pues no siempre, la resolución criminal alcanzará su plenitud típica, pues a veces los actos constituyen únicamente un estadio de imperfecta ejecución.

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, sólo 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 impune¹⁴⁹¹; 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 proscribió de forma tajante. No existen para el derecho penal moderno delitos sin acción o de mera sospecha, pues él no penetra en el campo de la conciencias¹⁴⁹².

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

que “Desde la decisión como producto de la psiquis hasta el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso temporal que se denomina *Iter-Criminis*”; En: ZAFFARONI Eugenio Raúl: *Derecho Penal. Parte General*; EDIAR - Sociedad Anónima Editora, Comercial. Industrial y Financiera; Buenos Aires, 2000, p. 774; al decir de JAKOBS, máximo representante del Funcionalismo. “El injusto típico está sujeto a la ejecución de la acción y queda completo con la Tentativa Acabada, es decir, con la cumplimentación perfecta del tipo objetivo. De la misma opinión WELZEL y A. KAUFMANN: En: Günther JAKOBS: *Derecho Penal. Parte General. “Fundamentos y Teoría de la Imputación”*. MARCIAL PONS. Ediciones Jurídicas. 2da. Edición. Madrid, 1997.

1490 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 259.

1491 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 326.

1492 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal...* cit., p. 179.

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*"¹⁴⁹³ (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 irrupida 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 ideológico¹⁴⁹⁴, y, la tolerancia como sostén fundamental en un orden de 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.

En tiempos pretéritos, donde la represión estatal desbordaba el umbral de lesividad, las ideas eran objeto de punición, a fin de socavar los vientos de libertad que ponían en peligro la estabilidad de la dictadura y de la autocracia. Tiempos tenebrosos caracterizados por una represión indiscriminada, donde los fines sistémico-estatales eran superpuestos a las libertades públicas, a efectos de neutralizar los derechos fundamentales consustanciales a la libertad de expresión, de opinión, de participación política. De ahí, que la conspiración, la provocación a delinquir y la apología, constituían formas de participación criminal, figuras que en la actualidad han perdido cualquier clase de justificación axiológica, a menos que consideraciones político-criminales plenamente justificables aconsejen su punición¹⁴⁹⁵. Las ideas no delinquen¹⁴⁹⁶.

1493 Así también, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 259; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. III, cit., p. 230; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 586.

1494 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 163.

1495 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 267; así POLITOFF, cuando señala que si el principio de que el pensamiento no es punible significara únicamente la exclusión de pena para lo que acontece en lo recóndito del ánimo del sujeto, sería una elegante fórmula retórica, pero en buena medida superflua; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., ps. 370-371.

1496 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. III, cit., p. 229.

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 conciente 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 alcanzarlos¹⁴⁹⁷; 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 éstos 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.

1497 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 163.

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".

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 jurídica¹⁴⁹⁸.

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 punible¹⁴⁹⁹.

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 (...)¹⁵⁰⁰.

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 sólo podrá constarse 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

1498 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 180.

1499 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 327.

1500 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 327.

o del veneno con el que piensa matar a su víctima, la obtención de un documento falsificado para lograr el reconocimiento de un derecho¹⁵⁰¹, 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 delictivo¹⁵⁰².

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 típica¹⁵⁰³.

Injusto típico se desdobra en dos planos 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 tesitura, 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 oralización de expresiones injuriantes o difamantes, que no suponen materialidad alguna en la esfera corpórea

1501 Aunque ya la realización de ese acto en sí, da lugar a la configuración de un delito de fe pública, en cuanto concurso medial con un delito de estafa o defraudación.

1502 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 260.

1503 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 260.

del bien jurídico, dada su trascendencia inter-subjetiva llevada a la personalidad humana, v.gr., injuria (art. 130º), calumnia (art. 131º) y difamación (art. 132º) 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"¹⁵⁰⁴.

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.

1504 BACIGALUPO, E.; *Principios del Derecho Penal*; Akal Ediciones, cit. ps. 334 y ss.

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 prescriptivos y las formas de participación criminal¹⁵⁰⁵; 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

1505 Así también, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., ps. 260-261; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 588-589.

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, sólo 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. DELIMITACIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS

El punto equidistante, importa delimitar con criterios precisos, cuándo puede decirse que un acto es «ejecutivo» y no a la inversa «preparatorio», es una problemática en realidad difícil de dilucidar¹⁵⁰⁶; v.gr., adquirir un revólver es por sí, ya un acto que da inicio al tipo de homicidio.

¿Puede considerarse acto ejecutivo del delito de fe pública, la elaboración (total o parcial) de un documento falsificado? Pueden tratarse, sin duda, de actos equívocos, lo importante será remitirse al ámbito de protección de la norma en el caso concreto, para poder trazar la delimitación.

En principio, el comienzo de la ejecución debe concordar con el plan criminal concebido, el que puede o no ingresar al tipo penal en concreto; se necesita apelar entonces al Principio de Legalidad para diferenciar el acto ejecutivo punible del acto preparatorio impune y a criterios de interpretación normativa.

Siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular (sustraer, robar con fractura, matar, etc.¹⁵⁰⁷).

1506 Así, MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 281.

1507 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 263.

Conforme lo anotado, la indeterminación de la etapa ejecutiva del delito da cabida a arbitrariedades y fomenta la inseguridad jurídica, en cuanto a la resolución de los casos penales por parte de los Tribunales; de tal manera, que buscar criterios de rigurosidad científica, es necesario precisamente para cerrar espacios de interpretaciones diversas, a fin de homogeneizar la respuesta judicial.

4. LA PUNICIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE

En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los senderos de la política criminal deben seguir las pautas de los principios informadores del derecho punitivo, en cuanto a la punición de una conducta que debe sobrepasar lo adecuado socialmente, debe expresar un ámbito de lesividad, en cuanto a la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico; cuando se exteriorice una conducta susceptible de afectar un interés jurídico, empero, se identifican actos anteriores al comienzo de la ejecución delictiva, que por lo generar no ingresan al ámbito de punición, aquellos son denominados «actos preparatorios».

Por regla general los actos preparatorios no son punibles, pero conveniencias de orden político-criminal ameritan una anticipación punitiva, son estrictas y particulares circunstancias que definen estados de anticipación punitiva.

La realidad social (*criminológica*), devela que ciertas conductas delictivas comprenden un proceso muy complejo, una serie de estadios que son valorados negativamente, a fin de poder ejercer verdaderos efectos de prevención, por lo que es necesario adelantar las barreras de intervención en actos que no constituyen aún «actos de ejecución»; son en realidad actos preparatorios que constituyen la fuente primaria de realización típica, por lo que su punición es indispensable a efectos de garantizar el fin último del Derecho penal: la protección preventiva de bienes jurídicos, cuando sea necesario e indispensable para la lucha contra el crimen.

Por tales motivos, la punición de ciertos actos preparatorios descansa en el principio de lesividad o de ofensividad, determinado en el grado de jerarquía del interés a tutelar, toda vez que no cualquier tipo penal puede incriminar los actos preparatorios. Por ello, el penalizar actos preparatorios parece defendible sólo en caso extremo, a saber, cuando ellos ya anuncian inequívocamente el delito al que tienden y cuando la lucha eficiente contra la criminalidad correspondiente exige una injerencia prematura¹⁵⁰⁸.

Los «actos preparatorios» son concebidos “como aquellos primeros pasos externos”, que pueden tener relevancia jurídico-penal; por ende, no todos

1508 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...* cit., p. 327.

los actos preparatorios resultan punibles y cuando esto es así, obedece a criterios de exigencia político-criminal, amén de otorgar una mayor seguridad a los bienes jurídicos, dependiendo del tipo penal en concreto.

Para PEÑA CABRERA "La punición de los actos preparatorios históricamente, ha estado ligada a cuestiones de carácter político, como: las conspiraciones y el complot"; como muestra de un empleo ciego del Derecho penal para perseguir a los disidentes políticos con el fin de garantizar la estabilidad del Régimen político imperante; gobiernos autoritarios y dictatoriales, que han hecho de la represión penal una práctica usual y una política estatal.

Se puede decir, sin temor a equivocarse, que la punición de los actos preparatorios ha estado ligada siempre al sometimiento del interés político de administraciones gubernamentales, para preservar el régimen político, como una forma de frenar los ímpetus libertarios de los sectores contestatarios.

En la doctrina, se niega la existencia de actos de ejecución en sí y de actos preparatorios en sí; (...) preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico, como sostiene BACIGALUPO¹⁵⁰⁹.

Sin duda, se coligen del listado de "delitos", una serie de conductas que en realidad no son actos preparatorios, sino tipificaciones autónomas, cuya iniciación típica implican en realidad actos de ejecución y no de preparación.

En el caso del tipo penal de Tráfico de Influencias (art. 400° del CP), un sector muy importante de la doctrina, ha apuntalado que se trata de punir actos preparatorios de un típico caso de Cohecho o de Corrupción, lo cual supone una ampliación significativa de este último penal, cuestión que en definitiva debe ser visto de un ángulo contrario, pues el legislador incorporó esta figura delictiva, dada su importancia a tutelar un bien jurídico de tanta importancia en el marco del Estado de Derecho (la objetividad e independencia de la Administración Pública), donde los actos de intercesión que no lleguen a buen puerto entre el vendedor de humos e interesado en comprarlos, es un acto de tentativa y no de preparación a un acto de Cohecho (Corrupción), siempre y cuando las influencias sean reales y no simuladas¹⁵¹⁰.

Los delitos de Asociación Ilícita (artículo 317°) y de Conspiración (artículo 349°), que constituyen delitos autónomos, no suponen la preparación de uno u otros delitos; así también, constituye una tipificación penal autónoma el caso

1509 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 164.

1510 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 577-583.

del tipo penal de tenencia ilegal de armas (artículo 279^{o1511}), pues no importa un acto preparatorio de un delito de robo agravado, secuestro u homicidio, en razón de que el solo hecho de portar un arma sin licencia significa la configuración de un peligro para la Seguridad Pública.

Sin embargo, otras figuras delictivas deben ser analizadas conforme a un grupo de injustos que describen un determinado ataque al bien jurídico, donde el acto preparatorio no puede ser comprendido de forma aislada. La introducción en el territorio de la República, de máquinas, matrices, cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas (artículo 255^o), la comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración ilegal de drogas (artículo 296, último párrafo¹⁵¹²), los actos de colaboración para el delito de terrorismo (artículo 4^o del DL N° 25475), que se concretan a partir de la reunión o facilitación de cualquier tipo de bienes o medios escasos, para que puedan prosperar los ataques planeados en el interior de la organización terrorista, cuya punición no está subordinada a que dichos medios o bienes sean efectivamente utilizados para la materialización de los fines criminales de dichas agrupaciones criminales, son en realidad actos de complicidad "*sui generis*", en tanto, su penalización no está condicionada a la realización del hecho punible, por parte del autor.

5. FUNDAMENTO DE PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

De acuerdo a los postulados del Estado de Derecho, no se puede penalizar actos puramente externos, sin tomar en consideración la voluntad del autor o mejor dicho penetrar en su esfera cognoscitiva, *contrario sensu*, serían punibles aquellas lesiones lesivas producto de actos fortuitos, accidentales, resultado de fenómenos naturales, situación llevada a inferencia lógica natural, por el causalismo.

No se pueden tomar los datos del ser, cuando las normas jurídico-penales describen comportamiento del deber ser¹⁵¹³; mediante esta concepción ontológica, la tentativa no podía ser punible en la medida que se exigía un curso causal que desencadene en un resultado a efectos de condicionar la punición de la conducta.

1511 Así también, los artículos 279-A (incorporado por la Ley N° 26672 del 20/10/96) y el 279-C (incorporado por la Ley N° 28627 del 22/11/05).

1512 Texto según el artículo 1° de la Ley N° 28002 del 17/06/03; mientras que los artículos 296-A, 296-C y 296-D aluden también a una etapa preparatoria del delito, los dos últimos derogados por la ley antes mencionada; Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal*. Parte Especial, T. IV, cit., ps. 88-94.

1513 La causalidad es una realidad científico-natural, no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser.

La responsabilidad penal es un proceso de atribución, de imputar a un autor culpable la comisión de un injusto, a un hombre libre y responsable; en efecto, la imputación debe significar la correlación adecuada entre elementos subjetivos y objetivos, es decir, que exista una coherencia entre la representación del autor y el plano objetivo en el cual se exterioriza su comportamiento, no tanto, lo que el autor quería obtener con la realización de su conducta, sino con la representación del hecho del autor.

Fue gracias al «Finalismo» con su máximo representante -WELZEL-, que se estructuró un Injusto personal, definido en el disvalor de la acción y en el disvalor del resultado, de cuya fundamentación pudo fundamentarse la punición de una conducta que aún no llegaba a lesionar efectivamente un bien jurídico, estructurándose así un injusto cargado de una dosis subjetiva.

Nuestra postura, en cambio, es predominantemente objetiva; obviamente, sin dejar tornaren cuenta los datos subjetivos (dolo) así como otros elementos del tipo subjetivo del injusto determinados en los tipos legales respectivos; importa el peligro exterior que cotejado con el plan del autor, no exactamente desde un plano volitivo, sino desde su representación cognitiva, que nos definirá la calificación como una "tentativa"; de este modo nos apartamos de una concepción finalista muy llevada a la voluntad del autor, así SANCINETTI, quien da preferencia por una concepción subjetiva de la tentativa ligada a la representación del autor, sustentada en una sociedad donde lo que existe es un quebrantamiento de la norma¹⁵¹⁴ y no datos objetivos representados por la lesión de un bien jurídico.

1514 SANCINETTI, Marcelo A.; *Dogmática del hecho Punible y Ley Penal - Dogmatik der Straftat und Strafgesetz*. Edición bilingüe. Zweiprachige Asugabe. Versión alemana de Manuel CANCIO MELIÁ. *Ad-Hoc*, Buenos Aires. Primera edición octubre del 2003, cit., p. 39; sin entrar en consideración sobre el dilema de la confrontación lesión de un deber normativo vs. lesión de un bien jurídico, pues, éste no es el lugar adecuado, consideramos que la problemática desde una posición finalista sistémica es diferenciar el grado de punibilidad entre la tentativa con la consumación, pues en ambas caracterizaciones dogmáticas se aprecia una conducta que quebranta la validez fáctica de una norma, y si esto es así, porque entonces la consumación debe merecer una mayor pena que la tentativa, en la medida, que ambas por razones de prevención general significan una misma desvaloración a partir del sistema mismo que fundamenta la punición; así, ALCÁZER GUIRAO, R, al sostener lo siguiente, al referirse al normativismo de la concepción de JAKOBS, "La noción del quebrantamiento de la norma, dado que sólo atiende al significado de la conducta para el ordenamiento, prescinde del referente fáctico que se halla tras el interés protegido, con lo que se ve incapaz, en rigor, de establecer tanto una ponderación de la lesividad genérica de las distintas conductas delictivas, como una ponderación de la lesividad concreta de las conductas delictivas que atentan, con diferente intensidad (tentativa y consumación), a un mismo interés protegido"; *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* AdHoc. Buenos Aires, junio del 2003, cit., ps. 132-133.

Según lo normado en el artículo 16 del CP, "*Con la tentativa el agente da inicio a la ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo*"; por lo tanto, se requiere, por una parte la existencia de una decisión de cometer un delito, y por otra, un comportamiento que represente el comienzo de la ejecución del hecho¹⁵¹⁵, pero, esta representación debe tener una base real y racional, pues la mera suposición del autor de haber cometido un injusto penal no puede ser calificado como tentativa, en la medida que el Derecho penal, no puede valorar en forma positiva, conductas que no tienen la idoneidad de trascender el plano subjetivo del agente y afectar perjudicialmente bien jurídico alguno¹⁵¹⁶.

Con la tentativa el autor ya detenta una esfera cognoscible representativa del riesgo no permitido -que está generando-, en el cual se aprecia un dolo con la misma intensidad que se observa en la fase consumativa, es decir, el autor pretende la realización del resultado, con dolo, pero la realización típica no llega a concretarse por motivos o circunstancias ajenas a su persona (delito frustrado), en consecuencia, no se puede decir que existe un dolo apreciativo distinto en la tentativa que en la consumación, simplemente, éste en la tentativa no llega a materializarse conforme al plan del autor.

En palabras de CUELLO-CONTRERAS, la tentativa sólo existe cuando se ha puesto en marcha un nexo causal adecuado para la producción de un resultado (la sede por antonomasia de la tentativa), incluye también como elemento esencial de la causalidad conforme a ley. Con este criterio se excluyen del ámbito de la tentativa -sigue señalando el autor- los supuestos de la denominada tentativa irreal o supersticiosa, caracterizada, precisamente, porque en ella, el autor se ha representado un nexo causal que sólo en su mente, pero no conforme al saber nomológico acuñado, es susceptible de causar el resultado¹⁵¹⁷.

La tentativa ha sido objeto de explicación dogmática por parte de una serie de teorías a efectos de fundamentar su delimitación con los actos meramente preparatorios, desde una teoría «formal-objetiva», «material-objetiva» y «subjetiva».

1515 STRATENWERTH, Günter; *Derecho Penal. Parte General I* (el hecho punible). Traducción de la 2da. Edición alemana (1976) de Gladys Romero. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Complutense de Madrid, cit., p. 203.

1516 Al respecto habrá que diferenciar entre la tentativa absolutamente inidónea y la relativamente inidónea, pues la segunda al encerrar una determinada peligrosidad objetiva sí puede llegar a ser punible en determinadas constelaciones de casos.

1517 CUELLO-CONTRERAS, Joaquín; *El Estado de la Discusión Doctrinal en torno al Fundamento de la Tentativa*. En: "El nuevo Código Penal - Presupuestos y Fundamentos". Libro Homenaje al Profesor Don Ángel Torio López, Granada, 1999, cit., p. 286.

La «teoría subjetiva» toma en consideración la voluntad del autor, de infringir la norma penal, basta voluntad de realización típica, sin la necesidad de una efectiva puesta en peligro del bien objeto de tutela.

Según la teoría subjetiva, (...), la tentativa empieza, por principio en forma diferente, esto es, cuando la acción resulta inequívocamente el objetivo delictivo propuesto¹⁵¹⁸. Esta teoría permite concebir la punibilidad de la tentativa inidónea, pues dentro de su esquema una distinción entre tentativa inidónea e idónea no tiene sentido: toda tentativa es inidónea, pues de haber sido idónea, se hubiera consumado el delito¹⁵¹⁹.

Bastará, entonces, la representación del autor con el hecho que ejecuta para dar por fundamentada la punición de la tentativa, sin interesar que desde una perspectiva *ex ante*, se haya estado realmente en posibilidad de lesionar un interés jurídico. Según ello, no importa la producción de una lesión concreta del bien jurídico, ni siquiera el peligro de su producción¹⁵²⁰; de forma, que el disvalor del resultado no tendría relevancia alguna a efectos de fundamentar una mayor pena. Por lo tanto, la tentativa requiere el inicio de los actos de ejecución, de poner en peligro un bien jurídico de forma concreta.

La resolución crimina debe corresponderse con un obrar objetivamente contrastable; de esta forma BELING, al decir, que en lugar, p. ej., del requisito "matar a un hombre", está el requisito de comenzar a "matar a un hombre"¹⁵²¹.

Con lo cual, para que exista tentativa, es preciso que el cuadro específico de la tentativa se cumpla objetivamente y además culpablemente¹⁵²².

El principio de ejecución de un delito es cuestión que debe resolverse con criterio objetivo, con referencia en cada caso concreto a la actividad a que alude el verbo rector del tipo principal¹⁵²³.

En consecuencia, si sólo lo objetivamente peligroso para un bien jurídico puede ser pasible de punición, sólo ingresa al ámbito de valoración la tentativa idónea, pues la tentativa inidónea, por más voluntad criminal que ésta manifiesta, no supone peligro alguno para el bien jurídico tutelado, no existe aptitud lesiva¹⁵²⁴.

1518 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 265; LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 183.

1519 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 166.

1520 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 332.

1521 VON BELING, E.; *La Doctrina del Delito-tipo*, cit., p. 99; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 281.

1522 VON BELING, E.; *La Doctrina del Delito-tipo*, cit., p. 99.

1523 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 184.

1524 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 590.

Sin embargo, la teoría objetiva pudo ser extendida a la tentativa inidónea reconociendo que no sólo entraría en consideración el peligro corrido por el bien jurídico, sino también la peligrosidad exteriorizada por el autor¹⁵²⁵; no se puede en definitiva, prescindir de la voluntad criminal del autor, pues podría penalizarse una pura responsabilidad objetiva por el resultado y, de otro lado, se dejarían de lado resoluciones criminales, que sin revelar una peligrosidad objetiva para el interés jurídico, sí manifiestan una peligrosidad subjetiva que debe ser objeto de valoración político-criminal, v.gr., quien dispara sobre un blanco objetivamente equivocado con dolo de matar, el objeto no era idóneo por falta de apreciación razonable del autor, sino por no haber tenido suerte en el momento de la ejecución de su plan criminal.

A partir de las deficiencias de ambas posturas, se dio lugar a posiciones mixtas (*eclécticas*); éstas pretenden hacer una simbiosis de ambos criterios destacando tanto la voluntad criminal y la peligrosidad del autor como el peligro para el bien jurídico¹⁵²⁶.

Se parte finalmente, del inicio formal de infracción de una norma que supone la puesta en peligro de la confianza de la vigencia de la norma, en cuanto la necesidad de colmar los fines preventivo-generales de la pena. Se habla de una teoría de la impresión¹⁵²⁷.

Sin duda, basar la punición de la tentativa, en un peligro de contenido psíquico-cognitivo, importa la aplicación de criterios poco precisos, dada su abstracción y vaguedad de sus elementos, inútiles para resolver los casos más problemáticos¹⁵²⁸.

En el marco, de estas construcciones teóricas consideramos más acertada desde una perspectiva político-criminal la teoría Objetiva-Individual¹⁵²⁹. Esta teoría toma en consideración cada verbo descrito en los tipos legales previstos en la Parte Especial, conciben una forma particular para su configuración, es decir, cada verbo típico describe una singular forma de realizar el tipo. Es decir, en palabras de BUSTOS RAMÍREZ, al concepto que da el Código¹⁵³⁰ se le puede aplicar sin mayor problema el criterio de determinación que da la teoría objetivo-

1525 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 165.

1526 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 590.

1527 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 333.

1528 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 591; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 333.

1529 Así también WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 264.

1530 Hace referencia al Código Penal español de 1973, que señalaba en su artículo 3 párrafo 3, lo siguiente "Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".

individual, para diferenciar la tentativa de los actos preparatorios; precisamente el principio de ejecución directamente por los hechos exteriores sólo se puede precisar sobre la base del plan del autor¹⁵³¹, el cual no puede concebirse como un plan altamente elaborado y programado, pues, éste puede resultar de una forma espontánea y escasamente deliberada (ejemplo: el homicidio por emoción violenta). El (*ter criminis*) puede reducirse a una mínima expresión o presentarse de manera más o menos compleja y elaborada¹⁵³².

Parafraseando a STRATENWERTH, diremos que pertenece además a la tentativa, la transformación de la decisión de cometer el hecho en una acción que, no sólo sea una mera preparación, sino que constituya un comienzo de la ejecución propia del delito¹⁵³³, es decir, la tentativa vendría a contener una real objetivización del plan criminal del autor, que debe adecuarse a los términos normativos descritos en cada tipo legal en concreto, a efectos de combinar la representación del autor con un peligro exterior idóneo para poner en peligro un bien jurídico penalmente tutelado.

No basta pues, la mera representación del autor para fundamentar la punibilidad de la tentativa, una subjetivización del injusto, propio de la teoría de la impresión propugnada por un sector de la doctrina alemana, lleva a la punición de la tentativa imposible, incoherente desde un plano de *lege lata* en nuestro derecho positivo vigente.

Ante dicho estado de la discusión, somos de la postura, que la delimitación de los actos preparatorios con actos ejecutivos no sólo depende de una valoración puramente dogmática, sino habrá que sumar a aquél consideraciones de política criminal; así ETCHEBERRY, al apuntar que la decisión acerca de hasta dónde se debe retroceder desde la consumación para alcanzar con la incriminación etapas anteriores es un asunto de política criminal¹⁵³⁴, cuando el legislador ha determinado normativamente la punición de los actos preparatorios, lo ha hecho según una consideración eminentemente político-criminal¹⁵³⁵.

Ejemplos de tentativa; en el caso del delito de violación a la libertad sexual (art. 170°), los actos ejecutivos vendrían definidos por el inicio de los medios constitutivos para provocar el estado de indefensión de la víctima, v.gr., la violencia física sobre la esfera somática de la víctima o la generación de un clima

1531 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 274.

1532 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; *Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración. Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado*. Editorial Jurídica de Chile, primera edición 1999, cit., p. 25.

1533 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 205.

1534 Citado por POLITOFF LIFSCHITZ, S.; *Los Actos Preparatorios del Delito...*, cit., p. 189.

1535 Así, en nuestro Código Penal, los artículos: 252°, 279°, 317° y 349° entre otros.

de intimidación, el ingreso al hotel u otro tipo de recinto vendría a calificarse como un acto preparatorio; en el caso del artículo 171º (violación en estado de inconsciencia), los actos ejecutivos serían cuando la víctima bebe el sedante u otro fármaco a efectos de colocarla en estado de inconsciencia, pero, si esta sustancia no era idónea para producir los efectos esperados por el autor estaríamos ante una tentativa inidónea, por ende, no punible.

En el caso de asesinato, la mujer, que quiere asesinar a su marido y le presenta una comida envenenada, comete ya tentativa si espera que el marido se sirva de inmediato, pero, por el contrario, permanecerá todavía en el ámbito de las acciones preparatorias, si la comida se sirviera más tarde¹⁵³⁶.

El acechar a una persona que está sacando dinero del cajero automático, constituyen actos preparatorios, el inicio de los actos ejecutivos en el delito de robo serían los actos constitutivos de violencia (absoluta o compulsiva), sobre la víctima para lograr reducirla y así hacerse del dinero, la sustracción efectiva del dinero vendría a constituir la etapa consumativa del delito.

En el caso de los delitos de «omisión», se realiza una distinción de conformidad en sus dos variantes constitutivas: delitos de omisión propia y los delitos de omisión impropia, en el primero de ellos, únicamente se podría fundamentar la tentativa punible de esta caracterización dogmática a partir de una postura subjetiva de la tentativa, donde, la acreditación de una voluntad criminal es ya una ofensa al derecho, concepción inaceptable en nuestro derecho positivo por las razones antes esgrimidas.

Como es sabido, en los delitos de «omisión propia», no es necesaria la realización de un resultado lesivo, basta para la punición la inacción a quien le era exigible por determinadas circunstancias la realización de una acción.

La omisión en este caso sólo adquiere relevancia jurídico-penal cuando la inacción ha generado una real puesta en peligro al bien jurídico tutelado (por lo general son delitos de peligro), los actos anteriores son datos causales de carácter ontológico que no pueden ser valorados positivamente por el Derecho penal.

En la doctrina italiana, ANTOLISEI ha afirmado lo siguiente "Si el plazo útil para ejecutar la acción prescrita no ha transcurrido, no llevarla a cabo no significa todavía violación de la obligación, mientras que, si el término ha vencido, el delito está ya perfecto¹⁵³⁷, consumado. Para muestra, un ejemplo; en el caso del delito de Omisión de Denuncia por parte del fiscal, si éste tiene 15 días de plazo para formalizar la denuncia penal respectiva, pasado el día quince se habrá consumado el delito, por lo que su inacción dentro del plazo legal vendría a

1536 Ejemplo, extraído del texto de STRATENWERTH, cit., p. 208.

1537 ANTOLISEI, tomo I, op. cit., p. 408.

constituirse en una tentativa inidónea, por ende, no punible según los alcances del artículo 17° del CP.

El caso de la omisión impropia regulada en el artículo 13° del CP, la situación es distinta, mediante esta formulación dogmática (*normativa*), se penalizan conductas inactivas que se corresponden a un hacer, es decir, a un delito de acción que infringe una norma prohibitiva; por lo tanto, este delito exige para su punición la realización de un resultado lesivo, como el caso de homicidio de omisión impropia, quien deja de realizar una acción a pesar de estar obligado (Garante), y producto de esta inacción acontece la muerte de la víctima, se exige entonces la realización de una determinada prestación positiva a efectos de salvaguardar la integridad de un bien jurídico.

Una parte de la teoría niega la posibilidad de hablar de una tentativa de omisión; de acuerdo con la esencia de estos hechos se trataría más de la omisión de la tentativa (de la salvación), en la que el comienzo de la tentativa se da cuando el obligado deja pasar el último momento en el que todavía sería posible su intervención, por lo que se trataría siempre de una tentativa acabada¹⁵³⁸. Son concepciones finalistas, obviamente muy ligadas a la voluntad del autor, al dolo, que recién concurriría cuando el Garante deja pasar la última posibilidad para controlar el foco de peligro y así evitar la causación del resultado lesivo.

Entonces, nos formulamos lo siguiente: ¿Es qué el deber de actuar del Garante sólo surge cuando éste tiene la última posibilidad de actuar? De seguro que no, pues, el deber de Garante surge de una circunstancia pre-existente; como dice GIMBERNAT ORDEIG, sólo existe comisión por omisión (omisión impropia) dolosa, cuando el encargado de vigilar un foco de peligro pre-existente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, los desestabiliza intencionalmente, condicionando dicho foco con toda seguridad el resultado típico¹⁵³⁹, es decir, la tentativa en estos delitos se inicia cuando el foco de peligro se convierte en uno no permitido; en otras palabras, se incrementa sustancialmente las posibilidades de producirse una lesión producto de la inacción del Garante.

JESCHECK apunta al respecto, que lo correcto es tomar como comienzo de la tentativa el momento en que por el retraso de la acción se produce un peligro inmediato para el objeto protegido de la acción, o, en su caso, aumenta el ya

1538 STRATENWERTH, G.; (DP) PG, cit., p. 313, quien cita a Armin KAUFMANN y a WELZEL, este último autor alemán señala lo siguiente "La tentativa de omisión comienza en el momento en que, a más tardar, el obligado hubiera debido emprender la acción, si en su representación ésta debiera haber sido salvadora"; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 348.

1539 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; *Causalidad, omisión e imprudencia*. En: "Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución". Centro de Estudios Criminológicos. Universidad de la Laguna, 1997, cit., ps. 51-101.

existente¹⁵⁴⁰, la obligación del omiso, fundamentalmente se refiere a la reducción (posible) del peligro para el bien jurídico amenazado, y no a la evitación del resultado como tal.

Como consecuencia, el deber de acción surge con el peligro, y toda demora en la intervención es antijurídica, en la medida en que mientras tanto el peligro crezca (así, por ejemplo, cuando el padre del niño enfermo demora el llamado al médico, a pesar de la constante desmejoría del estado de aquél)¹⁵⁴¹.

Conforme lo anotado, la lesión del deber se constituye a partir de la inacción del Garante que redundará en un incremento de peligro objetivo para la víctima, sustentada en una situación pre-existente que obligaba al Garante a controlar cualquier riesgo que ponga en peligro la integridad de la víctima, v.gr., en el caso de la madre que abandona a sus menores hijos en una vivienda, el inicio de los actos ejecutivos vendrían a configurarse cuando la inacción se constituye ya en un peligro para el bien jurídico tutelado, en este caso, cuando los infantes se quedan sin alimentos, la muerte de uno de ellos equivaldría a su realización típica.

Comenzaría la tentativa de omisión, así, según algunos autores, desde que el garante, a pesar de la existencia de un peligro agudo para el bien jurídico tutelado, permanece inactivo¹⁵⁴².

Lo importante entonces, es valorar la omisión de conformidad a una concepción normativa a efectos de identificar la posición de «Garante» y el inicio de la omisión típica.

La tentativa no se admite en los delitos de peligro o de mera actividad, tampoco en los delitos culposos y en los preterintencionales¹⁵⁴³, en los primeros en razón de que no existe un espacio temporal separable entre la acción y el resultado típico, mientras, que el injusto imprudente carece de una base deliberativa y cognitiva exigida en el artículo 16º del CP, que únicamente admite la tentativa en los delitos dolosos.

6. DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

Es autor quien tiene dominio del hecho, manifestado en una conducta de realización típica (dolo), que no necesariamente alcanza la perfección delictiva

1540 JESCHECK, Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ta. Edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada, 1993, cit., p. 854.

1541 STRATENWERTH G.; (DP) PG, cit., ps. 313-314.

1542 POLITOFF LIFSCHITZ, S.; *Los Actos Preparatorios del Delito...*, cit., p. 206.

1543 Así, ROY FREYRE, Luis; *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Editorial Grijley, Lima, 1998, cit., p. 69.

(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 lesiones¹⁵⁴⁴.

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 desistimiento¹⁵⁴⁵.

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.

1544 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 599.

1545 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 92-93.

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 delito¹⁵⁴⁶. 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 sólo 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.

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 antijuridicidad 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 desistimiento¹⁵⁴⁷; 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 pena¹⁵⁴⁸.

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 necesidad de fortalecer la vigencia de la

1546 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 173-174.

1547 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 271.

1548 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, cit., p. 95.

norma mediante una sanción, cuando el autor mismo la ha reconocido nuevamente¹⁵⁴⁹.

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*¹⁵⁵⁰. Nos inclinamos por considerar que el desistimiento voluntario es mas bien, una Excusa Absolutorias¹⁵⁵¹.

Por otro lado, el desistimiento sólo 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 concreto¹⁵⁵².

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 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

1549 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 354, Así también, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 174; En contra VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 602.

1550 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...*, cit., 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...*, cit., p. 355.

1551 Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 275; POLITOFF L., S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno...*, cit., p. 380.

1552 ROXIN, C.; *Acerca de la Tentativa en el Derecho Penal*, cit., ps. 180-181.

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 quisiera¹⁵⁵³.

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 involuntariedad¹⁵⁵⁴.

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.

En estos casos no hay abandono sino postergación, lo que es bien distinto¹⁵⁵⁵; (...) el aplazamiento de la ejecución para una próxima oportunidad más

1553 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 272; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 275.

1554 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 275.

1555 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 603.

favorable no significa naturalmente un retorno a la legalidad¹⁵⁵⁶. Las teorías normativas rechazarán igualmente una voluntariedad porque el desistimiento no se basa en un cambio de actitud del autor, sino solamente en una adaptación a la situación adecuada al delito, y por ello no merece la liberación de pena¹⁵⁵⁷. 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 pena¹⁵⁵⁸.

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.

1556 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 97; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 275.

1557 ROXIN, C.; *Acerca de la Tentativa en el Derecho Penal*, p. 192.

1558 La doctrina alemana admite la llamada "Teoría del Premio", según la cual el Desistimiento Voluntario se presenta como un mérito que pesa tanto como la Tentativa subsistente y debe premiarse con el perdón o el levantamiento del castigo que de suyo reclamaría la tentativa no desaparecida (JESCHECK); en España se habla de la Teoría de la Política Criminal- desistimiento como un puente de plata al enemigo que huye (ANTÓN ONECA); la doctrina hispana fundamenta la valoración Jurídica del desistimiento en función de si elimina o no la pena en orden a sus fines de prevención general o especial. Se responde correctamente a un criterio político-criminal y no a una falible interpretación psicológica de la voluntariedad; no sólo se exige desistir de la consumación, sino también desistir del plan previsto (no ocurre ello cuando la consumación implica un cambio de plan). Es importante distinguirla, en la hipótesis que ya no es realmente posible llegar a la consumación de la tentativa, ha de considerársela fracasada, y en ella, ya no cabe desistir ni voluntaria ni involuntariamente (ROXIN).

6.1. El Desistimiento en la Tentativa Inacabada

En la tentativa inacabada el autor aún no ha realizado todos 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 resultado¹⁵⁵⁹. 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 acabada¹⁵⁶⁰.

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 prestaciones¹⁵⁶¹; 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.

6.2. 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 típica¹⁵⁶².

1559 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 175.

1560 Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 274.

1561 ROXIN, C.; *Acerca de la Tentativa en el Derecho Penal*, cit., p. 185.

1562 Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 274.

Bajo esta hipótesis, el agente ha suministrado todo el veneno necesario, en las dosis que ha suministrado en los alimentos de la víctima, para que éste 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 esta 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 resultado¹⁵⁶³; 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 impedir¹⁵⁶⁴.

Lo que se puede exigir es, solamente, que pueda serle imputado a él, como su obra, la falta de consumación al hecho¹⁵⁶⁵.

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 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 autor¹⁵⁶⁶. Si a pesar de sus esfuerzos en esa dirección no logra evitar el resultado, será punible por delito consumado¹⁵⁶⁷; 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.

1563 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 176.

1564 ROXIN, C.; *Acerca de la Tentativa en el Derecho Penal*, cit., p. 189.

1565 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 364.

1566 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 294.

1567 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 364.

Por otro lado, sólo puede haber desistimiento voluntario hasta que el hecho sea descubierto¹⁵⁶⁸; pues si la conducta del autor, dirigida a la evitación del resultado, obedece a una aprehensión inminente, el desistimiento no será "voluntario".

6.3. 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.

6.4. Incomunicabilidad del Desistimiento Voluntario a otros Partícipes

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, sólo 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.

7. 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

1568 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 177.

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 extensión¹⁵⁶⁹.

Característica esencial del delito imposible es el error sobre la idoneidad de la acción para obtener un efecto criminoso¹⁵⁷⁰.

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 aquél; "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"¹⁵⁷¹.

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 mayoritaria¹⁵⁷²; 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 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 resultado¹⁵⁷³.

1569 ASÍ, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 604.

1570 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 189.

1571 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 279; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 349; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 267.

1572 ASÍ, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 349; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 286; POLITOFF L., S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 377.

1573 ASÍ, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., ps. 170-171.

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»).

7.1. 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, sólo 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.

7.2. Variantes del Delito Imposible

Previstas y contenidas en el artículo 17° del Código Penal.

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 sue-

len ejemplificarse con el supuesto de que, con el propósito de matar, da azúcar a otro en la creencia de que se trata de un veneno¹⁵⁷⁴.

Así también, quien pretende matar a su víctima con una pistola de fogeo, pero, si 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 cardíaca; 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.

En resumidas cuentas, dependerá de la situación real en concreto y de los conocimientos especiales que sobre ella tenga el sujeto actuante.

b. Por Impropiiedad 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 totalmente¹⁵⁷⁵.

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 fallecida¹⁵⁷⁶, 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.¹⁵⁷⁷

c. Sujeto Inidóneo

En este caso, el autor pretende quebrantar un bien jurídico, cuya naturaleza jurídica le resulta imposible lesionar, pues determinados tipos penales

1574 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 172.

1575 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 172.

1576 Dicha conducción, no obstante, puede ser conducida a la tipificación penal contenida en el artículo 318° del CP.

1577 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 604.

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; sólo 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)¹⁵⁷⁸; por lo que dice sería un delito putativo¹⁵⁷⁹.

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 existe¹⁵⁸⁰; 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 sólo puede ser contravenido por el *intraneus*; de tal modo que la impunidad es indiscutible, a menos que se pueda incurrir en un delito común.

8. PELIGROSIDAD OBJETIVA

No significa, que tal como han ido las cosas en el caso concreto, los actos preparatorios o ejecutivos hayan podido producir la consumación, pero sí que en otras circunstancias hubieran podido conducir a ella.

Objetivamente, quiere decir, que la producción del resultado no puede depender sólo de la imaginación del autor, sino que el plan de éste debe tener un fundamento racional, en cuanto posibilidad de alcanzar un resultado en la realidad social.

1578 STRATENWERTH G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 350.

1579 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 269.

1580 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 171.

En la «Tentativa Inidónea», hay que diferenciar las acciones que en principio eran capaces para la consumación, aunque luego fallen por circunstancias posteriores y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento.

Según las variables de la tentativa inidónea, el autor supone que realiza una acción idónea con medios aptos (veneno) o sobre un objeto realmente protegido (ejemplo: disparar sobre la cama en que la víctima parece dormir, pero, que en realidad sólo contiene un bulto, que simula su figura, ya se le considera pues una conducta peligrosa *ex ante*), es decir, por su falta de cuidado emplea otros medios que frustran su plan: «No es un torpe sino un descuidado», en cambio en la Tentativa Irreal o Supersticiosa, el autor sabe qué medios utiliza, pero que cree ciegamente en su capacidad de acción, debido a su ignorancia cultural o social.

Sin duda, ambos casos no pueden ser valorados en forma equivalente por el Derecho penal.

Por otra parte, la inidoneidad del medio debe ser inicial; si es posterior, superviniente, una ganzúa que se rompe, por ejemplo, existe tentativa punible, pues entonces el *iter criminis* se ha interrumpido por causas ajenas a la voluntad del hechor¹⁵⁸¹.

Conforme lo anotado, debemos distinguir entre «Tentativas Absolutamente Inidóneas» y las «Relativamente Inidóneas»¹⁵⁸²; para alcanzar tal cometido debemos remitirnos a lo prescrito en la norma, el artículo 16° del CP, que dispone a la letra lo siguiente: «*En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo*».

De la normativa, se colige que nos tendremos que retrotraer *ex ante*, es decir, al momento en que el autor da comienzo a su acción, configurando de forma objetiva (material) su plan criminal y que supuestamente debería producir el resultado deseado.

1581 LABANUT GLENA. G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 190.

1582 LABANUT GLENA. G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 189; BACIGALUPO escribe que su distinción ha sido siempre rechazada por la doctrina; MUÑOZ CONDE subraya que el requisito de peligrosidad de la acción, debe medirse con criterios distintos en la Tentativa Idónea como Inidónea. La conducta del sujeto, tanto en su variante objetiva como subjetiva, deben ser valoradas objetivamente *ex ante*. Si con esta consideración objetiva *ex ante* se admite que el sujeto podía razonablemente pretender la consumación del delito, su tentativa será punible, por más que *ex post* se acredite que la consumación era de imposible realización, ob. cit. pp. 428-447; El Art. 16° del CPE de 1995, es aún más claro en su redacción al señalar que: «...se requieren actos de ejecución que objetivamente deberían producir el resultado».

El fundamento de su punición de la tentativa relativamente inidónea, es que la acción ya *ex ante* configuraba un peligro para un bien jurídico, sin llegar al estadio consumativo, no porque éste decidió desistirse, sino porque desde una perspectiva *ex post* se mostró que dichos actos no eran idóneos para alcanzar el resultado.

En el ejemplo, de quien quiere envenenar a otro y por un descuido se equivoca y vierte en el agua, azúcar, mas no arsénico, o en el caso de quien dispara sobre la cama en que la víctima parece dormir, pero no hay más que un bulto de ropa.

Quienes propugnan una concepción puramente objetiva del injusto, parten de la necesidad que la tentativa, para ser idónea debe ser peligrosa desde una perspectiva *ex post*, quiere decir esto, que si luego se verifica que la acción como tal no podía obtener los fines perseguidos por el autor, no puede ser punible. Entendimiento que confunde las bases de valoración, en cuanto al ser de las cosas, que debe remitirse a una actuación *ex ante* a partir del propio sujeto que da inicio a la acción típica y de valoraciones generales por el resto de los ciudadanos.

A tal efecto, CUELLO CONTRERAS afirma que para que el experimento funcione, el observador objetivo "*ex -ante*" debe situarse en la posición del autor, es decir, con sus mismos conocimientos y desconocimientos. A esa luz, disparar al bulto de la cama es un supuesto de tentativa idónea tan claro como disparar a lo que parece una persona tratándose de un maniquí o disparar en la dirección que se cree correcta tratándose de una persona miope¹⁵⁸³. Sigue señalando el autor, que todos ellos son errores de hecho que no excluyen la tentativa. Sólo mediante una consideración "*ex post*" resulta posible distinguir entre tentativa idónea e inidónea, peligrosa o no peligrosa en tal sentido, con independencia de que, entonces sí, se compruebe que la falta de peligrosidad preexistía incluso al momento de acometer la tentativa¹⁵⁸⁴.

Basta, entonces, que la representación del autor -antes de emprender la acción-, era de por sí peligrosa, por tanto, idónea para lesionar el bien jurídico: descartando de plano la tentativa burda por insensatez.

Como se desprende del tenor de lo descrito, el autor citado, se inclina por una delimitación entre tentativa idónea e inidónea más amplia, contraria a nuestra concepción de entender la tentativa relativamente inidónea. Empero, se lleguen a las mismas conclusiones por ambas vías.

1583 CUELLO CONTRERAS, Joaquín; *El Estado de la Discusión Doctrinal en tomo al Fundamento de la Tentativa*. En: Libro Homenaje al profesor Torio López..., cit. ps. 290-291.

1584 CUELLO CONTRERAS, J.; *El Estado de la Discusión Doctrinal en tomo...*, cit., p. 291.

La peligrosidad de la tentativa, no puede estar condicionada a una verificación *ex post*, de que haya existido efectiva aptitud de lesión al objeto de la acción, pues el disvalor del resultado muchas veces es un hecho episódico que depende del azar o de factores causales que no son dominados por el autor, que escapan de su ámbito de organización¹⁵⁸⁵.

Dicho en los siguientes términos: *la punición de la Tentativa no se puede condicionar a la aptitud efectiva de que sobrevenga un resultado, sino a La peligrosidad objetiva de la conducta ex —ante, que se verifica con la intención (subjética) idónea del autor de cometer un hecho punible*; de ahí se colige lo fundamentado en el error *vel in objecto*.

9. 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 ordenamiento jurídico, por tanto, no hay posibilidad de tipicidad penal, menos de antijuridicidad; no es un error de tipo, sino un delito putativo¹⁵⁸⁶.

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 matar¹⁵⁸⁷.

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 penal¹⁵⁸⁸; pueden ser constitutivo acciones u omisiones que se encuentran despenalizadas, como: el adulterio, el duelo o el homosexualismo.

1585 Así, CUELLO CONTRERAS, J.; *El Estado de la Discusión Doctrinal en tomo...*, cit., p. 294.

1586 Así, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 177; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 268.

1587 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 279.

1588 Así, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno...*, cit., p. 378.

CAPÍTULO XV

LA ANTIJURIDICIDAD Y EL FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Sumario: 1. Conceptos Preliminares. 2. Antijuridicidad Formal y Antijuridicidad Material. 3. Las Causas de Justificación en Particular. 3.1 *Naturaleza Jurídica*. 3.2 *Fundamento y Sistemática de las Causas de Justificación*. a. *Teorías Monistas*. b. *Teorías Pluralistas*: b.1. *El Principio de la Ausencia de Interés*. b.2. *El Interés Preponderante*.

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: el 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.

Conforme lo anotado, 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 jurídico¹⁵⁸⁹.

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 modo¹⁵⁹⁰.

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 legitimada¹⁵⁹¹; 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 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 autor¹⁵⁹²; 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 resultado¹⁵⁹³; el juicio,

1589 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 455.

1590 ROXIN, C.; *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, cit., p. 427.

1591 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*. cit., p. 95.

1592 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. cit., p. 34.

1593 Así, WELZEL, H.; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 64.

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, definidos estos dos ámbitos: en la creación de un riesgo no permitido que se concrete en un determinado ámbito de lesión, y que dicho 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 existentes¹⁵⁹⁴; 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 ninguna norma que reconozca

1594 RUDOLPHI, J. H.; *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, cit., p. 87.

a la persona su derecho a actuar de esa manera¹⁵⁹⁵. 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.

La «antijuridicidad penal» no puede ser confundida con la antijuridicidad de otros ámbitos del Derecho; el injusto en sí no es una categoría privativa del Derecho penal, pues las diversas parcelas del orden jurídico también determinan un estado de antinormatividad, donde la infracción objetiva radica en la total contravención de un cuerpo de normas. La plenitud del ordenamiento jurídico depende de la cohesión sistemática que debe subyacer entre sus diversas parcelas o disciplinas, en el sentido que su ordenación supone la imposibilidad de que existan contradicciones insalvables que puedan propinar estados de inseguridad jurídica.

Dicha plenitud, supone la articulación de un todo integrado, que no permita la existencia de contradicciones insalvables, de mérito exento de dicotomías; de forma, que aquello que es lícito en el ámbito del Derecho civil o administrativo, no puede de ninguna manera resultar ilícito en el Derecho penal, sobre todo, por el carácter de *ultima ratio* de la violencia punitiva.

Conforme la teoría de la «unidad del ordenamiento jurídico», aquello que es antijurídico en el Derecho penal, lo debe ser también para el resto de parcelas del ordenamiento jurídico. En este sentido hay unidad del ordenamiento jurídico, pues cuando se usa el recurso extremo de la pena, no podría constatarse que el hecho al cual se aplica es conforme a derecho en otro ámbito del ordenamiento jurídico, ello implicaría una contradicción insalvable¹⁵⁹⁶.

Ahora bien, la premisa con la cual se parte para dar esta afirmación es en sí «falsa», pues a nombre de la plenitud del ordenamiento jurídico se confunden «insalvablemente», los fines que asume cada parcela jurídica, en el entramado normativo y, que se infiere de los principios que se extraen de la Ley Fundamental.

Al Derecho penal se le asigna la función de protección preventiva de bienes jurídicos, de asegurar las bases mínimas de convivencia social, en cuanto ordenación social bajo un contexto de paz y de libertad; un uso de *ultima ratio*, por cuanto el recurso a la pena, debe utilizarse sólo cuando el resto de parcelas jurídicas no está en posibilidad de solucionar la conflictividad social; esta es una garantía fundamental en un orden democrático de derecho, donde la violencia punitiva debe ser restringida al máximo.

Conforme lo anotado, los fines del Derecho penal no pueden ser asimilados al resto de disciplinas jurídicas.

1595 BUSTOS RAMÍREZ; *Antijuricidad y Causas de Justificación...*, cit., p. 35.

1596 BUSTOS RAMÍREZ; *Antijuricidad y Causas de Justificación...*, cit., p. 35.

El Derecho civil es el orden positivo que tutela la persona humana desde un plano ontológico, en cuanto a su desarrollo individual y social, pasando por reconocer una serie de instituciones sociales, donde la vulneración objetiva de los preceptos jurídico-obligacionales, contractuales y extracontractuales, dan lugar a la denominada «Responsabilidad Civil», cuando se verifica el nexo de causalidad como conducta subjetivamente imputable al sujeto (dolo o culpa inexcusable) que han dado lugar a un daño indemnizable.

En cuanto, al Derecho administrativo, éste tiene por fin velar por la optimización y buena marcha de la gestión pública, cuya configuración no revela aún un estado de lesión en la integridad de un bien jurídico –penalmente tutelado–, no obstante, poder advertirse una identidad del interés legal protegido.

Cuando se comete un injusto penal que resulta ser justificado, no puede decirse que con ello se ha valorado en forma negativa la antijuridicidad de las otras disciplinas jurídicas; la valoración jurídico-penal no comprende las valoraciones deducibles en las otras áreas del saber jurídico.

Por otro lado, cuando nos referimos a un «contenido material del Injusto», debemos precisar los criterios de política criminal que hacen de aquél una conducta merecedora de pena, pues sólo aquellos injustos cualificados que revelan una alta dosis de aflicción social pueden ser considerados “delitos”.

Delito es una conducta que aparece como merecedora y necesitada de pena¹⁵⁹⁷, por lo que el carácter de verdadero injusto penal debe ser determinado a partir de los conceptos jurídico-filosóficos y jurídico-materiales que se derivan de ordenamiento positivo en cuanto normas que se dirigen desde una perspectiva teleológica, por lo que el Derecho penal debe servir para la tutela de los valores ius-fundamentales.

La pena debe ser reservada para aquellas conductas que no llegan a esta calificación, por no ser portadoras de una intensidad de amenaza suficiente. Sin embargo, esta calificación sea legal o interpretativa, no nos puede forzar a la afirmación de licitud desde otros ámbitos de la juridicidad. Por consiguiente, lo que es lícito en el Derecho penal, no necesariamente debe serlo en las otras ramas del ordenamiento jurídico; (...) tal unidad en modo alguno se puede predicar cuando el hecho típico no es antijurídico, pues entonces sería desconocer el carácter subsidiario del derecho penal y que en todo el ordenamiento jurídico existen diversas y múltiples sanciones (civiles, administrativas, policiales, etc.) que precisamente se aplican de forma general y ordinaria, cuyos presupuestos son totalmente diferentes a los de la sanción penal, pues respecto de ellos no se exigen las garantías que son indispensables en el campo del derecho penal,

1597 FRISCH, Wolfgang; *Delito y Sistema del Delito*. En: *Sistema Integral del Derecho Penal...*, cit., p. 200.

como por ejemplo el principio de legalidad de los delitos y las penas¹⁵⁹⁸, precisamente porque en este ámbito está en cuestión la base del sistema democrático, esto es, la relación entre ciudadano y Estado¹⁵⁹⁹.

A partir de la valoración de la «antijuridicidad penal», no se puede descartar el carácter antinormativo que se pueda dar en el resto de parcelas del orden jurídico, en la medida que los criterios que se utilizan en el derecho punitivo para llegar a este juicio valor, son privativos de esta esfera; v.gr, lesividad material, mínima intervención, subsidiariedad, culpabilidad, disvalor del resultado, etc. La antijuridicidad penal, por lo tanto, no engloba un juicio completo de «antijuridicidad», que comprenda todas las disciplinas jurídicas.

En cuanto a la concepción unitaria de la antijuridicidad, se ha tratado como apunta Díez RIPOLLÉS, de un modo desenfocado y dándole más importancia de la que tiene. Esta exigencia subraya el autor, que ha de enmarcarse dentro de los requisitos del principio de unidad del ordenamiento jurídico, no es más que un efecto derivado y no directamente buscado de los principios penales de intervención mínima y de superposición de los ilícitos penales sobre los previos ilícitos de otros sectores jurídicos¹⁶⁰⁰.

Se parte, entonces, de una premisa falaz, de pretender buscar la unidad del ordenamiento jurídico a partir de principios comunes, lo cual es incompatible con el revestimiento singular y particular, que cada disciplina goza en su ámbito de incidencia regulativa. Caben por cierto diversas valoraciones jurídicas sobre una misma conducta y no una solución unitaria como propugna un sector de la doctrina; (...) tal exigencia deja de tener sentido cuando se trata de confrontar, respecto a una misma conducta, declaraciones de licitud de varios sectores jurídicos orientados en perspectivas valorativas no direccionalmente coincidentes; en este caso, si las declaraciones de antijuridicidad difieren, en ningún modo se produce una vulneración al principio de unidad del ordenamiento jurídico¹⁶⁰¹.

Los preceptos permisivos son autorizaciones de intervención, legítimos en un Estado Social de Derecho, que permiten que un hecho en sí dañoso no sea objeto de represión punitiva, en cuanto una ponderación estricta de intereses jurídicos, cuya valoración resulta desde aspectos objetivos y materiales:

1598 De todos modos este predicado resulta también extensible al ámbito del derecho administrativo sancionador, en virtud de los efectos directos del principio de legalidad administrativa, que exige así el principio de taxatividad de la infracción y de la sanción, tal como se prescribe en la Ley General del Procedimiento Administrativo - Ley N° 27444 en su Art. 230.1.

1599 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Antijuricidad y causas de justificación*, cit., p. 36.

1600 Díez RIPOLLÉS, José Luis; *La Categoría de la Antijuricidad en Derecho Penal*. En: "Política Criminal y Derecho Penal - Estudios", Tirant lo blanch, Valencia, 2003, cit., p. 421.

1601 Díez RIPOLLÉS, J. L.; *La Categoría de la Antijuricidad en Derecho Penal*, cit., ps. 421-422.

«objetivo», en cuanto infracción normativa desde un punto de vista formal; y «material», en cuanto producción de afectación a la integridad de un bien jurídico, cuya utilidad social sólo lo es para el Derecho penal y, no para el resto de parcelas del orden jurídico; pues puede, que dicha afectación «lícita», deba ser objeto de valoración por el Derecho civil o por otra rama jurídica. La afectación material que queda anulada mediante el precepto permisivo de ningún modo arrastra al resto de ordenamientos.

Desde esta perspectiva -apunta BUSTOS- habría en principio que conceder que respecto de cualquier causa de justificación se puede plantear que queda subsistente, por lo menos un ilícito de carácter civil¹⁶⁰², a pesar de que un sector importante de la doctrina niega esa posibilidad¹⁶⁰³.

En los ámbitos concretos de los preceptos permisivos, se anudan estas consecuencias, cuya especificación es importante a fin de resguardar la independencia aplicativa de las disciplinas jurídicas.

En el «estado de necesidad justificante», es el ámbito donde toma lugar una colisión de intereses jurídicos, puede observarse con claridad la tesis antes anotada -líneas atrás-; v.gr., el conductor que a fin de no atropellar a un transeúnte, eleva la velocidad permitida, desviando el curso causal, y finalmente daña la propiedad ajena; si bien el hecho en sí ha provocado daños a la propiedad, es una conducta típica pero justificada penalmente, sin embargo los daños a la propiedad ajena deben ser indemnizados (responsabilidad extracontractual); así también, la contravención a las normas del Código de Circulación queda incólume. Es decir, el reconocimiento del derecho a actuar, por valoración de interés preponderante, no es suficiente al mismo tiempo para excluir una valoración de merecimiento respecto al aprovechamiento en esa situación de un bien ajeno, lo que posibilita que en el ámbito del derecho civil se constate un ilícito y se establezca una sanción como indemnización de perjuicios¹⁶⁰⁴.

De ninguna forma, puede quedar el derecho del tercero excluido del amparo legal, consustancial en el marco del Estado de Derecho; cuestión muy distinta, es quien se defiende en una legítima defensa que los bienes del agresor, pues al estar actuando de forma antijurídica se sustrae del ámbito de protección del Derecho¹⁶⁰⁵.

1602 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Antijuricidad y Causas de Justificación*, cit., p. 37.

1603 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 465; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 118; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 191.

1604 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Antijuricidad y Causas de Justificación*, cit., p. 37.

1605 Desde otro plano valorativo, BUSTOS es de opinión distinta, al estimar aún tratándose de «bienes inocentes» en el caso de la legítima defensa, el ilícito civil subsiste, señalando con contundencia que: (...) respecto de ninguna causa de justificación, aún la propia legítima defensa,

No obstante, debe decirse, que en el ámbito de ciertas justificantes, como el obrar en el ejercicio de la ley, cargo u oficio, así como el caso de la «Obediencia Debida», la licitud penal debe conllevar también a la licitud civil y administrativa¹⁶⁰⁶, por cuanto dichas afectaciones se producen en una esfera de actuación pública, que por el funcionamiento de su estructura organizacional permite llegar a esta conclusión.

En resumidas cuentas, la pretendida unidad del ordenamiento jurídico no se puede propugnar a rajatabla, prescindiendo de los criterios de valoración, privativos de cada rama del ordenamiento jurídico, máxime tomando en cuenta que el Derecho penal es un instrumento que ejerce la mayor fuerza de coacción estatal, por lo que el juicio negativo de la antijuridicidad penal no puede arrastrar al resto de ilicitudes, lo que de ninguna forma vulnera la plenitud del ordenamiento jurídico, más bien refuerza sus predicados de especificidad y especialidad regulativa¹⁶⁰⁷.

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 sólo se extraen del ámbito jurídico-penal sino de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto¹⁶⁰⁸; 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,

se puede afirmar en forma absoluta que la exclusión de ilicitud penal no implica necesariamente la falta de ilicitud en todo el ámbito del derecho. Muy por el contrario, siempre puede subsistir, según el caso concreto, una ilicitud de otro orden, civil, administrativo, etcétera; *Antijuridicidad y Causas de Justificación*, cit., p. 39.

1606 Así, DIEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La Categoría de la Antijuridicidad en Derecho Penal*, cit., p. 430; así, desde una perspectiva de *lege data* del Derecho penal colombiano, el art. 57 C de PP, establece que la exención de responsabilidad civil sólo cubre a dos de las causales de justificación del hecho como señala VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, la legítima defensa y el cumplimiento de un deber; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 468.

1607 En palabras de MEZGER, la teoría de la unidad lógica del ordenamiento jurídico es tan solo "un cuento seductor". Tal unidad no existe. El simple positivismo legal no ofrece ninguna respuesta exhaustiva a innumerables cuestiones de la vida práctica del derecho; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 142.

1608 Así, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 117.

a diferencia de la legítima defensa prevista en el Código Civil, como causal de improcedencia de responsabilidad civil¹⁶⁰⁹.

La tipicidad, y la consiguiente antinormatividad, es un "indicio" de la antijuridicidad como escribe WELZEL¹⁶¹⁰. 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 Positivo¹⁶¹¹. Contrario *sensu*, la no presencia 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 antijuridicidad¹⁶¹² 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 autónoma¹⁶¹³ 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*¹⁶¹⁴.

Las causas de justificación no sirven para describir acciones (o lesiones de deberes): no pueden hacerlo porque, por regla general, rigen conjuntamente para muchos tipos y porque la clase de ataques que ellas permiten se determina por las particularidades de la situación de coacción o de necesidad que no repite frecuentemente¹⁶¹⁵. No se trata entonces de una mera infracción formal, cuya sola objetividad es reprobada por el Derecho, sino la franca contradicción con los valores superiores, que el ordenamiento jurídico-constitucional ampara.

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

1609 Inc. 2) del art. 1971° del CC; así también el inciso 1) del mismo articulado, que recoge el ejercicio regular de un derecho.

1610 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 116.

1611 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 219; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 117.

1612 La antijuridicidad es el actuar o el omitir típico que contraría el ordenamiento jurídico penal. Históricamente, la Antijuridicidad como término surgió como un instrumento de análisis teórico y como un concepto global de qué circunstancias convierten a un hecho en contrario al ordenamiento jurídico. La discusión acerca de la Antijuridicidad Objetiva comienza en el Derecho Civil.

1613 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 118.

1614 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 465.

1615 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 83.

tiene nada que ver con la antijuridicidad, sino con la relevancia jurídico-penal de la conducta.

Las «causas de exclusión del injusto», en cuanto categoría de la antijuridicidad, parten de conceptos propios, cuya regulación ocupa una mayor extensión en mérito a su propia naturaleza.

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 MATERIAL¹⁶¹⁶

La descripción bi-dimensional 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 una 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, al sostener que de las amenazas penales del Estado se deduce que aquéllas solamente valoran conducta antijurídica, es decir, aquélla que está objetivamente en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado¹⁶¹⁷. 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 material¹⁶¹⁸.

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 jurídico¹⁶¹⁹.

1616 Ver al respecto BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la teoría del delito*, cit., ps. 60 y ss.; que expone esta problemática desde otra perspectiva.

1617 VON BELING, E.; *La Doctrina del Delito-tipo*, cit., ps. 21-22; LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 92.

1618 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 323.

1619 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 92; POLITOFF L, S y otros; *Lecciones de Dere-*

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 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 serlo 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, éste, 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 sólo 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 erigir¹⁶²⁰.

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 meta-legal¹⁶²¹.

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 sólo para la seguridad jurídica (principio de legalidad), sino también para la libertad individual, que puede verse vulnerada cuando 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 Mate-

cho Penal Chileno, cit., p. 209; LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 324.

1620 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 458.

1621 Así, ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., ps. 41-42.

rial 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 penal¹⁶²², 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 materialmente ilícito-; desde un 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.

1622 La antijuridicidad material se deduce de la propia norma prohibitiva, no más allá (metajurídica), como lo proponía VON LISZT.

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 material¹⁶²³.

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 Jurídico¹⁶²⁴; ello quiere decir, que

1623 En lo referente al disvalor de la acción y disvalor del resultado, son pues, conceptos fundamentales en la constitución de la Antijuridicidad. No basta la voluntad de delinquir (*animus catetoris*), se necesita que esta voluntad se concretice en el mundo exterior en hechos objetivados y que éstos sean potencialmente idóneos para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos. Ambos elementos contribuyen a fundamentar la punibilidad de una conducta humana, pero, a veces el legislador puede poner el acento en el disvalor de la acción, por considerar ya una acción que entraña un suficiente peligro para bienes jurídicos (tentativa, delitos de peligro): la presencia de una acción típica y consciente es presupuesto mínimo para la configuración del Injusto. En síntesis, disvalor de la acción y disvalor del resultado, deben valorarse conjuntamente como un todo, para poder finalmente detectar si es que la conducta humana es o no merecedora de pena.

1624 Acerca de la naturaleza jurídica de las justificantes escriben M. COBO DEL ROSAL Y TOMAS S. VIVES ANTÓN, "la justificación puede ser concebida objetivamente de dos modos: Vinculando sus efectos a la protección real del interés preponderante (mera producción del resultado, sin referencias anímicas), o bien adelantándose al momento de la realización de la acción dirigida a la salvación del bien prevalente (en cuyo caso precisará de concurrencia de finalidades subjetivas)"; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 464; siguiendo ese hilo conductor, se considera justificada una acción antes de que se produzca el resultado benefactor que de ella pudiera esperarse no reduce, sino que amplía, el ámbito de la libertad,

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 aconsejan¹⁶²⁵. 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 una sanción jurídica, sea ésta 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:

es decir, el que actúa justificadamente, precisa conocer si lo hace o no conforme a Derecho en el momento mismo que lo lleva a cabo, es decir desde una perspectiva ex -ante. Dejar la decisión acerca de si se halla o no justificada dependiendo de la producción de un resultado, sería inadecuado e injusto.

1625 MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARAN, M; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 318-324.

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 éstas 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 derecho¹⁶²⁶.

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).

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 antijuridicidad 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”.

1626 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 119.

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)¹⁶²⁷.

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 subjetivo¹⁶²⁸.

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 ac-

1627 Siguiendo la idea, este mismo autor, opina "que aceptar que el Interés preponderante es independiente del valor de los bienes jurídicos en conflicto, el principio pierde todo contorno definido, siendo esto así, las causas de Inculpabilidad podrían ser también consideradas "Causas de Justificación", como en la no Exigibilidad de otra Conducta.

1628 DIEZ RIPOLLÉS; J. L.; *La Categoría de Antijuricidad en Derecho Penal*, cit., p. 432.

ción; 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 ciudadanos¹⁶²⁹.

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 este principio¹⁶³⁰; 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.

Como subraya CEREZO MIR, la legítima defensa (...), no puede explicarse de un modo plenamente satisfactorio atendiendo únicamente al principio de ponderación de intereses, pues en ella no se exige la proporcionalidad y el bien jurídico lesionado en la reacción defensiva (la vida, por ejemplo) puede ser de mayor valor que el defendido frente a la agresión ilegítima (la integridad corporal, la propiedad, etc.¹⁶³¹).

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 ingerencia 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 despropósito¹⁶³²; en la medida que éstas proceden de todo el ámbito de la juridicidad -de la política jurídica- las cuales no pueden ser refundidas en un criterio aglutinador.

1629 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 575.

1630 ASÍ, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 120.

1631 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 195.

1632 ASÍ, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 196.

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 jurídico¹⁶³³.

Empero, todas las causas de justificación responden a un solo criterio: la sistematización de los fines del Derecho penal con el ordenamiento 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 escuela 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 sólo 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-¹⁶³⁴.

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»¹⁶³⁵.

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, 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

1633 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 77.

1634 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., ps. 79-80.

1635 ASÍ, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., 465.

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 MORRAS, 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 sólo 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 segundo¹⁶³⁶.

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.

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 sólo está condicionada a la concurrencia de los presupuestos objetivos, sino que también el autor debe conocer que está actuando bajo dichas justificantes.

1636 SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio; *Reflexiones en torno al Injusto Penal*. En: Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal. Arazandi Editorial, 1995, cit., ps. 193-194.

CAPÍTULO XVI

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN LEGÍTIMA DEFENSA

Sumario: 1. Conceptos Preliminares. 2. Requisitos de la Legítima Defensa. 2.1 *Agresión ilegítima*. 2.2 *Necesidad Racional del Medio Empleado. Medio (modificación por Ley N° 27936 del 12-02-03)*. 2.3 *Falta de Provocación Suficiente*. 2.4 *Legítima. Defensa Imperfecta*. 2.5 *Riña Mutua*. 2.6 *Legítima Defensa Putativa*. 2.7. *Defensa Putativa*. 3. El Estado de Necesidad Justificante. 3.1 *Introducción al Tema*. 3.2 *Requisitos*. a. *Estado de Necesidad*. b. *Interés Preponderante*. c. *Acción Justificada*. d. *Elementos Subjetivos*. e. *Ausencia de Obligación de Sacrificio*. 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*. 4.2 *Obrar por Disposición de la Ley*. 4.3. *Tipo Subjetivo*. 5. Ejercicio Legítimo de un Derecho. 6. Ejercicio Profesional. 7. Ejercicio de un Oficio o Cargo. 7.1. Finalidad del Ejercicio de un Oficio o Cargo. 8. El Consentimiento. 8.1 *Introducción al Tema*. 8.2 *Antecedentes Históricos*. 8.3 *La Discusión Programática en el Caso de la Vida y de la Integridad Corporal*. 8.4 *Requisitos*. 8.5 *Consentimiento presunto*. 9. La Obediencia Debida. 9.1 *Introducción al Tema*. 9.2 *Toma de Posición*. 9.3 *Requisitos de Forma*. 9.4 *Validez Jurídica de la Orden*. 9.5 *Casos de Error*. 9.6. *El Cumplimiento del Deber en el Marco de la Función Militar y Policial*.

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 sólo 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 sólo puede estar al servicio del delincuente, pues no podemos dejar desamparados a los ciudadanos honestos, que no tienen otra posibilidad que defen-

derse 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.*

Consiste en la reacción necesaria para impedir o repeler la agresión ilegítima no provocada, contra la persona o cualquier bien jurídico, propio o ajeno, actual o inminentemente amenazado¹⁶³⁷. Puesto que la acción dirigida a evitar un daño es la defensa, apunta CARNELUTTI, la dirigida a evitar el daño injusto tiene que llamarse justa defensa o, según el uso y la ley misma, legítima defensa¹⁶³⁸.

Incursos en el ámbito de los preceptos permisivos y autoritativos, la «Legítima Defensa», es la de más larga data en la literatura jurídico-penal y que expresa en forma clara la esencia de la Causa de Justificación.

Su sustrato legitimador descansa en el derecho que detentan 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».

Su fundamento no ha sido homogéneo durante la evolución del saber penal epistemológico.

En principio, la literatura jurídica-penal, la consideró como una «Culpabilidad Moral», retribución del mal causado, en cuanto reacción del agredido, que sintiéndose perturbado psíquicamente realiza una conducta defensiva; por tales

1637 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 93.

1638 CARNELUTTI, F.; *El Delito*, cit., p. 104.

motivos, se instituye como una Causa de Inculpabilidad, basada en la perturbación del ánimo o del conflicto motivacional en la esfera psíquica del defensor.

Importan teorías, en definitiva, basadas en el psiquismo individual, que pretenden construir el basamento de esta causa de justificación en estados propios de la inimputabilidad, que refieren a la categoría de la imputación individual (culpabilidad); por lo tanto, no se corresponde con la naturaleza jurídica que se desprende de las causas de justificación: el interés preponderante y la defensa del orden positivo; incompatible también con los presupuestos que se exigen para su concurrencia, que permite el ejercicio de la defensa, tanto propia como de terceros, resultando lo fundamental la existencia de una «Agresión ilegítima».

No tendría sentido por otra parte, el requisito de que la agresión sea ilegítima, pues una agresión legítima puede producir también una perturbación de ánimo¹⁶³⁹.

A la luz de las últimas posturas doctrinales, se considera un doble fundamento a saber: -la protección de los derechos individuales¹⁶⁴⁰ y la defensa

1639 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 210.

1640 ROXIN, reduce la Legítima Defensa al principio de autoprotección, el ejercicio de la fuerza por los particulares, en tanto no sirva exclusivamente a la propia protección y limitándolo con restricciones ético-sociales del derecho a la legítima defensa. En: "Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa", traducción de GÓMEZ BENITEZ, en Cuadernos de Política Criminal N° 17, 1982. pp. 297 y ss.; El fundamento argumental ceñido a la protección individual de los derechos fundamentales es atribuida al hegelianismo. Que a decir de RUSCONI en tanto que la legítima defensa cumpliría una función sustitutoria de la confirmación de los valores ético-sociales protegidos por el orden jurídico. Este autor critica este fundamento, al señalar que "no parece legítimo que el Estado delegue en los individuos un poder de reacción directo sobre las agresiones, poder que ni él mismo tiene -salvo en contadas excepciones y con innumerables limitaciones-y, sobre todo, sometiendo ese ejercicio a una justificación vinculada a la defensa de los valores ético-sociales frente al resto de la comunidad": op. cit. ps. 87 y ss; se objeta sobre el primer punto, que el ejercicio de defensa por parte de los ciudadanos no trata de una delegación de facultades represoras ante el delito, sino muestra una operatividad subsidiaria, que despliega sus efectos siempre y cuando las agencias estatales encargadas para repeler el delito se encuentren ausentes. No defender esta posición, significaría un retroceso del logro atribuible al Derecho penal liberal, producto de su civilización en delegar a un ente jurídico y políticamente organizado como lo es el Estado, el derecho de perseguir y sancionar punitivamente como obra del Contrato Social, como presupuesto básico de una sociedad democrática y humanista. En cuanto al segundo punto, la defensa se dirige no a la autoconfirmación de los valores ético-sociales, sino a la protección de los bienes jurídicos, como función primordial del Derecho penal, como conquista irremediable de la separación del derecho con la moral. La prevención general no debe buscar sus efectos a ultranza, en desmedro de las justificaciones político-criminales que sustentan la justificante. Ante ataques de mínima insignificancia lesiva, la necesidad penal de prevención aparece de forma diluida. Lo importante es establecer límites a la utilización de la Legítima Defensa y de prever que su operatividad debe constituirse en la *última ratio*, se debe acudir a todos los medios menos violentos antes de desplegar la reacción agresiva.

del ordenamiento jurídico, por cuanto el Derecho no tiene porqué ceder ante lo ilícito¹⁶⁴¹.

En la legítima defensa, (...), dice ROXIN, los principios de autoprotección y de prevalencia del Derecho son los que sirven de base a la regulación legal¹⁶⁴².

Se asume una posición dual: -la primera de naturaleza individual y la segunda de carácter supraindividual; la primera referida al derecho del portador del bien, de no soportar agresiones ilegítimas, por cuanto el derecho de pervivencia de su vida y su libertad, siempre y cuando el peligro de lesión sea inminente y no exista el deber de soportar el estado de peligro; y, el segundo de que el Derecho no tiene por qué ceder antes ataques que suponen un estado antijurídico, de afirmar la validez propia de la norma, como instrumento generador de un orden reglado de convivencia pacífica. Fundamento este último que tiene que ser contenido por ciertos límites, a fin de evitar la arbitrariedad y el uso abusivo de un derecho, por lo que rige el principio de proporcionalidad, (...) que conduce a la renuncia de la legítima defensa en los casos de absoluta desproporcionalidad de los bienes que están en conflicto (es decir, en los casos conocidos en que se infieren lesiones corporales graves para defenderse de daños de poca importancia)¹⁶⁴³.

No se trata, como explica STRATENWERTH, de un "traslado del monopolio punitivo estatal a particulares, sino de la defensa del derecho en la persona del agredido"¹⁶⁴⁴.

Ambos fundamentos deben conjugarse en la idea de que la defensa de los bienes jurídicos fundamentales sólo es legítima en cuanto sirva a la vigencia efectiva del ordenamiento positivo, a fin de rechazar el injusto y confirmar los valores contemplados en la Ley Fundamental. Confluye, pues, en la legítima defensa una tendencia de carácter social y otra individual, lo que es en el fondo el reflejo de una concepción política del Estado que persigue la armonía entre los intereses colectivos y los particulares, bajo el imperio de la democracia participativa en una sociedad pluralistas¹⁶⁴⁵.

1641 Al tratarse de una agresión injusta, siendo que la respuesta del agredido es proporcional a la agresión, ésta anula la antijuridicidad y no se trata de una perturbación en la psique del defensor, como una causa de inculpabilidad.

1642 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, cit., p. 78; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 207-208; LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 587; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 122; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 123; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 498; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 227; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 203.

1643 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, cit., p. 79; LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 587.

1644 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 228.

1645 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 498.

Surgen circunstancias en las cuales las agencias estatales -legitimadas para prevenir y reprimir el delito- no están presentes¹⁶⁴⁶, en consecuencia, el ciudadano no tiene otra opción que defender de *motu proprio* sus bienes más preciados o de terceros vinculados¹⁶⁴⁷. Pues, la defensa del orden jurídico no sólo es una función que recae en los órganos estatales competentes, sino también, es función de los ciudadanos, como titulares de los bienes jurídicos salir en defensa de ellos ante ataques ilegítimos.

Lo afirmado resulta compatible con el fin preventivo general de la pena¹⁶⁴⁸ -incidiendo en la intimidación del delincuente y en la preponderancia del orden jurídico- de esta forma, el delincuente potencial no sólo se va a intimidar por el temor a la sanción punitiva, sino también ante el hecho palmario de poder ser repelido por sus propias víctimas. En ese sentido, la defensa se convierte en un medio eficaz que refuerza el efecto disuasorio de la sanción punitiva.

La argumentación expuesta, no supone de ninguna manera, una utilización desmedida de esta permisión normativa, así como su uso en circunstancias en que las agencias estatales están en condición de ejercer el derecho de reprimir ataques ilícitos en defensa de los ciudadanos y de la legalidad. En base a ello, podemos decir que la Legítima Defensa se estatuye como una «Justicia Residual», a la que sólo hay que acudir como ultima *ratio*.

A diferencia del Estado de Necesidad, en la Legítima Defensa no se aprecia una ponderación de bienes jurídicos, pues la defensa se determina según la peligrosidad e intensidad de la agresión.

1646 Así, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno...*, cit., p. 215.

1647 Sobre este aspecto, un sector de la doctrina apuntó a la "ausencia de protección estatal" como un fundamento de la legítima defensa (Graf Zu Dohna), posición fuertemente criticada por la doctrina; para CEREZO MIR, la imposibilidad de actuación, no explica aún, por sí sola, que el Estado renuncie al monopolio de la fuerza y autorice al particular a impedir o repeler la agresión. La imposibilidad de actuación de los órganos del Estado no es siquiera un presupuesto o requisito de la legítima defensa. Si la agresión ha puesto en peligro el bien jurídico atacado, la defensa es necesaria con independencia que los órganos del Estado puedan actuar o no en ese momento de modo eficaz; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 210-211; Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 587; sin duda la ausencia de protección estatal no es un fundamento válido para sostener la legítima defensa, en la medida que la acción defensiva nace de un derecho inherente a la persona humana y no como potestad subsidiaria de la coerción penal estatal; empero si bien no puede ser considerado como un fundamento, sí debe ser admitido como un dato fáctico a tener en cuenta, pues de lo contrario sería muy difícil delimitar los ámbitos de actuación de los particulares con las agencias del orden, y de cierta forma, superponer el primero al segundo, lo cual podría convertirse en un foco generador de peligro, sobre todo en nuestra sociedad, donde los ciudadanos ejercen una suerte de justicia de propia mano; por lo tanto, este presupuesto es importante a efectos de garantizar la racionalidad del uso mismo de la legítima defensa

1648 Así, LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., ps. 587-588.

MAURACH-ZIPF al respecto escriben que: "Dado que la relación valorativa entre el derecho y la ilicitud legítima 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"¹⁶⁴⁹.

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 el defensa del imputado, al proponer dicha versión de los hechos como «Teoría del Caso», debe acreditar a su vez, las aseveraciones fácticas que conforman aquélla, 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-confirmación del ordenamiento jurídico, sin que ello suponga irrogarse de la facultad punitiva, de la cual sólo es titular el Estado.

Debido a que se constituye en un mecanismo de defensa agresivo, su utilización en un Estado de Derecho, necesita de criterios limitadores, informados por razones político-criminales y éstos proceden de sus requisitos definidores, así como de valoraciones ético-sociales en su regulación aplicativa¹⁶⁵⁰.

1649 Citado por RUSCONI, op. 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.

1650 Estas restricciones o límites valorativos tienen como sustento, juicios ético-sociales; tal como ilustra ROXIN "... no se puede dar muerte a un ladrón de manzanas invocando la legítima defensa, aunque éste fuera el único medio para impedir el hurto". La inserción de consideraciones preventivas, dice ROXIN, tiene el efecto de explicar las razones para limitar

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 necesidad¹⁶⁵¹; 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 defensa¹⁶⁵².

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 jurídico¹⁶⁵³.

la defensa allí donde las necesidades preventivas son menores; *Política Criminal y sistema de Derecho penal*, traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972. Los criterios limitativos de defensa orientan su ámbito aplicativo ante las agresiones de sujetos inimputables, así como en los delitos de bagatela.

1651 WELZEL H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 123.

1652 POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 216; LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 592; BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 204.

1653 MUÑOZ CONDE, apunta que no cabe la Legítima Defensa ante agresiones producto de acciones u omisiones negligentes, aunque sí Estado de Necesidad, éstas deben ser necesariamente dolosas; *Derecho penal. Parte General*; cit., P. 337; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 213; LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., ps. 590-591; WELZEL. H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 122; Quienes son partidarios de negar la Legítima Defensa ante agresiones imprudentes, parten de la concepción de un injusto subjetivizado (antijuridicidad), se ha afirmado que el Injusto confirma como dos de sus requisitos: la conciencia de realizarlo y la voluntad lesiva. Como ha afirmado COENDER en sentido parecido, porque por un camino divergente de la "antijuridicidad subjetiva", se ha opinado que solamente la agresión dolosa puede ser definida como antijurídica, ya que de otro modo no se justificaría la enorme amplitud de la eximente. Citado por RUSCONI, M. A.; *La Justificación en el Derecho Penal*; cit., ps. 60-61; La teoría de lo Ilícito Personal está conformada por el desvalor de la acción y por el desvalor del resultado. Cualquier agresión, sea ésta dolosa o imprudente, significa ya una manifestación contraria al orden

jurídico, por ende, ilegítima, engarzada con los principios sustentadores de esta causa de justificación -que es la defensa del orden jurídico-. No obstante, estas agresiones al venir premunidas de un desvalor menor en relación a las dolosas, se exige el despliegue de una acción defensiva de menor violencia, de este modo se adecúa a su carácter de necesidad. Ejemplo: el conductor de un vehículo que conduce a alta velocidad en una vía muy transitada, su copiloto advierte dicho acontecimiento y le insta a bajar la velocidad, pero éste continúa con su obrar riesgoso. El copiloto no está obligado pues a soportar un peligro que él no ha generado, por lo que puede hacer uso de la legítima defensa apuntándolo con un arma de fuego a fin de disuadirlo a frenar el vehículo. "El sujeto no está obligado a soportar riesgos que no ha asumido". Distinto sería el caso en el cual el copiloto sube al vehículo del conductor a sabiendas de que éste se encuentra en estado de ebriedad y que su conducción vehicular es en extremo temeraria, pues aquí habrá una autopuesta en peligro por parte del copiloto, quien ha infringido sus deberes de autoprotección. De la misma opinión es el penalista argentino DONNA, quien considera que debe aceptarse también que pueda haber legítima defensa en contra de actos culposos, en tanto exista acción de persona; *Teoría del delito y de la pena - Imputación Delictiva*. 2. Editorial Astrea, 1995, p. 145; asimismo, CUELLO CONTRERAS, quien escribe que el concepto unitario de Injusto de la doctrina del injusto personal, según la cual también en el delito imprudente hay una acción final, permite incluir el ataque imprudente en el seno de la legítima defensa sin necesidad de desvirtuar la esencia de la causa de justificación. De la misma forma que, en cuanto al peligro de lesión de bienes jurídicos en el comportamiento imprudente es más remoto que en el doloso, se explica que disminuya también la defensa permitida; *El Derecho Penal Español. Parte General - Nociones introductorias*. Teoría del Delito. Dykinson. Madrid, 2002, p. 808; Los partidarios en negar esta posibilidad (LUZÓN PEÑA), señalan que lo fundamental en la legítima defensa es hacer que ésta cumpla una misión de prevención general, pues frente a la acción imprudente, ésta no puede cumplir su función motivadora. Ante ello diremos que la prevención general se dirige tanto a los injustos dolosos como imprudentes, quienes no actúan diligentemente, lesionando el deber objetivo de cuidado -siéndole exigible- adecuar su conducta conforme al directivo de conducta, por lo tanto, vulneró la norma de cuidado pudiendo haber obrado conforme a Derecho. Es decir, la función de motivabilidad normativa pudo haber surtido sus efectos positivos. Como anota RUSCONI,... la reacción del agredido despliega esta función -como sucede en la sanción penal- tanto frente a la agresión -o ilícito- imprudente como dolosa; Al respecto señala LUZÓN PEÑA que el sujeto que actúa imprudentemente no le podrá intimidar una posible legítima defensa porque sabe -o debe saber- que, sencillamente, no se puede actuar en legítima defensa contra él; op. cit., p. 185. Consideramos que los efectos intimidatorios son iguales que en el injusto doloso, puesto que el autor detenta un conocimiento potencial, de que el actuar imprudentemente puede hacer reaccionar a un tercero agresivamente de manera legítima, éste tenía el deber de actuar diligentemente, el cual erró en la efectiva virtualidad del peligro (culpa consciente) o ni siquiera advirtió el peligro (culpa inconsciente). "No hay razones para afirmar que se pretenda limitar el ámbito posible de la agresión a las dolosas; es insatisfactorio, (...) una conducta que se aleja del objetivo de cuidado de los bienes jurídicos puede, sin duda, habilitar en ciertos casos, la legítima defensa del agredido"; op. cit., p. 67; En ese sentido MIR PUIG (Parte General) y BACIGALUPO (Principios...), WELZEL señala que para el concepto de agresión es suficiente toda amenaza de lesión de un bien jurídico mediante una conducta humana: no se requiere una acción de lesión final (dolosa); *Derecho penal alemán, Parte general*; la intensidad del riesgo que coloca en peligro al bien jurídico tutelado, puede incluso llegar a ser de mayor potencialidad lesiva en relación a la acción dolosa, independientemente del grado de reproche culpable que merezca el autor en forma individual. Pues, privar al sujeto agredido de repeler el ataque mediante el uso de la legítima defensa resulta sin

Lo importante a todo esto, será definir qué concebimos como "agresión ilegítima"¹⁶⁵⁴: 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 justificante¹⁶⁵⁵, (...) 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 agresión¹⁶⁵⁶. Por consiguiente, cabe la legítima defensa, también, ante conductas antijurídicas que signifiquen "omisiones"¹⁶⁵⁷.

Como agresión no sólo 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 ataque¹⁶⁵⁸.

más, político-criminalmente insatisfactorio. El derecho del titular de defender sus bienes jurídicos prevalentes, así como de terceros vinculados a él, no se limita a las acciones dolosas, hacerlo significaría hacer límites de *lege ferenda* donde no es necesario hacerlo; el titular (sujeto agredido) no tiene porqué soportar agresiones ilícitas de las cuales él no tiene responsabilidad, además no siempre éste conocerá que se trata de una agresión imprudente y aquello se demuestra en la *praxis* cotidiana; en cuanto a la necesidad, sólo aquella requerida para despejar la agresión. En estos casos la mera advertencia del peligro generado por la conducta pareciese ser suficiente para evitar la agresión, pues existe una diferenciación valorativa con la agresión dolosa, por ende, el titular debe acudir a la defensa necesaria cuando no tiene otras posibilidades de acción menos lesiva para poder repeler la agresión ilegítima.

1654 Cuando la defensa se produce en instancias en que el agresor está inconsciente -caso de mujeres constantemente agredidas: Violencia familiar o niños indefensos, ambos son casos en los cuales se evidencia debilidad que impide enfrentarse en un plano de igualdad; sin embargo, será más fácil apreciar la concurrencia de un estado de inculpabilidad, como: Miedo Insuperable o Estado de Necesidad Disculpante.

1655 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit. p. 124; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 499.

1656 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 204.

1657 En contra CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 212-213.

1658 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 204; Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 499; LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 590; POLITOFF L, S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 216; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 123.

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 omisión¹⁶⁵⁹; 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 STRATENWERTH¹⁶⁶⁰; esto quiere decir, que la posibilidad de actuar en legítima defensa se extiende a todo el *iter criminis* (a partir de los actos ejecutivos¹⁶⁶¹) 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 ladrón que huye con el botín¹⁶⁶² 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 permanente¹⁶⁶³; 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 legal¹⁶⁶⁴.

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 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.

1659 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 122.

1660 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 230.

1661 ASÍ, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 124.

1662 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 123; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 232; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 205; POLITOFF L., S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 217.

1663 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 500.

1664 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 597.

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)¹⁶⁶⁵.

La agresión ilegítima debe preceder a la acción defensiva justificada, ésta 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.

Como escribe PEÑA CABRERA "El estado de peligro debe ser actual y potencialmente efectivo, es decir, idóneo para poder producir un resultado lesivo a un bien jurídico, ante una agresión verbal o por aquel incapaz de producir un daño real, no habrá pues Legítima Defensa¹⁶⁶⁶, que podría ser una acción proveniente de un niño o de alguien que únicamente está gestando una broma.

En cuanto al agresor, puede ser o no capaz de responsabilidad penal¹⁶⁶⁷, 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 (...) ¹⁶⁶⁸, de concluir que la legítima defensa -de nuestra postura cabe de forma subsidiaria y sólo la estrictamente necesaria para evitar un estado de lesión¹⁶⁶⁹.

Aquellos que restringen el ámbito amplificador de la Legítima Defensa ante agresiones de agentes inculpables, sostienen como bien señala RUSCONI, que la circunstancia de que el sujeto agresor sea inimputable impide que se caracterice su acometimiento como agresión ilegítima¹⁶⁷⁰. Siendo que esta pos-

1665 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 500.

1666 PEÑA CABRERA, R. *Derecho Penal*. Estudio Programático de la Parte General; Debe descartarse la Legítima Defensa ante ataques nimios y de insignificancia social, sólo debe emplearse en aquellos en que potencialmente se pueda lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos. El Principio de Insignificancia es la unión teleológica de las restricciones ético-sociales que limitan el ejercicio de la eximente.

1667 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 499; LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., ps. 592-593; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 206.

1668 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 81.

1669 Así, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 220.

1670 RUSCONI MAXIMILIANO, Adolfo; *La Justificación en el Derecho Penal - Algunos Problemas Actuales*. 2da. edición actualizada y ampliada. Ad Hoc S.R.L. Buenos Aires, 2001, ps. 80

tura 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 la doctrina nacional, ARMAZA GALDÓS señala que en los casos en que el atacante fuese un loco, un menor, una persona que obre por miedo insuperable o que lo haga en estado de ebriedad, en error de comprensión culturalmente condicionado o en error de prohibición, ya que aquí estarnos frente a verdaderas agresiones sobre las que únicamente cabe alegarse ausencia de culpabilidad. A pesar de que el autor reconoce que se trata de verdaderas agresiones, escribe que pese a todo, al parecer tampoco procede legítima defensa desde que la defensa no cumpliría la función preventiva general que se espera cumpla para advertir a eventuales atacantes que deben abstenerse de realizar actos lesivos al bien ajeno¹⁶⁷¹.

Para algunos de estos autores, como HOLD VON FERNECK, el centro del sistema jurídico se encuentra en el establecimiento de deberes, entendidos como coerción psicosocial que opera sobre la voluntad humana para proteger intereses de la vida en comunidad, propios de la prevención general¹⁶⁷². Constituyen

y ss.; para OEHLER desde la concepción de un injusto objetivizado al inimputable agresor, por ser persona, se le ha de tratar peor que al animal agresor. Frente a éste, sólo cabe estado de necesidad; frente al inimputable, también legítima defensa, según tesis mayoritaria. En: MOLINA FERNÁNDEZ Fernando; *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona, 2001, pp. 277 y ss.; Das Objektive Zweckmoment, p. 38, N° 67. Los partidarios de negar esta posibilidad, señalan que no es idéntica la posición de quien siendo plenamente responsable de sus actos agrede a un tercero, de quien lo hace en situación de inimputabilidad, extendiendo el hecho de que la pena sólo se aplica a los imputables; argumento sólo válido en parte. Los inimputables sí son sujetos de derecho, pero ello no puede hacer suponer que además deban ser titulares de deberes jurídicos, pues éstos aunque carezcan de deberes, su situación jurídica no cambia a la de un animal o un objeto: él es titular de derechos que obliga a terceros. La norma valorativa tiene como inconveniente su doble contenido. En base a la visión de un Injusto objetivizado, se negó la posibilidad de un Injusto no culpable, es decir, se edificaron dos formas de antijuridicidad, una objetiva y otra valorativa (MERKEL, BINDING).

1671 ARMAZA GALDÓS, J.; *Elementos Negativos del Delito*. 1era. Edición. Jurista Editores. 2002, pp. 58-59. En este sentido, Alexander GRAF ZU DOHNA, Ernst VON BELING y otros.

1672 MOLINA FERNÁNDEZ, nos relata que este autor es el que más coherentemente aplicó una concepción imperativa de la norma al ámbito de la antijuridicidad. Para este autor el Derecho como sistema de relaciones entre hombres, conjunto de imperativos, y por último, conjunto de juicios hipotéticos. Antijuridicidad es "contrariedad a la norma" (*Normwidrigkeit*) y por ello "contrariedad a deber" (*Pflichtwidrigkeit*), op.cit.; pero si el Derecho subjetivo consiste en que una persona se encuentre obligada de un deber, es entonces

posiciones teóricas imperativistas, que concebían la construcción de un injusto favorecido por la teoría de la norma, por lo tanto no concebían en su planteamiento la admisibilidad de un injusto no culpable, pues sólo aquellos capaces de culpabilidad (*Deliktsfähigkeit*) podían cometer actos materialmente disvaliosos, entonces se construía una antijuridicidad propia para los sujetos inculpables.

Al concebirse la norma como un deber, el universo de destinatarios (*Adressatnormen*) se circunscribe a aquellos con capacidad de motivabilidad normativa, no obstante, se producía una confusión entre injusto y culpabilidad, delimitación que es concebida como el mayor logro de la moderna teoría general de la imputación.

Los bienes jurídicos pueden ser lesionados de igual o mayor magnitud, procedan o no de sujetos con capacidad de culpabilidad; la subjetivización con que se caracterizó al injusto a esta postura fue desplazada por un injusto de objetivación, que obedeció en gran parte a la necesidad de conceder al titular de un bien jurídico la defensa frente a una intromisión no autorizada, sea o no culpable.

La consideración actual es de concebir a la norma como un directivo de conducta, por ende, se considera como centro del juicio de la antijuridicidad, la producción de una situación -jurídicamente reprochable-, por lo que resulta indiferente que la acción antijurídica lesiva provenga o no de un sujeto culpable.

imposible que una acción u omisión no sea contraria a un deber. Produce entonces una fusión entre antijuridicidad y culpabilidad. Para este autor no existe un injusto objetivo, llega a posiciones coincidentes con los partidarios de la teoría de los Elementos Negativos del Tipo, para ellos la autorización no es más que un límite a la prohibición, por ello su texto no es una norma. Por lo tanto sólo los imputables son destinatarios aptos de las normas y sólo en situación de poder cumplir con el mandato, por ende, se produce una restricción en el universo de destinatarios de las normas. En cuanto a la Legítima Defensa, HOLD VON FERNECK anota "Si bien determinadas consecuencias jurídicas (como la imposición de medidas de seguridad, la responsabilidad civil, etc.), o la posibilidad de defenderse legítimamente pueden estar vinculadas a situaciones o comportamientos en los que está ausente la culpabilidad, ello no supone automáticamente aceptar que por esta razón estos hechos son objetivamente antijurídicos (sí puede haber una responsabilidad civil sin culpabilidad)". Considera inadecuado deducir la existencia de una antijuridicidad objetiva o no culpable del requisito de la agresión en la legítima defensa sea antijurídica, pareciese que conceptúa dos formas de antijuridicidad: una que sólo puede provenir de una acción culpable y otra de una acción de un sujeto inculpable. Este autor a diferencia de MERKEL que mantuvo en la legítima defensa un concepto objetivo al evaluar la ilicitud de la agresión y a diferencia de BELING que restringió el derecho de legítima defensa a las agresiones culpables, preceptúa que la agresión ilegítima que da lugar a la legítima defensa, el mismo concepto de antijuridicidad, por lo que sólo considera aceptable esta justificación frente a agresiones antijurídicas de imputables, pues, sólo se puede conceder autorización para lesionar derechos ajenos frente a acciones de personas responsables; *Rechiswidrigkeit*, II, pp. 122 y ss.; En su concepto de antijuridicidad sólo aquella procedente de una acción culpable es genuina antijuridicidad y ésta es la exigible en la legítima defensa, por ende contrario a la norma de deber.

La ilicitud viene determinada por la infracción de normas de determinación (mandatos o prohibiciones)¹⁶⁷³.

La justificante de Legítima Defensa no sólo se sostiene en función de la prevención general, sino encuentra su basamento basilar en la protección de los derechos fundamentales propios y de terceros.

Como bien apunta RUSCONI, negar este derecho implica el desarrollo de un concepto de antijuridicidad específico para la interpretación de las agresiones en el marco de la legítima defensa que incluya el carácter culpable de la acción¹⁶⁷⁴, más aún en la *praxis* será difícil negar la posibilidad de concreción de estos ataques. Lo importante es entonces establecer límites ante las agresiones de sujetos inculpables, sobre todo cuando provienen de niños, en principio se buscará la ayuda de la autoridad, si ello es posible antes que el enfrentamiento lesivo de bienes jurídicos del agresor¹⁶⁷⁵. Sólo si ello no fuera posible, quien ejerce la defensa podrá hacer uso de la legítima defensa, pero sólo desplegará una acción defensiva necesaria y proporcional para neutralizar el ataque del sujeto agresor¹⁶⁷⁶. Más allá de ello, la defensa no deberá inferir al agresor inculpable o que se halla en error un daño que éste fuera de proporción con la lesión que amenaza producirse¹⁶⁷⁷.

La Legítima Defensa no sólo encuentra su sostén legitimador en la prevalencia del orden jurídico, sino también del principio de autoprotección, pero éste deberá ajustarse a la necesidad y proporcionalidad cuando se trate de ataques antijurídicos procedentes de niños y enfermos mentales; habrá pues que exigir restricciones ético-sociales al derecho de defensa¹⁶⁷⁸.

1673 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*. II, cit., p. 216.

1674 RUSCONI; *La Justificación en el Derecho Penal*; op. cit., p. 81.

1675 RUSCONI; *Ibidem*.

1676 DONNA, E.A., niega la posibilidad de desplegar una defensa ofensiva ante agresiones de autores inculpables como niños, en los cuales ha de preferirse la huida del lugar de los hechos, en tanto sea posible. *Teoría del Delito y de la Pena*, 2., cit., p. 154; sin duda, ésta debe ser la primera opción de quien se encuentra ante la posibilidad de ser ilegítimamente atacado, pero cuando aquello ya no es posible, entonces se admite la posibilidad de desplegar la acción defensiva destinada a conjurar el peligro, obviamente proporcional y racional a la agresión que se pretende neutralizar; en base a estas aproximaciones podríamos señalar que ante agresiones procedentes de agentes inculpables nos encontramos ante una legítima defensa restrictiva; CUELLO CONTRERAS considera que si no cabe otro remedio para evitar ser víctima mortal de un enajenado, la legítima defensa está plenamente justificada. Lo único que se quiere decir en estos casos es que, a diferencia de lo que ocurriría con carácter general en lo referente a la "necesidad de la defensa", en estos casos será exigible que si el injustamente agredido pueda huir del agresor sin necesidad de dañarle gravemente, debe preferir huir; *El Derecho Penal Español*. Parte General, cit., p. 824.

1677 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 236.

1678 En ese sentido, ROXIN al reconducir la legítima defensa al principio de autoprotección,

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 sólo 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 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»¹⁶⁷⁹; bienes pertenecientes a una persona natural o persona jurídica, aunque no gocen de protección jurídico-penal¹⁶⁸⁰, (...) especialmente los derechos de rango constitucional¹⁶⁸¹; 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°).

Conforme lo anotado, 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

declarando como un tabú, en principio, el «ejercicio de la fuerza» por los particulares en tanto no sirva exclusivamente a la propia protección y limitándola con «restricciones ético-sociales» el derecho a la legítima defensa. Citado por MUÑOZ CONDE: *¿Legítima defensa putativa?*: op. cit., p. 184; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. MIR PUIG; cit., p. 459; RUSCONI op. cit., p. 80.

1679 Art. 920° del CC.

1680 CEREZO MIR; *Curso de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 219.

1681 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 504.

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».

En un estado democrático de derecho, el pilar del sistema se asienta en el principio de legalidad y en el principio de autoridad, por tanto no procede la legítima defensa en el caso de autorizaciones estatales que suponen privación o restricción de derechos fundamentales, v.gr., en el caso de una orden de detención legítima o en el ámbito de una acción judicial de desalojo, las lesiones que se causen a los custodios del orden no son premunidos con el alcance de la legítima defensa.

El supuesto de la toma de locales por parte de trabajadores, a fin de ejercer presión a sus demandas laborales, no puede darse tampoco la legítima defensa, en tanto la Constitución y la ley prevén los mecanismos para ejercitar dichas demandas; a menos que exista un riesgo inminente de lesión a un bien jurídico fundamental.

La Ley fundamental sólo reconoce el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional, pues como bien establece el artículo 46° de la Carta Magna, nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, no a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. Sin embargo, cabe precisar que los bienes del Estado sí pueden ser defendibles, en cuanto estén relacionados con intereses individuales, la entrega de víveres, alimentos y vestido a una comuna local en el marco de un estado de calamidad pública, puede ser también defendible por un particular cuando se ponga en riesgo la vida y salud de los pobladores¹⁶⁸².

En cuanto a la posible defensa de los bienes jurídicos «supraindividuales», la doctrina se encuentra dividida, sobre todo en el marco de los delitos ecológicos. Bustos, escribe que los derechos de las personas no pueden ser restringidos desde el concepto del bien jurídico, por lo que también son defendibles el derecho a un medio ambiente adecuado, a un consumo adecuado, etc¹⁶⁸³. Estos derechos de carácter social (que hoy tienden a aparecer configurados en el ámbito penal como bienes jurídicos colectivos), propios a un Estado

1682 Así, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 124; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 504.

1683 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 207.

social y democrático de derecho y al reconocimiento del sujeto como ser social, son de todos y cada uno¹⁶⁸⁴.

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"¹⁶⁸⁵, 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 afectados¹⁶⁸⁶; consecuentemente, no cabe la legítima defensa en el caso de los bienes jurídicos supraindividuales; cuya defensa se encomienda exclusivamente a los órganos estatales¹⁶⁸⁷.

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.

1684 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 207.

1685 Así, LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 596.

1686 En este caso para STRATENWERTH, sí será admisible la legítima defensa: *Derecho Penal...*, cit., p. 230.

1687 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 596.

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. El rol de buen ciudadano es de acudir siempre en defensa de sus congéneres ante agresiones ilegítimas; claro que en este caso no existe un deber de actuar, más aún cuando dicha conducta salvadora puede poner en un estado de riesgo los bienes propios de quien ejerce la defensa. En cambio, sí existe un deber de actuar cuando la garantía se establece en comunidad con instituciones sociales, como la familia, hasta el deber de soportar agresiones en defensa de los que están a su cuidado; en esta hipótesis debe excluirse el requisito de la falta de provocación suficiente, pues éste sale en defensa de un bien jurídico de otro; pero si sabiendo que el otro ha provocado la necesidad de la acción intencionalmente, y repele el ataque del provocado, no opera la legítima defensa.

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 alcance¹⁶⁸⁸. JAKOBS dice que la defensa está justificada para el ejecutante, es antijurídica para el cómplice¹⁶⁸⁹.

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.

1688 La justificación de la defensa se extendería al partícipe, si éste al momento de pasarle el cuchillo no advirtió la presencia del palo.

1689 Ejemplo citado por SANCINETTI; *Observaciones sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, cit. ps. 72-73.

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.

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 éste 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 Defensa¹⁶⁹⁰.

1690 Según la STS (Tribunal Supremo Español), la "necesidad racional del medio", debe ser entendida a partir de la proporcionalidad entre la lesión que el medio puede causar y la lesión que se quiere evitar, no debe darse necesariamente una proporcionalidad entre el daño causado con la defensa causada con la defensa del agresor y el daño que la agresión hubiera causado. La defensa será justificada no por su proporcionalidad sino por

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 impedirlo o repelerlo. 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*"¹⁶⁹¹.

su necesidad, para lo cual se debe utilizar un método Hipotético-Comparativo, *ex ante*, cuáles eran los menos lesivos para repeler el ataque. La doctrina hace referencia en esta justificante, sobre: "Límites Éticos", referidos a casos de desproporción exagerada entre el daño ocasionado por la defensa y el daño que hipotéticamente hubiese causado la agresión. Es un error exigir la proporcionalidad objetiva de los medios empleados. El medio empleado, al cual se refiere la norma, no es en términos absolutos sino relativos, sólo aquellos medios que según las circunstancias concretas, puedan ser empleadas para repeler la agresión, pues podría ser desproporcional, pero eso no conllevaría a señalar que se quebraría la racionalidad. Hecho distinto es el caso, por ejemplo, de matar por la espalda al ladrón que huye con el objeto material desapropiado, sería sin duda desproporcionado (Legítima Defensa Incompleta). La necesidad de defensa, surge cuando se muestra como imprescindible realizar una acción defensiva dirigida a repeler el ataque. Como bien afirma MUÑOZ CONDE, se le seguirá considerando como una justificante a pesar del error, si el autor actuaba dentro del riesgo permitido o conductas adecuadas socialmente, cree racionalmente que va a ser víctima de una agresión. Ejemplo: El dueño de su morada, que ve escalar a un individuo por los muros de su casa a altas horas de la noche, lo hiede en la pierna y resulta que era su vecino que se le había extraviado la llave.

- 1691 Mediante la dación de esta ley, el legislador intenta establecer determinados criterios valorativos para que los operadores de justicia incardinan sus criterios interpretativos engarzándolos con el sustrato teleológico de la Legítima Defensa. En consecuencia, ante la advertencia de encontrarse con un hecho típico, mas no antijurídico, por estar autorizado, la promoción e iniciación del procedimiento penal se califica como innecesario, por carecer el hecho típico de ser un verdadero Injusto penal, que pueda legitimar el impulso de la actividad persecutoria y sancionadora del *ius puniendi* por medio de la activación de un Proceso Penal. Para la consecución de tal cometido, se le confieren facultades discrecionales al representante del Ministerio Público a fin de abstenerse de ejercitar la acción penal a nivel de Investigación Preliminar o en su defecto abstenerse de formular la acusación o retirando la acusación ya formulada (art. 2° *in fine*, concordante con el art. 2° del Código Procesal Penal y arts. 220° y 274° del Código de Procedimientos Penales). En cuanto, al Juez Penal, éste ante la solicitud del imputado que alega haber procedido típicamente pero en forma justificada, podrá también abstenerse de aperturar instrucción (art. 77° del C de PP). Asimismo, si procede a aperturar instrucción, deberá imponer como medida coercitiva personal, comparecencia, siempre y cuando existan indicios válidos de legítima defensa (art. 3° *in fine*). De esta forma se confieren criterios valorativos al juzgador, amén de racionalizar la actividad persecutoria del Estado, a hechos que por su naturaleza justificada no merecen ser tratados en un proceso tan gravoso como lo es el Proceso Penal, asimismo por razones de economía procesal. En lo referido al mandato de comparecencia, lo estimamos acertado, pues nuestros jueces últimamente han estado actuando de forma inquisitiva al imponer discriminadamente el mandato de detención preventiva. El mandato de detención provisional sólo debe ser empleado como ultima ratio, puesto que sus efectos son en suma aflictivos a un bien jurídico de tanta importancia

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 causado¹⁶⁹².

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 20° 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 defensiva¹⁶⁹³. El defensor será el provocado y no el provocador¹⁶⁹⁴.

Para tal efecto, resulta necesario delimitar el concepto de «provocación» y de «provocación suficiente».

¿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,

como lo es la libertad: sus detractores consideran que su imposición vulnera el Principio de Presunción de Inocencia; consideramos que su utilización debe reservarse a circunstancias excepcionales en base a criterios de Necesidad y de Urgencia (*Fumus bonus iuris* y *periculum in mora*) cuando los fines del Proceso se encuentran en peligro en virtud de la incomparecencia del imputado (Ley N° 27379).

1692 Tal como lo hemos aseverado en este Capítulo, la proporcionalidad entre la agresión y el medio empleado no significaba un sentido de proporcionalidad en sentido estricto, tal como lo expone la siguiente ejecutoria anterior a la dación de la Ley N° 27936: "Para la configuración de la Legítima defensa, como causa de justificación, no se requiere que exista una proporcionalidad entre la agresión y el medio empleado para la defensa, sino que ésta sea racional. Por lo tanto actúa en un supuesto de legítima defensa el inculpado que repele el ataque mediante un disparo al aire y posteriormente dispara a la pierna de su agresor en tanto no tenía otro instrumento para defenderse". En: Exp. N° 1655-91-Junín; Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 3, Lima, 2000, p. 271.

1693 Así, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 221.

1694 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 242.

ayudar o mover¹⁶⁹⁵. 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 tentativa¹⁶⁹⁶.

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 agresora¹⁶⁹⁷, para que se afirme la concurrencia de la provocación suficiente, cuestión que será analizada renglones más adelante.

Ahora bien, la pérdida del derecho de defensa para el que es agredido ilícita mente está condicionada por una provocación que no necesita ser anti-jurídica pero que debe ser "suficiente"¹⁶⁹⁸, esto quiere decir, que la provocación sea suficientemente idónea para generar una reacción agresiva, que puede o no proceder de un agente culpable¹⁶⁹⁹, 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

1695 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 503.

1696 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 209.

1697 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 240.

1698 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 126; En contra CEREZO MIR, J.; para quien la provocación debe consistir en una acción u omisión ilícita; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 241.

1699 Así también, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 126; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 241-242.

dicho derecho subjetivo, pues no concurre el presupuesto de "agresión ilegítima", a lo más una disminución del grado cuantificable de culpabilidad¹⁷⁰⁰.

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)¹⁷⁰¹.

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 defensa¹⁷⁰².

Sin embargo, concurre la denominada «provocación intencional», cuando el agente provocador dirige su conducta a generar una 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 aprovechable¹⁷⁰³, por lo que se pierde el derecho a la legítima defensa¹⁷⁰⁴. 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 interna¹⁷⁰⁵.

1700 ASÍ, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., ps. 209-210.

1701 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 127.

1702 ASÍ, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 242.

1703 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 503-504.

1704 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 127; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 237.

1705 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 614.

Conforme lo anotado, 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 gravosos 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 resultado¹⁷⁰⁶.

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.

Provocación suficiente, para COBO-VIVES, ha de significar la que disculpe la agresión, con lo cual se obliga a soportar la agresión a quien culpablemente lo haya producido a fin de evitar un criterio versarista¹⁷⁰⁷.

Conclusivamente, resulta necesario no haber provocado la situación agresiva para poder beneficiarse con la Legítima Defensa, quien se defiende no debe haber creado la situación¹⁷⁰⁸.

2.4. Legítima Defensa Imperfecta

Toma lugar, cuando no concurre alguno de los presupuestos expuestos en líneas anteriores, es por ello, que en aplicación del artículo 21° del CP, el juzgador tiene la facultad discrecional de rebajar prudencialmente la pena, cuando no pueda apreciarse la eximente completa, tomando en consideración en todo caso el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

2.5. Riña Mutua

Se niega la posibilidad de Legítima Defensa; en el caso de una riña consensuada y concertada, no se justifica la compensación en Derecho Penal, el ciudadano no puede irrogarse el derecho de realizar el derecho de propia

1706 MUÑOZ CONDE, F., y otro; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 340.

1707 Citado por PEÑA CABRERA, R.; *Estudio Programático de la Parte General: Derecho Penal*, cit. p. 388.

1708 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).

mano¹⁷⁰⁹, ambos contendores se ponen al margen del Derecho, por lo que renuncian a la protección del ordenamiento positivo¹⁷¹⁰.

En este caso, cada uno de los contendores será autor de su respectiva acción típica, dependiendo del grado de responsabilidad atribuible.

2.6. Legítima Defensa Putativa

La «legítima defensa putativa», ha de apreciarse cuando una persona cree, con cierto fundamento, que va a ser objeto de una agresión, por lo tanto despliega una defensa violenta contra el presunto atacante, que finalmente no lo es.

Para MUÑOZ CONDE es la defensa que se utiliza para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente existente¹⁷¹¹. Al igual que en una Legítima Defensa Real, en la Putativa también puede configurarse un exceso en el despliegue de la acción defensiva ante un ataque sólo imaginario (*Putativ Notwehrexzess*), sea por confusión, pánico o miedo, pues éste traspasa los límites que se hubieran dado en caso de una defensa real.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el hecho de utilizar una acción defensiva ante una agresión sólo imaginaria no puede tener efectos justificantes, la justificación reposa sobre una base objetiva real, más no imaginaria.

Dicho lo anterior, el presunto agresor tiene el legítimo derecho de defenderse por medio de la Legítima Defensa. Ante tal contexto, el presunto defensor (putativo) es declarado exento de responsabilidad criminal, producto de su razonable y fundado error en el cual incurre, por lo tanto, el reproche culpable arroja un déficit de motivabilidad normativa en virtud de la situación excepcional en la cual se ve envuelto el presunto defensor¹⁷¹².

1709 Caso distinto, es aquel en el cual un sujeto se ve envuelto en una gresca colectiva, la cual no la ha provocado y ha sido involucrado por casualidad o para defender a alguien de estrecha vinculación. En suma, a aquel que no le quedó más remedio en virtud de las circunstancias concomitantes en concreto.

1710 Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 243-244; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 614.

1711 MUÑOZ CONDE, ¿*Legítima Defensa Putativa?* - *Un caso límite entre Justificación y Exculpación*. En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. J.M. SILVA SANCHEZ / B. SCHÜNEMANN/ J. DE FIGUEIREDO DIAS. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN con ocasión de su doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, 1995, pp. 183 y ss.: La legítima defensa putativa debe diferenciarse del exceso en la utilización de la misma (*Notwehrexzess*), pues en esta situación sí existe una verdadera agresión ilegítima, pero quien ejerce la acción defensiva se excede en el ataque que despliega, es en definitiva desproporcional al ataque que pretende neutralizar.

1712 En la legítima defensa putativa se produce una inversión de roles: el defensor putativo es

Según la «teoría estricta de la culpabilidad», la acción de quien cree actuar amparado bajo una causa de justificación sería antijurídica, pero sería declarado como un Injusto no culpable, por ende, quien es agredido en base a este error puede utilizar la Legítima Defensa contra el presunto defensor. Distinta es la resolución a la que llegan los partidarios que consideran a los elementos constitutivos de las causas de justificación como elementos negativos del tipo, que los tratan como un Error de Tipo, es decir, como un error que incide sobre la propia configuración típica del delito. Siguiendo esta postura, el presunto agresor no podría hacer uso de la Legítima Defensa ante un ataque antijurídico. El error inevitable se convertiría en atípico, asimismo tampoco sería punible la conducta del tercero interviniente (cómplice o inductor), aquello quedaría impune en virtud del principio de Accesoriedad Limitada.

El error conforme a la «teoría Estricta de la Culpabilidad», desde un punto de vista valorativo, el error sobre un elemento objetivo, presunta agresión, se diferencia de otros errores sobre elementos fácticos de la tipicidad¹⁷¹³. Por consiguiente, quien cree erróneamente que se está defendiendo y mata a otra persona, sabe pues lo que está haciendo, actuará por tanto intencionalmente (dolo), cree actuar justificadamente, es decir, conforme a Derecho.

Siguiendo el hilvanado de las ideas, se infiere que la legítima defensa putativa nunca podrá detentar efectos justificantes, pues ésta necesita imperiosamente ampararse sobre una base objetiva real, a lo más despliega efectos disculpantes, siempre y cuando sea racional y fundada.

Los elementos de «racional» y «fundada» para que puedan tener valor probatorio, deben ser estimados objetivamente, tomando como referencia a la situación en concreto, no en base a una representación meramente subjetiva. Lo razonable es lo que hubiera hecho una persona normal incurso en las mismas circunstancias concomitantes.

A fin de evitar el arribo a soluciones incoherentes, producto de una profusa subjetivización en la creencia errónea del estado en cuestión, se estima coherente establecer valoraciones objetivas a lo razonable en base al baremo de una persona normal desde una perspectiva *ex ante* a lo cual habrá que incluir como dice MIR PUIG, las facultades y conocimientos individuales del sujeto¹⁷¹⁴.

2.7. Defensa Putativa

Aquella únicamente existe en la mente de quien cree defenderse; en esta hipótesis acontece una divergencia entre la realidad y la percepción subjetiva,

en realidad el agresor, y el agresor putativo es en realidad el verdadero defensor.

1713 MUÑOZ CONDE, F.; cit., p. 189.

1714 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, p. 453.

error que sólo puede llevar a tener efectos disculpantes, pero no eliminan su naturaleza antijurídica.

En palabras de MUÑOZ CONDE, una equiparación de la defensa putativa con la real conduciría a una subjetivización incompatible con el carácter objetivo de la misma (...) y podría producir una confusión entre antijuridicidad y culpabilidad, cuya separación constituye hoy en día la base de la moderna teoría general del delito¹⁷¹⁵. Su confusión llegaría a negar la posibilidad de utilización de la Legítima Defensa por parte del presunto agresor, lo cual sería una arbitrariedad, pues el fundamento axiológico de la Legítima Defensa descansa sobre una real "agresión ilegítima", pero como bien anota LUZÓN PEÑA, ante un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, el tercero podrá hacer uso del Estado de Necesidad¹⁷¹⁶.

La legítima defensa putativa detenta una base meramente subjetiva, que adolece de una base objetiva real, lo cual conduce a descartar su naturaleza justificante, genera responsabilidad civil y admite la participación punible de terceros participantes.

En el contexto de una sociedad sucumbida por una escalada galopante de violencia, producto de la escalada de la pequeña y mediana criminalidad, que en su ilícito accionar no dudan en lesionar y en poner en peligro los bienes jurídicos preponderantes, como la vida, la integridad corporal y la libertad; han producido un estado de zozobra e inseguridad para los miembros de nuestra sociedad.

Se ha generado una especie de "psicosis colectiva" -que en determinadas situaciones-, pueden hacer reaccionar violentamente al ciudadano más apacible, en circunstancias donde la agresión no es real, pero fundadamente llevaron al error, y en otros casos la agresión sólo se encontraba en la mente del supuesto agredido. Son todas estas variables que deberán ser apreciadas y estimadas por el juzgador al momento de valorar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación o si estamos frente a una Defensa Putativa que sólo puede llevar a la exclusión de pena como causa disculpante.

La utilización de la Legítima Defensa en una sociedad democrática necesita de limitaciones, y estos límites vienen informados por criterios de proporcionalidad y necesidad, así como apunta ROXIN, de valoraciones ético-sociales en el ataque de niños y enfermos mentales¹⁷¹⁷.

1715 MUÑOZ CONDE, F.; cit., p. 196.

1716 Citado por MUÑOZ CONDE; "El Error sobre Causas de Justificación", en La Ley, 1989, 3.: op.cit., p. 197.

1717 ROXIN; "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", traducida por F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972, cit., p. 60; en ese sentido, SCHÜNEMANN al señalar que la aplicación regulativa en el

El uso de la legítima defensa no puede significar, de ningún modo, la incubación de una justicia privada, aquello significaría un retroceso oscuro hacia una sociedad salvaje y antidemocrática; la mayor conquista del derecho penal liberal fue su humanización y civilización, producto de la delegación del *ius puniendi* a un ente jurídico y políticamente organizado que es el Estado.

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

ámbito configurativo social debe producirse por medio de las limitaciones ético-sociales de la propia Legítima Defensa, sobre la base de la necesidad de la defensa: la función de delimitación de *Injusto* y *Culpabilidad*, cit. p. 233.

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 jurídicos¹⁷¹⁸. Siendo así, es el interés preponderante el fundamento esencial sobre el cual reposa el estado de necesidad justificante¹⁷¹⁹.

1718 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 249.

1719 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 246; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 132; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 183.

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 inherente¹⁷²⁰. Lo que determina la exclusión de la anti-juricidad es, según este punto de vista, la necesidad de lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado¹⁷²¹.

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 social¹⁷²².

El «estado de necesidad justificante», es producto de un conflicto de bienes jurídicos de distinto valor jerárquico; cuantificación valorativa que surge por la prelación que dichos bienes detentan -tanto desde un punto de vista social como jurídico-, a diferencia, del estado de Necesidad Disculpante que opera ante el conflicto de intereses jurídicos de igual valor.

El «Estado Justificante» importa el hecho que, en una valoración global, ha de ser conceptuado como jurídicamente correcto (el momento del disvalor queda excluido); en cambio, el Estado Inculpable, al tratarse de bienes del mismo valor, no podrá ser considerada la acción como «lícita», pero, por razones de prevención especial y por criterios político-criminales el Estado renuncia a la imposición de una pena, diferenciación que no es en realidad pacífica en la doctrina.

Ahora bien, sobre la ubicación sistemática y naturaleza jurídica del estado de necesidad, se han adoptado dos teorías:

- a. La teoría diferenciadora y,
- b. La teoría de la unidad o unitaria.

La adopción de una u otra tiene significativas repercusiones en una serie de aspectos de la dogmática jurídico-penal; pues si se sigue, la primera de ellas, resultará que en el caso del estado de necesidad disculpante, los partícipes del hecho disculpante no se benefician con la exención punitiva, al tratarse de una causa supresora de pena -de alcances estrictamente personales- (artículo 26°); así también, el titular del bien jurídico ofendido en el estado de necesidad disculpante sí está facultado en ejercer actos de acción defensiva, a diferencia del estado de necesidad justificante, que no permite que el titular del bien lesionado

1720 RUDOLPHI, H. J.; *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, cit., p. 88.

1721 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 128.

1722 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 216.

pueda realizar actos de defensa agresiva. A lo que debe agregarse el error sobre los presupuestos de un estado justificante o disculpante¹⁷²³.

LUZÓN PEÑA, partidario de la teoría unificadora, señala que el fundamento de la justificación del estado de necesidad parte de la compatibilización de la misión del Derecho de proteger bienes jurídicos con una situación de peligro y de conflicto en que no pueden salvar todos, y ahí entran en juego la ponderación de intereses y la inexigibilidad general¹⁷²⁴, por lo que se lleva a un mismo plano valorativo la inexigibilidad de otra conducta con la ponderación de intereses jurídicos. MIR PUIG, coincidente de esta postura, anota que el estado de necesidad exculpante ha de tratarse conforme al miedo insuperable¹⁷²⁵.

Bustos, realiza una cerrada defensa en pos de la teoría de la diferenciación. El plantear la unificación en la culpabilidad significa que cualquiera puede ejercer legítima defensa en contra de quien pretende salvar un bien muy valioso, su vida, por ejemplo, a costa de un bien muy inferior, utilización por la fuerza de un bote, que con ello queda semidestruido¹⁷²⁶.

Ciertamente, afirmar la teoría de la unificación en la culpabilidad, sería afirmar que el derecho es indiferente frente a los propios bienes jurídicos que protege, sería una contradicción con toda la teoría del injusto¹⁷²⁷. Significa, en nuestras propias palabras, desmontar toda la construcción teórica-conceptual, sostenido sobre el principio de jerarquía, donde la vida siempre debe estar por encima del patrimonio, donde el titular del bien en el estado de necesidad disculpante tendría que soportar la agresión de quien también desea salvar su vida; lo que escapa a toda lógica; así también al asumir la opción inversa.

En cuanto a la responsabilidad civil, queda claro que en el «estado de necesidad disculpante», quien ejerce la acción agresora no queda exonerado de dicha responsabilidad, pues el injusto penal queda intacto, así como la contrariedad al resto de parcelas del orden jurídico. Si bien en el caso del estado de necesidad, tampoco queda exonerado de la responsabilidad civil, siempre y cuando sea el bien de un tercero inocente, esto obedece a otros motivos, que evidentemente no parte de la tesis de la unidad del ordenamiento jurídico, tal como se sostuvo en el apartado correspondiente.

En las causas de justificación (preceptos permisivos) el Derecho autoriza, permite, cuando se dan ciertas circunstancias, la realización de la conducta típica, y si ello es así es porque en dichas circunstancias se valora

1723 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 512-513.

1724 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 622.

1725 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 506 y ss.

1726 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 214.

1727 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 214.

positivamente¹⁷²⁸; situación que no sucede en el caso del estado de necesidad disculpante.

El estado de necesidad disculpante, contrariamente a lo que dijo antes, no se basa fundamentalmente en un defecto de motivación normativa, sino en el reconocimiento de la estructura defectuosa del hombre, para con la motivación normativa, de no exigir la realización de conductas heroicas, pues el Derecho penal es un instrumento de ordenación positiva dirigido a regular conductas de seres imperfectos; empero estos comportamientos no pueden de ningún modo ser justificados, sino sólo disculpados.

Por consiguiente, cuando se trata de bienes jurídicos de diverso rango valorativo, hacemos hincapié al estado de necesidad disculpante y no al justificante¹⁷²⁹.

El art. 20º inc. 4, reza así: *"El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo..."*.

Al preceptuarse que el peligro debe ser actual e insuperable de otro modo, quiere decir, que el autor debe haber agotado todas las alternativas que estaban a su alcance para poder finalmente decidirse por la lesión del bien jurídico, perteneciente a un tercero.

En cuanto a conjurar dicho peligro de sí o de otro, será aquella acción destinada a evitar la afectación de un bien jurídico del cual se es titular o de otro.

Puede afirmarse, entonces, que el «estado de necesidad justificante», se presenta cuando el agente realiza una conducta típica con la finalidad de proteger un derecho propio o ajeno de una amenaza o daño actual o inminente, produciendo en tal empeño una lesión de menor gravedad que la impedida en los bienes jurídicos de otra persona, siempre y cuando no pueda acudir a otra vía distinta y no esté obligado jurídicamente a afrontar el trance o haya sido provocado por él¹⁷³⁰.

Dicho de otro modo: *el estado de necesidad justificante surge cuando un bien jurídico de mayor jerarquía es amenazado de ser lesionado -de forma inminente y actual- por lo que no cabe otro remedio que realizar una acción lesiva sobre el bien de menor rango valorativo, a fin de conjurar el peligro, conducta que puede realizarse a fin de salvar un bien propio o de un tercero.*

1728 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 264.

1729 ASÍ, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal*. cit., p. 216; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., ps. 132-133; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 260; Cortés de Arabia, Ana María: *Causas de Justificación*, cit., ps. 438-439.

1730 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p.

Cumplidas dichas condiciones, el orden jurídico aprueba el sacrificio de un bien jurídico a costa de otro, a cuyo titular se le impone el deber de soportar el daño¹⁷³¹, que se le ha denominado también "deber de solidaridad recíproca"¹⁷³², a diferencia de lo que sucede en el ámbito del estado de necesidad disculpante, donde el titular del bien puede realizar actos de legítima defensa en tutela de su vida, salud o libertad.

A diferencia de lo que sucede con la Legítima Defensa, el «Estado de Necesidad Justificante» tiene un ámbito de aplicación más extenso, por cuanto no exige la concurrencia de los presupuestos de la primera, v.gr., no requiere de una agresión ilegítima, sino que responde a un criterio general de «ponderación» y «proporcionalidad», que rige la actuación de la conducta humana en las múltiples interacciones sociales, todo lo cual deberá analizarse en el caso concreto, entre el mal causado y el evitado.

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 salvadora¹⁷³³.

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 absoluto¹⁷³⁴; esta última declaración resulta relevante, en orden a racionalizar la concurrencia de esta justificante, a un verdadero «estado de necesidad».

Conforme a lo anotado, 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

1731 POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 228.

1732 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 128.

1733 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 620.

1734 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 246.

mediante una ponderación de bienes jurídicos, que va a desencadenar el sacrificio del bien menor en salvaguarda.

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 protegido¹⁷³⁵; poco importa, sin embargo, la intensidad del riesgo¹⁷³⁶.

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 (...) ¹⁷³⁷; sin embargo, en el caso del “auxilio necesario” si el mal fue provocado por el titular del bien, y aún 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 amenazado¹⁷³⁸, más si se admite si fue creado por un obrar negligente¹⁷³⁹.

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 anima-

1735 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 623.

1736 HINOSTROZA PARIACHI, César; *Manual de Derecho Penal*. APECC, marzo del 2006, Lima, cit., p. 174.

1737 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español, II*, cit., p. 284.

1738 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 128.

1739 Así, LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 104.

les¹⁷⁴⁰; en el caso de la legítima defensa el peligro de lesión siempre proviene del hombre (agresión ilegítima)¹⁷⁴¹.

Para que pueda hablarse de un estado de necesidad es preciso que la producción sea inminente¹⁷⁴², 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(...) ¹⁷⁴³; 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 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 aborto¹⁷⁴⁴.

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

1740 Así, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 128; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 217; POLITOFF L. S. y otros: *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 229; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 516.

1741 Así, LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 104.

1742 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 246; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 217.

1743 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 514-515.

1744 Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 247.

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 cuestión¹⁷⁴⁵; 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 órgano¹⁷⁴⁶; (...) *no procede, entonces*¹⁷⁴⁷, 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 positivo¹⁷⁴⁸.

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.

1745 Así, LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 105; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 217; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 250; LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., ps. 630-631.

1746 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 250; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 129.

1747 Las cursivas son mías.

1748 ROXIN, C.; *Derecho Penal...*, T. I., cit., p. 483.

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".

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 peligro¹⁷⁴⁹; 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

1749 Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 259; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 220.

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 sólo quedará justificado si se preserva el interés "esencialmente" preponderante, salvando el bien jurídico de rango superior, evitando la lesión más grave o el peligro mayor¹⁷⁵⁰.

Debe partirse de la relación jerárquica de los bienes jurídicos en juego, es decir, de los bienes jurídicos que colisionan¹⁷⁵¹, (...) sólo el bien jurídico de menor valor puede ser sacrificado para la manutención de uno de mayor valor¹⁷⁵².

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 reparabilidad¹⁷⁵³.

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 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 social¹⁷⁵⁴.

También juega un rol la procedencia del mal, si tiene su origen en el propio bien que se va a sacrificar (caso de aborto terapéuticos)¹⁷⁵⁵; lo que interesa, por tanto, es tomar en consideración no sólo 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 jurí-

1750 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 249.

1751 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 129.

1752 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 132.

1753 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 276-277.

1754 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 129.

1755 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 218.

dicos 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 improcedente, 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 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 tráfico¹⁷⁵⁶; 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 sólo de la agresión y el bien jurídico, sino de la especial vinculación de éste con su autor¹⁷⁵⁷.

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 mal¹⁷⁵⁸.

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.

Como toda Causa de Justificación, el «Estado de Necesidad Justificante», para poder legitimar su actuación en la realidad social, necesita de un sustento

1756 En ese sentido, RUSCONI; *La justificación en el Derecho Penal*, cit. p. 106.

1757 Ibidem.

1758 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho Penal*, Ariel. Barcelona, 1984. p. 217.

político -criminal, y este sustrato legitimador viene definido por la necesidad de salvaguardar los bienes jurídicos preponderantes, cuantificación que procede de un juicio social y jurídico a la vez.

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 peligro¹⁷⁵⁹, 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 ajeno¹⁷⁶⁰.

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.

1759 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 217.

1760 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 275.

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 justificada¹⁷⁶¹.

Si a la inversa, el autor supone erróneamente la existencia de los presupuestos objetivos del estado de necesidad (estado de necesidad putativo¹⁷⁶²), se halla en error sobre la antijuridicidad de su hecho; regirán las reglas para el error de prohibición¹⁷⁶³, 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.

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 obliga-

1761 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 254.

1762 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 517.

1763 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 133.

dos 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 obligados¹⁷⁶⁴.

Conforme lo anotado, en situaciones de extrema necesidad, estas personas no pueden lesionar un interés jurídico de menor rango, a fin de salvar sus propios bienes¹⁷⁶⁵. La exigencia se sustenta en la especial función social que estas personas desarrollan bajo el marco de un Estado Social de 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"¹⁷⁶⁶.

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 necesidad¹⁷⁶⁷.

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 costa¹⁷⁶⁸.

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* sólo lo haya incluido en el estado de necesidad disculpante. No puede pedirse sin mas 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 dificultosa; estas exigencias no son absolutas, los límites habrá que encontrarlos en cada situación en concreto.

1764 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 632.

1765 Así, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 130; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 251; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 219.

1766 PEÑA CABRERA, R.; Cfr.

1767 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 288.

1768 CÓRTEZ DE ARABIA, Ana María; *Causas de Justificación*, cit., p. 441.

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 CARGO¹⁷⁶⁹

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 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; entendiendo ello, de que el ejercicio de cualquier libertad –contenida y consagrada- en la Ley

1769 Lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la Ley N° 27936, extiende su ámbito amplificador a esta justificante dentro de lo que corresponda. Al respecto ver *infra* Legítima Defensa.

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. Obrar por Disposición de la Ley

Bajo determinadas circunstancias, el orden jurídico obliga a determinadas personas (*funcionarios y servidores públicos*), a realizar una acción u omisión, constitutiva de un tipo penal o se le confiere el Derecho a realizarlo, en mérito a una autorización propia del principio de legalidad; en tal merced, no pueden ser consideradas como Antijurídicas: «Deber de acatar determinadas órdenes» o la realización de actos de intervención, en el ámbito de los bienes jurídicos de los ciudadanos.

Es del propio tenor de la Ley, que surgen las potestades de coacción que asumen ciertos funcionarios públicos en el ejercicio de la actuación pública; es la legalidad aplicable, que confiere intrusiones en el contenido de los derechos fundamentales.

Desde luego, para poder concebir esta hipótesis justificante es indispensable la existencia de un deber consagrado en la ley, jurídico, y no de carácter moral, y, que el agente cumpla una serie de exigencias, tanto de índole objetiva como subjetiva (...) ¹⁷⁷⁰. Es diferente a la obediencia debida, ya que aquí el deber no surge de las relaciones de subordinación a un superior, sino en relación al ordenamiento jurídico directamente (así, por ejemplo, la obligación de testificar) ¹⁷⁷¹.

Conforme lo anotado, de la ley se deriva el derecho de intervención, pero estas potestades no pueden ejercerse de forma puramente discrecional, en la medida que el orden legal no le emite un cheque en blanco a los funcionarios para que puedan realizar las intervenciones a su libre arbitrio: si fuese así, el contenido material de los derechos fundamentales quedaría vacío de contenido, lo cual es impensable en un orden democrático de derecho.

De tal forma, los derechos de intervención deben seguir con estrictez los presupuestos que regulan su aplicación, como medio de interdicción de la arbitrariedad pública ¹⁷⁷².

La relación de subordinación bajo la soberanía del Estado no autoriza a quienes ejercen tal poder, cualesquiera injerencias discrecionales en los bienes jurídicos de los que están sujetos a esa soberanía ¹⁷⁷³; aquellas intervenciones estatales que desbordan el ámbito de la legalidad no recalán bajo este precepto permisivo; por ello, los abusos, los casos de desviación de poder, los excesos que escapen a la competencia del funcionario, no quedan cobijados por la eximente ¹⁷⁷⁴, (...) aunque el sujeto actúe cumpliendo un deber de rango superior o igual en el ejercicio legítimo de un derecho su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana ¹⁷⁷⁵.

Las obligaciones de testificar o de dictaminar, en el caso de los funcionarios públicos, son acciones, que *per se* entrañan comportamientos que pueden ser considerados como imputaciones deshonrosas o injuriantes. Si bien es cierto que concurre una voluntad deliberada en su conducta, ésta es típica pero no antijurídica, porque se realiza en el ámbito del ejercicio de un deber o cargo, siempre y cuando concorra el ánimo subjetivo específico, es decir, el autor obra impulsado por el cumplimiento del deber que le asiste; a tal efecto,

1770 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 469.

1771 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 225.

1772 ASÍ, CORTÉS DE ARABIA, A.M.; *Las Causas de Justificación*, cit., p. 453.

1773 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 255.

1774 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 472.

1775 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 291.

los posibles excesos en que se pueda incurrir no son cubiertos por esta justificante en cuestión.

Se postula en la doctrina que estas justificantes operan de forma subsidiaria o residual, ante la concurrencia de la Legítima Defensa o del Estado de Necesidad, de forma residual se podría decir, lo que no es tanto así, al advertirse autorizaciones legales, que en puridad, operan en una serie de esferas de actuación pública, tanto en lo que respecta a las instituciones que funcionan en el aparato público de la Administración Pública como de la Administración de Justicia.

Si el Derecho obliga a sus ciudadanos a la realización de una determinada actuación, hacer caso omiso a la orden podría implicar la comisión de un delito, y ante tales actuaciones no resulta admisible la Legítima Defensa.

El obrar por disposición de la ley se diferencia de la Obediencia Debida, en virtud de que en aquél, es inexistente la subordinación a un superior, sino que emana directamente del ordenamiento jurídico. Ejemplo: La obligación de testificar.

En el ámbito de la persecución penal estatal, se realizan una serie de actos de injerencia sobre los derechos fundamentales, cuya licitud reposa esencialmente en la necesidad de preservar el interés social en la persecución del delito y en la realización de la Justicia como deber irrenunciable en un orden democrático de derecho¹⁷⁷⁶.

La eficacia misma de la persecución penal está condicionada a la imposición de medidas limitativas de derechos fundamentales y al dictado jurisdiccional de medidas de coerción procesal, tal como se desprende del glosario de normas comprendidas en el nuevo CPP (Decreto Legislativo N° 957 del 29/07/04); sin embargo, su dictado debe ejecutarse en estricto cumplimiento de los presupuestos y requisitos que se comprenden en sus disposiciones aplicativas, por lo que su desborde legal supone de entrada la configuración de un ilícito *funcionario* o la perpetración de un delito común.

Por lo expuesto, son los principios rectores del Derecho Procesal Penal de conformidad con el marco jurídico-constitucional, los que condicionan la legitimidad de la intervención de la persecución penal en los derechos y libertades fundamentales del imputado, su afectación supone entonces, el carácter arbitrario e irrazonable de la medida, por lo tanto, su ilegitimidad¹⁷⁷⁷.

1776 Así, HIRSCH, H.J.; *Adecuación Social y Teoría del Injusto*, cit., p. 52.

1777 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Rodhas, Lima, 2006, cit., p. 528.

Es sabido que las agencias de persecución penal, se encuentran –legalmente autorizadas–, para proceder a la injerencia en los derechos fundamentales de los sospechosos; importa una tensión latente entre la libertad personal de quien se presume jurídicamente inocente con el interés en la sociedad, de quienes han vulnerado los bienes jurídicos más preciados, sean perseguidos y debidamente sancionados penalmente. Bajo tal premisa, la ley procesal penal y la Constitución, atribuyen ciertas facultades a la policía, al Ministerio Público y al Poder Judicial, para proceder a detener preliminarmente (provisionalmente) a un sospechoso (imputado), pero para ello, deben de concurrir los presupuestos –formales y materiales–, que la normativa exige para su adopción¹⁷⁷⁸, que en principio debe ser acordada por el Juez penal competente, en cuanto a una resolución judicial debidamente motivada.

Sólo en el caso de *delito flagrante*, los efectivos policiales están autorizados a detener a un sospechoso –de haber cometido un crimen–, según lo dispuesto en el literal f. inc. 24) del artículo 2º de la Ley Fundamental, concordante con el artículo 259º del nuevo CPP¹⁷⁷⁹; de manera que si los funcionarios mencionados no se sujetan rigurosamente a dichos presupuestos, pueden estar incurso en delito de Abuso de Autoridad. No obstante, debe decirse que en el caso de que el agente sea el juzgador, el comportamiento prohibido ha de desplazarse a la tipificación penal propuesta en el artículo 419º del CP – Detención ilegal o arbitraria, en mérito al principio de especialidad.

Habrà que señalar, entonces que detención arbitraria, será toda aquella que se impone sin concurrir los presupuestos que legitiman su adopción, cuando el funcionario que la dicta rebasa el contenido normativo que regula su imposición, ante una detención que sobrepasa los límites fijados por la ley así también cuando la detención permanece en el tiempo pese a haberse desvanecido los motivos que justificaron su dictado (*rebuc sic stantibus*)¹⁷⁸⁰. Cuando no concurren las razones que otorgan validez a la medida de coerción procesal.

A decir, de Bovino es evidente que el concepto de “detención arbitraria” no es un concepto cerrado, sino, por el contrario, es un principio que opera cuando, a pesar de estar cumplidos los requisitos constitucionales y legales, se verifica alguna circunstancia incompatible con los derechos y garantías protegidos en la Convención Americana. Ello sucede, por ejemplo, cuando el motivo que funda la detención no se vincula a requisitos lícitos, sino a cualquier otra razón ilegítima

1778 Artículo 135º del CPP de 1991, concordante con el artículo 268º del nuevo CPP.

1779 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, T. II, cit., Ps. 65-68.

1780 Vide, al respecto, MIRANDA ESTRAMPES, M.; *aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales*, cit., p. 29.

—vg.r., persecución de adversario político¹⁷⁸¹. Casos en los cuales el funcionario público sustituye a la ley, empleando razonamientos y/o motivos que no se ajustan a la ratio de los presupuestos que informa la normatividad aplicable.

La Convención Interamericana ha dado el siguiente concepto, en el Caso 10.247 y otros (Perú)¹⁷⁸²: *“Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley, la Comisión ha señalado también que la detención para fines impropios es, en sí misma, un castigo o pena que constituye una forma de pena sin proceso o pena extralegal que vulnera la garantía del juicio previo”*.

El artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; lo que importa un abuso del poder, cuando el funcionario hace de su competencia funcional el servil medio para la realización de su voluntad personal, sobreponiéndola sobre la voluntad general que debe servir la ley, sosteniendo su resolución bajo motivos carentes de toda razonabilidad y/o proporcionalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 1091-2002-HC/TC (Considerando 19), en cuanto a la debida motivación de las resoluciones judiciales que decreta la detención preventiva, ha sostenido lo siguiente: *“Dos son, (...), las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser “suficiente”, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser “razonada”, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podrá evaluarse si es arbitraria por injustificada”*.

En la ejecutoria recaída en el Exp. N° 3425-96-Lambayeque, se expone que: *“Al haber los efectivos policiales privado arbitrariamente de su libertad por más de 24 horas al agraviado, sin haber sido puesto oportunamente a disposición de la Fiscalía de turno conforme a ley, se ha acreditado el delito y la responsabilidad penal del acusado”*¹⁷⁸³.

1781 BOVINO, A.; *La libertad personal en el sistema interamericano*. En: Justicia penal y derechos humanos, Editores del puerto srl., Buenos Aires, 2005, cit., p. 70.

1782 Citada por BOVINO, A.; *La libertad personal en el sistema interamericano*, cit., p. 72.

1783 ROJAS VARGAS, F.; *Jurisprudencia Penal*, cit., p. 632.

A tal efecto, la privación de libertad -vía detención preliminar o prisión provisional- son conductas típicas pero lícitas, siempre y cuando se ejecuten de conformidad con las disposiciones legales vigentes, acto de coerción y de coacción, que sólo legitima la privación de la libertad y el ejercicio de la fuerza pública suficiente para reducir la posibilidad de escape del supuesto infractor, mas no queda comprendida en ella, el despliegue de una violencia innecesaria, rige en este caso el principio de proporcionalidad¹⁷⁸⁴.

La nueva codificación procesal, nos trae consigo una figura nueva en el ámbito de la aprehensión de sospechosos de haber cometido un hecho punible, concretamente el Arresto Ciudadano (artículo 260° del NCPP)¹⁷⁸⁵, que confiere al ciudadano proceder a la detención de un sospechoso, cuando a falta de un efectivo policial, no quede más remedio que retener al agente y, ponerlo a disposición de la Jefatura policial más cercana, aprehensión que deberá sujetarse a los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad.

El CP nacional, tipifica el delito de secuestro en su artículo 152°, advirtiéndose de su constitución típica se advierte una supuesta superposición de las causales de atipicidad con las de antijuridicidad, cuando el tipo en cuestión establece que será reprimido el que sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro (...); descripción normativa que no puede llegar al equívoco de catalogar a la privación de libertad -bajo facultad justificada- como una causal de tipicidad, pues como bien se ha sostenido con seguridad, estas intervenciones en el ámbito del Derecho público son auténticas causas de justificación (obrar en disposición de la Ley).

Por consiguiente, las privaciones de libertad y los allanamientos de morada llevados a cabo en el marco del ejercicio lícito de un cargo o función públicos constituyen auténticos casos de justificación¹⁷⁸⁶.

El sujeto debe saber que actúa obligado por una disposición legal para que opere la eximente, debe haber tomado conocimiento -de forma previa- que cuenta con una autorización de intervención.

En los mandatos de detención, que es una medida de carácter coercitiva de injerencia en la persona del imputado, entra en colisión el bien jurídico: "libertad" con el deber del policía de detener a presuntos sospechosos, en el caso de los delitos de Terrorismo y Narcotráfico, en los cuales la Constitución y las leyes

1784 Así, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 255.

1785 Así, STRATENWERTH, G.; al comentar el §127, I, Stpo; *Derecho Penal...*, cit., p. 260.

1786 HIRSCH, H. J.; *Adecuación Social y Teoría del Injusto*, cit., p. 53; Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 468-469; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 255; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 136; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 299 y ss.

especiales que regulan dichas conductas criminales, prevén una detención policial máxima de 15 días naturales¹⁷⁸⁷.

4.3. Tipo Subjetivo

La apreciación errónea, dentro del Riesgo Permitido y de las circunstancias concretas del caso, inferían razonablemente estar obligado por ley o sujeto al cumplimiento de un deber; lo contrario implica a la no apreciación de la Justificante; un error más allá de dichos límites habrá que resolverlo mediante las reglas del Error de Prohibición.

Quien estima de forma errónea, que aún puede ejercer el cargo, a pesar de haber sido suspendido, puede admitir un error de tipo, dependiendo de las particularidades del caso en concreto. Ejemplo: El ingreso no autorizado a un domicilio privado, sin mandato judicial escrito y motivado, en el caso de la comisión de delito flagrante¹⁷⁸⁸ o en el caso de una interceptación telefónica, donde se tome conocimiento que en dicho lugar se va a ultrajar al secuestrado o se va a proceder a su ejecución¹⁷⁸⁹.

Por consiguiente, el que es detenido no podrá hacer uso de la fuerza, como ejercicio de la Legítima Defensa.

1787 La Constitución en su art. 2º inc.14 apartado f, dispone a la letra que: "Nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades judiciales en el caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del Juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican en los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas"; concordante con el artículo 264.2 del NCPP.

1788 Tanto la Constitución Política como la ley procesal penal no definen al delito flagrante. Siendo misión de la doctrina elaborar un concepto apropiado, sería pues, el momento en el cual el agente delictivo es descubierto infraganti -in situ- en plena comisión del delito o es aprehendido en las inmediaciones del lugar donde se produjo el hecho punible con los medios empleados para su perpetración o con el objeto material del delito. Se exige un nexo temporal de inmediatez entre el hecho punible cometido y la detención del individuo; sin embargo la Ley N° 27934 del 12/12/03 define el concepto de "Flagrancia", al respecto ver mi libro "Exégesis del NCPP", ps. 694 y ss.

1789 El ejemplo hace referencia implícita a la denominada "Prueba Prohibida" o "Prueba Ilícita". Sobre ella recaen dos realidades en cuanto a sus efectos: Por una parte implica una limitación de los datos que pueden ser susceptibles de investigación, preservando ciertos aspectos que forman parte de la intimidad; por otra parte, restringe los medios que pueden ser utilizados para la Investigación, y en concreto hace referencia a una realidad muy particular: la prohibición que en el curso de la investigación se lesionen Derechos Fundamentales; en el caso in comento, se realiza una ponderación de los bienes en conflicto, por un lado el derecho a la inviolabilidad de domicilio y a no ser detenido sin mandato judicial expreso y el derecho a preservar la vida y otros intereses jurídicos preponderantes, función innegable del Estado y ejecutado finalmente por las agencias estatales autorizadas para ello.

5. EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

No sólo 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».

Esta justificante se configura cuando una parcela del orden jurídico o el derecho consuetudinario, le confiere a una determinada persona, un derecho subjetivo, siempre y cuando, dichos derechos se hagan valer de conformidad con pautas jurídicas o sociales que limitan su uso, ya que de otra manera, no cabría hablar de legitimidad en su ejercicio (OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO).

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 obligarlo 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 de 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 calumniantes¹⁷⁹⁰; de todos modos, la «permisibili-

1790 Otro ejemplo, lo constituye el derecho a la corrección de los padres a los hijos; el Código Civil plantea la posibilidad del derecho de corrección de los padres y tutores, con fines educacionales, disciplinarios, propios de la crianza (Art.423° del Código Civil): "Derechos y Deberes que genera la patria potestad" concordante con el artículo 74° del CNA; esta facultad puede recaer también en terceras personas en base a determinadas relaciones de carácter institucional (tutores y curadores); sin embargo el derecho de corrección no puede ser delegado a terceras personas, como la niñera u otras personas; Así, MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit. p. 179; Pero, la interrogante que surge es la siguiente ¿Hasta qué punto pueden ser justificadas estas acciones?, pues sin duda esta justificante es controvertible en un orden político y social que tienen como pilar fundamental: la persona humana, de ningún modo puede aceptarse que exista algún derecho de disponibilidad de los padres hacia sus menores hijos, estos últimos no son propiedad de los primeros, más aún el CC en su artículo 427°, establece la obligación de los padres de dar cuenta de la administración de los bienes de sus hijos al terminar ésta; Y es el que el bien jurídico de la integridad corporal -como apunta HIRSCH- aprehende la incolumidad corporal de cualquier ser humano, con independencia de cuál sea la relación existente entre el afectado con el sujeto que interviene en su bien jurídico; *Adecuación Social y teoría del Injusto*, cit., p. 51; STRATENWERTH anota que está discutido, sobre todo, desde el punto de vista de las injerencias en la integridad corporal de los menores: según la concepción (aún) preponderante, los castigos físicos serán lícitos cuando se produzcan por un motivo de suficiente entidad, sean moderados y persigan fines educativos; *Derecho Penal...*, cit., p. 261; serán justificados siempre y cuando conserven la proporcionalidad adecuada dependiendo de las circunstancias en concreto, una extralimitación en su uso conllevaría indefectiblemente a un "Abuso del Derecho", que sería ya una acción antijurídica no justificada. Esta clase de interrelaciones sociales, son denominadas como "adecuadas socialmente", por la irrelevancia penal de la lesividad del hecho y por ser socialmente admitidas; también se les considera como "contactos sociales mínimos", de tal forma que al no ingresar al ámbito valorativo de la tipicidad, ya no tienen que ver con la antijuridicidad, por lo que su incidencia como precepto permisivo, sólo puede tener lugar cuando la conducta típica afecta de forma considerable la dimensión fisiológica del menor; Como ha puesto de relieve HIRSCH, aquellas correcciones más ligeras, que producen una sensación de dolor pequeño y que desaparece inmediatamente, aplicadas sobre hijos propios pequeños, aún en evolución, ni siquiera entran en el concepto de "maltrato corporal" del tipo de lesiones; *Adecuación Social y Teoría del Injusto*, cit., p. 52; sin embargo, CEREZO MIR es de la opinión que los malos tratos de obra sin causar lesión, si se producen con el ánimo de corregir y aparecen como necesarios y adecuados al fin correccional deben considerarse lícitos, es decir, realizados en el ejercicio legítimo de un derecho de corrección; *Curso de Derecho Penal Español*, 11, cit., p. 310; así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 226; según este parecer sólo las faltas estarían comprendidas como una causa de justificación, lo cual es incompatible con lo antes señalado, de que las conductas que quedan al margen de una lesión significativa, son detraídas del ámbito de valoración de la tipicidad; somos de la postura, que sólo las lesiones leves pueden recaer bajo este derecho de intervención (Aras. 122°, 122°-A y 124° - primer párrafo), bajo ningún concepto pueden ser reconducidas a esta justificante las lesiones graves, en razón a la magnitud de la lesión, mientras que las lesiones, que no llegan a provocar afectaciones considerables y que se ejercen de forma

dad» 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 injuriente 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.¹⁷⁹¹), por ser abiertamente inconstitucionales e incompatibles con el principio de lega-

sistemática en el núcleo familiar sólo llegan a constituir un injusto administrativo (Violencia Familiar); MUÑOZ CONDE escribe, que ha entrado en crisis el “Derecho de Corrección”, como ejercicio de la violencia. Nuestra legislación positiva ha regulado el caso de la “Violencia Familiar” a través de la dación de la Ley N° 26220 y su Texto Único Ordenado reglado por el DS N° 006-97-JUS, estableciéndose medios alternativos a la solución de estos conflictos, como la Conciliación dirigida por el Fiscal de Familia; finalmente, en cuanto a un presunto derecho de corrección de los maestros hacia los alumnos, éste no tiene razón de ser, pues en ninguna norma existe tal derecho de intervención, por ende, las lesiones que se puedan provocar en este ámbito institucional no serán admitidas como una causa de justificación, los maestros sólo tienen un derecho pedagógico y de formación educativa; Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 261-262.

1791 Posición contraria, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 314.

lidad; 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 -post¹⁷⁹². 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 WELZEL¹⁷⁹³.

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 derecho¹⁷⁹⁴, por lo tanto no son conductas antijurídicas.

1792 En parte, JAÉN VALLEJO, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 241.

1793 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 92.

1794 Desde otra percepción, el derecho de Retención podría ser reputado como "obrar en disposición de la ley"; sin embargo, consideramos más correcto comprenderlo en esta

6. 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 cuanta 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 típico¹⁷⁹⁵, supuesto en que se cuente con el consentimiento (aún tácito)¹⁷⁹⁶.

Al respecto pueden proponerse varias disquisiciones; primero, si 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 corporales¹⁷⁹⁷. 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

causa de justificación, al constituir un derecho que recae sobre una persona determinada (acreedor) y en una circunstancia particularizada (cuando el crédito no se encuentra suficientemente garantizado).

1795 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 226.

1796 POLITOFF L. S y otros.; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 238.

1797 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 316.

fisiológico, pero lícita (justificada), por enmarcarse precisamente en el marco del ejercicio legítimo de un derecho¹⁷⁹⁸.

Sin embargo, se sostiene en otro sector de la doctrina, que en estos supuestos se comete de todo modos unas lesiones por maltrato¹⁷⁹⁹, posición que determina la plena disponibilidad de este bien jurídico, pues nadie tiene por qué aceptar que se mejore su salud, cuando no sea ésta 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 extra-contractual.

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 terapéutica, como en ciertas sectas religiosas respecto a la transfusión de sangre o las intervenciones quirúrgicas (...) ¹⁸⁰⁰; 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, sólo 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 intención curativa será una conducta típica y antijurídica, toda vez que se ejecutó sobrepasando el riesgo permitido.

1798 Para CEREZO MIR, en cambio, al faltar el dolo, como la conciencia y voluntad de atentar contra la integridad corporal y la salud, faltaría el elemento subjetivo; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 317; sin embargo, consideramos que el dolo eventual, considerado como una esfera cognitiva virtual, del riesgo cognoscible por el médico, que entraña la intervención quirúrgica es suficiente para admitir esta variante de dolo, a pesar de que la intervención se produjo en el marco de una finalidad curativa; el riesgo es ínsito en cierto tipo de operaciones; a menos que el galeno no haya podido advertir el margen de riesgo, por lo que sería constitutivo de lesiones culposas, también justificadas; así. CORTÉS DE ARABIA, A.M.; *Causas de Justificación*, cit., p. 465.

1799 HIRSCH, H.J.; *Adecuación Social y Teoría del Injusto*, cit., p. 38.

1800 CORTÉS DE ARABIA, A.M.; *Causas de Justificación*, cit., p. 464.

El consentimiento del paciente es de por sí imprescindible, en el marco de una cirugía estética¹⁸⁰¹, 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)¹⁸⁰².

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 quirúrgica¹⁸⁰³.

En el caso de no concurrir los presupuestos anotados, sólo 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».

7. EJERCICIO DE UN OFICIO O CARGO

El Derecho Positivo, en especial el Derecho penal, revela una naturaleza prescriptiva (obligatoria); tiene a la coacción como una forma de velar por el respeto del ordenamiento jurídico y como se dijo en líneas precedentes, el derecho de intervención tiene por naturaleza la coacción y la afectación de los derechos fundamentales; resulta inherente a las causas de justificación la afectación material de los bienes jurídicos, pero dada su utilidad social en razón a los principios rectores, constituyen actividades lícitas, amparadas por el orden legal.

En el marco de un orden democrático de derecho, el Estado no sólo está obligado a proteger los derechos fundamentales del individuo, sino también de

1801 A menos que la cirugía estética sea necesaria para corregir un defecto fisiológico, necesario para el funcionamiento de un órgano o tejido humano.

1802 Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 318-319.

1803 Así, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 238.

mantener el orden público, como presupuesto indispensable para la coexistencia pacífica de los ciudadanos y para la configuración de una vida social ordenada y segura.

La sujeción estricta al mandato de la Ley se deriva del *ius imperium* del Estado, a fin de preservar el principio de autoridad y la vigencia irrestricta de la legalidad. Sin embargo, el Estado de Derecho reconoce determinadas potestades de los ciudadanos, que de cierta forma irrumpen el normal desenvolvimiento de la vida democrática de una Nación.

El derecho de reunión, de manifestarse políticamente vía mítines o concentraciones político-ciudadanas, así como el derecho de huelga de los ciudadanos se enmarca en derechos civiles y políticos de primer orden, que en definitiva afectan otros intereses públicos en su realización, pero que son legítimas siempre y cuando, ciñan su actuación a los presupuestos que contemplan la Constitución y las leyes; el desbordamiento de dichos requisitos, importa el un abuso de un derecho, como tal ilícito e injustificado.

Resulta, que en muchas oportunidades, los huelguistas o manifestantes políticos, en el marco de su actividad proselitista o reivindicativa, afectan bienes jurídicos de terceros, como la propiedad pública y privada, dañan edificios, saquean tiendas, interrumpen el tránsito bloqueando las carreteras, poniendo en peligro la vida y salud de sus conciudadanos de forma injustificada.

La realización de dichas acciones violentas, de ningún modo pueden cobijarse en el ejercicio legítimo de un derecho, por lo que la repulsa pública en defensa del orden público, es una reacción estatal justificada que reposa en el ejercicio de un oficio o de un cargo.

La Ley Fundamental establece en el artículo 166°, que la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar; mantener y restablecer el orden interno. Mientras que el artículo 137° (*in fine*) reconoce la potestad del Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros, de decretar por un plazo determinado, los estados de excepción: de Emergencia y de Sitio, lo cual supone de *prima facie* la suspensión o restricción de una serie de derechos constitucionales.

En resumidas cuentas, la tutela de los intereses públicos superiores, confiere a las fuerzas públicas la «facultad de restringir y limitar derechos fundamentales», por lo que si bien pueden resultar típicas (allanamiento de morada, privación de libertad, etc.), constituyen actuación-estatales lícitas, positivamente valoradas desde el marco del Estado de Derecho.

En suma como apunta BUSTOS RAMÍREZ, el ejercicio de la fuerza sólo puede ser puntual, un Estado de derecho es inconciliable con la violencia institucional-

lizada, es decir, el uso de la fuerza para resolver los conflictos políticos y sociales¹⁸⁰⁴; en aparatos estatales dictatoriales el uso de la fuerza constituye el eje de la preservación del régimen, la afectación sistemática de los derechos fundamentales y la opresión como expresión de la intolerancia y el deseo de aplacar cualquier intento insurgente, caracterización incompatible con los principios que ordenan la vida social en un sistema democrático.

Conforme lo anotado, la actuación de los funcionarios del orden, será legítima, siempre y cuando se ejecute en estricta observancia de las normas y que no afecte la dignidad humana.

Como ha puesto de relieve MAURACH, lo que interesa no es que el funcionario se decida a favor de aquella medida que se presenta como justa en una consideración *ex post*, sino, que en virtud de un examen *ex ante*, adecuado al deber, aparezca como justa la medida adoptada¹⁸⁰⁵; que según las circunstancias concomitantes del caso concreto, el uso de la fuerza pública sea una medida necesaria e indispensable para preservar el orden público conmovido por las masas.

Rige, por lo tanto, el «principio de necesidad», en el sentido de que no exista la posibilidad de que el conflicto sea resuelto por una vía más pacífica (subsidiariedad), que no haya necesidad de acudir a la coacción, (...) naturalmente esta exigencia opera sólo cuando esta figura tiene la naturaleza jurídica de causal de causa de justificación¹⁸⁰⁶; pues, de lo contrario estaríamos ante un abuso del poder, por ende, constitutivo de un comportamiento antijurídico; v.gr., si los manifestantes o huelguistas han puesto fin a la marcha y se retiran de forma pacífica, la policía ya no tendría potestad alguna de reprimirlos con el uso de la fuerza pública; así también en el caso de que las demandas puedan acordarse por la vía del diálogo que promuevan las autoridades públicas; el consenso y la comunicación permanente entre los actores sociales y los actores públicos, constituye la plataforma esencial, sobre el cual se asienta la vida democrática de la Nación.

El orden jurídico concede legalmente a los agentes estatales y a sus autoridades el cumplimiento de ciertas funciones: Prevención del delito, entrada y registro domiciliario, mantenimiento del orden público, intervención en las comunicaciones, acatamiento de las resoluciones judiciales (orden de embargo o secuestro, desalojo, etc.), cuyo ejercicio a veces va a necesitar la aplicación o el uso de una fuerza significativamente intensa.

1804 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 227.

1805 MAURACH, R.; *Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 416.

1806 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 472.

No será suficiente ampararse en la función encomendada para justificar un acto típico. La conducta típica debe realizarse dentro de los parámetros legales que regulan la actuación funcional, entonces, habrá que remitirse necesariamente a otras parcelas del orden jurídico (Ley penal en blanco)¹⁸⁰⁷.

Una extralimitación o un abuso arbitrario de la misma, la convierte en antijurídica. La posibilidad de un uso desmedido de la fuerza ha llevado a la Doctrina a exigir la concurrencia de varios elementos para poder apreciar esta justificante: 1.- Necesidad racional de la violencia y, 2.- Uso proporcional de acuerdo a las circunstancias concretas del caso¹⁸⁰⁸, el ejercicio de una violencia suficiente para neutralizar la conducta agresiva.

No resulta necesaria la exigencia de la «Agresión Ilegítima», como el caso de la Legítima Defensa, desde un sentir preventivo, basta con que se presente un inminente estado de peligro o de lesión. (Ejemplo: Para reducir a un delincuente que huye o es atrapado en delito flagrante); y, 3.- Sólo debe utilizarse un uso de fuerza racional, lo suficientemente idóneo para restablecer el orden jurídico perturbado y debe ser proporcional a la entidad del hecho que provoca el uso de la fuerza¹⁸⁰⁹.

El ordenamiento jurídico faculta a determinados funcionarios: Fiscal, juez, policía, etc., a realizar y ejecutar determinados actos coactivos y lesivos, que significan la injerencia en determinados bienes jurídicos de los particulares, indispensables para el amparo de otros intereses jurídicos: Resguardo de la seguridad ciudadana y del orden público, que en su aplicación importan el uso de gases lacrimógenos, fuerzas de choque, ejecuciones forzosas, medidas disciplinarias (sanción, arresto a soldados y policías) que afectan la libertad ambulatoria, de tránsito y de reunión.

Asimismo, acorde con los principios que informan al Debido Proceso, un Tribunal (órgano jurisdiccional), se encuentra legitimado de imponer una sentencia condenatoria, que implique la privación de la libertad, de acuerdo con los procedimientos legales establecidos.

1807 La problemática al respecto, señalan MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN, es que no siempre esta regulación es clara o incluso puede contravenir los presupuestos contenidos en dicha Causa de Justificación, pero obviamente una regulación administrativa no podrá *per se* justificar abusos de poder y arbitrariedades en el ejercicio de la función pública. Los términos vagos, poco claros e imprecisos, pueden desembocar en una interpretación extensiva -contraria a la génesis de la norma-, sujeta al arbitrio discrecional de la persona o autoridad encargada para valorar si concurren o no los presupuestos justificantes, pudiéndose lesionar el Principio de Legalidad; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 352. y ss.

1808 Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 301-302; POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 235; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 227.

1809 MUÑOZ CONDE, F. y otro; cit., ps. 351-364.

En referencia al uso de la fuerza, ésta debe constituirse en un medio necesario -valorando las circunstancias del caso concreto-, que tenga por finalidad, impedir la inminente infracción de la normatividad aplicable.

7.1. Finalidad del Ejercicio de un Oficio o Cargo

Garantizar la defensa del ordenamiento jurídico y los intereses jurídicos de los ciudadanos, por los cuales debe velar la fuerza pública (MIR PUIG) amparando el Derecho, tanto a aquel que ejecuta la acción como a quien en cumplimiento del cargo, dicta la orden.

El uso de la fuerza debe ser la última posibilidad a barajar -la última *ratio*-, previamente deben haberse agotado las vías de diálogo y de la concertación pacífica.

Como expone CÓRDOBA RODA, cuando exista una necesidad en abstracto de recurrir a la violencia, puede suceder que el medio violento en concreto utilizado no fuera necesario o fuere por completo, desmesurado, la necesidad del empleo de violencia -absoluta o imparcial- impedirá apreciar la eximente completa, pero de ser el caso, la incompleta¹⁸¹⁰.

En el marco del tipo subjetivo de una causa de justificación, el agente debe obrar con el uso de la fuerza, sabiendo que se encuentra premunido con dicha facultad y en apreciación de los presupuestos objetivos que dan lugar a la justificante en cuestión, (...) el sujeto debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber¹⁸¹¹, (...) pero si además de dicha finalidad concurren otros motivos, estos son intrascendentes para el derecho penal¹⁸¹², v.gr., al existir viejas rencillas entre el agente y el ciudadano intervenido.

En la hipótesis, de que el agente, obre en error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, es decir, creyendo que las circunstancias fácticas hacen de su actuación una «lícita», serán de aplicación las reglas del error de prohibición (artículo 14º, 2do. Párrafo).

1810 En cuanto al error sobre sus presupuestos objetivos rige la misma resolución que en la Legítima Defensa que se resuelven mediante el Error de Prohibición. GÓMEZ BENITEZ extiende sus efectos justificantes en el caso de una justificación putativa, al señalar que "puede excluirse el Injusto en situaciones de justificación putativa, siempre que la actuación sea con una consideración *ex ante* objetivamente necesaria, es decir, una vez que el funcionario haya comprobado con el cuidado exigido, si se dan los presupuestos fácticos de una causa de justificación"; En: *El ejercicio legítimo del cargo*. Madrid, 1980, pp. 197 y ss. No compartimos esta postura, pues la causa de justificación reposa en una base objetiva real, mas no subjetiva, si el funcionario se representó imaginariamente estar amparado bajo esta justificante, a lo más tendrá efectos disculpantes, siempre y cuando esta representación era fundada y racional.

1811 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 302.

1812 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 472.

8. EL CONSENTIMIENTO

8.1. 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 experiencias¹⁸¹³.

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; sólo 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 todos¹⁸¹⁴.

El Derecho, ha puesto de relieve PECES BARBA, es organización, a través de sus normas, de la vida social humana, es producto de 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 humana¹⁸¹⁵; 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

1813 HÁBERLEE, Peter; *Teoría de la Constitución como Cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, cit., p. 33.

1814 GARCÍA MORILLO, Joaquín y otros; *Derecho Constitucional*, Vol. I., cit., p. 229.

1815 PECES BARBA, Gregorio; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Debate, cit., p. 193.

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 Estado¹⁸¹⁶.

Al Estado le está vedado ingresar a la esfera de libertad ciudadana, de pretender regular los ámbitos de autodeterminación que sólo 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.

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 inter-partes 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, encaminados 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 excluidas de plano de la valoración

1816 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 41.

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 mismo¹⁸¹⁷; por lo tanto, quedan excluidos los bienes jurídicos supraindividuales aunque el afectado sea un particular¹⁸¹⁸ 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 custodia¹⁸¹⁹; (...) 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 antijuridicidad¹⁸²⁰.

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 sólo decaería la razón para sancionarla penalmente¹⁸²¹.

1817 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 327; Así. CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 326; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 194; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 132.

1818 DE VICENTE REMESAL, Javier; *Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de Exclusión de la Tipicidad o de la Antijuridicidad?*, cit., p. 117.

1819 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, cit., p. 122.

1820 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; *Causas de atipicidad y causas de justificación*. En: *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Arazandi Editorial, 1995, cit., p. 22.

1821 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 209.

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 justificación¹⁸²²; 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 concretas 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..."¹⁸²³; por lo tanto, el acceso que permite el titular, en virtud de un derecho reconocido (arrendatario, poseedor, co-propiedad, 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 justificación¹⁸²⁴, 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

1822 Así, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 132; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 194.

1823 A diferencia del CP argentino, artículo 150 - "contra la voluntad expresa o presunta del dueño".

1824 Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Causas de Atipicidad y Causas de Justificación*, cit., p. 23; PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, cit., ps. 592-593.

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 auto-sequestros, en los cuales la presunta víctima organiza su propio secuestro a fin de obtener un provecho ilícito, cuestión distinta es 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 libertad¹⁸²⁵.

Convenimos, entonces, que el consentimiento del ofendido, sólo puede admitir la presencia de una causa de justificación¹⁸²⁶; 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 justificación¹⁸²⁷.

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 jurídico¹⁸²⁸, 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°).

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.

1825 DE VICENTE REMESAL, J.; *Consentimiento y Acuerdo...*, cit., p. 151.

1826 Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Causas de atipicidad y causas de justificación*, cit., p. 23.

1827 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 476-480.

1828 Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 329; POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 239; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. IV, cit., p. 597.

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.

Conforme lo anotado, 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 derecho¹⁸²⁹.

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 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 víctima¹⁸³⁰.

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 viciada¹⁸³¹, por lo tanto es nula *ea ipso*.

1829 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 709-722.

1830 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, cit., p. 226.

1831 Los vicios de la voluntad se encuentran contemplados en los artículos: 201° y ss. del CC.

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 conducta¹⁸³².

Los tipos penales de proxenetismo, estafa y usura son delitos de participación necesaria, donde la participación de la víctima es un elemento esencial para la realización típica¹⁸³³, 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 disposición¹⁸³⁴.

La intervención del tercero no supone una lesión de la posición de propietario, sino una cooperación a su ejercicio libremente tolerado¹⁸³⁵; 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 sólo 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

1832 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 344-345.

1833 Así, DE VICENTE REMESAL, J.; *Consentimiento y Acuerdo...*, cit., p. 117; CORTÉS DE ARABIA, A.M.; *Las causas de justificación*, cit., p. 460.

1834 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Causa de Atipicidad y Causas de Justificación*, cit., p. 23.

1835 DE VICENTE REMESAL, J.; *Consentimiento y Acuerdo...*, cit., p. 150.

elimina la responsabilidad *extra-penal*. Por lo demás sus efectos son prácticamente idénticos¹⁸³⁶.

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 jurídico¹⁸³⁷; 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 sólo su sustrato corporal, que en muchos casos ni siquiera existe, sino, antes bien, la libertad del individuo de disponer de determinados intereses suyos¹⁸³⁸.

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 ésta¹⁸³⁹; (...) la acción sólo 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 jurídico¹⁸⁴⁰.

Consecuentemente, el consentimiento opera únicamente como una causal de atipicidad¹⁸⁴¹; sin embargo, puede afirmarse con corrección que la tutela de un bien jurídico (individual), sólo 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 determina-

1836 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Causas de Atipicidad y Causas de Justificación*, cit., p. 27.

1837 Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. IV, cit., p. 581.

1838 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 210.

1839 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 210.

1840 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 132.

1841 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 194; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., ps. 595-596.

ción de si el bien jurídico resulta o no lesionado cuando en el hecho realizado existe una voluntad concordante con el afectado¹⁸⁴².

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 interés¹⁸⁴³. Resulta más convincente, por ello, el criterio de renuncia a la protección del Derecho¹⁸⁴⁴; 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.

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-penal¹⁸⁴⁵.

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)¹⁸⁴⁶.

1842 DE VICENTE REMESAL, J.; *Consentimiento y Acuerdo...*, cit. ps. 119-120.

1843 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 333.

1844 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 333-334; Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 138.

1845 Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Causas de atipicidad y causas de justificación*, cit., p. 27.

1846 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit. p. 334.

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 libertades 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 19.

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"¹⁸⁴⁷.

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 éstos? Ha de verse que en un Estado Constitucional de Derecho, el Estado está 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 reali-

1847 PEÑA CABRERA R.; *Derecho Penal*. Estudio Programático de la Parte General, cit.

dad, y ésta 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.

8.2. Antecedentes Históricos

Se ha producido pues, un tránsito espinoso y secular en determinados contextos histórico-sociales, al momento de valorar el consentimiento del ofendido, correspondiendo en realidad a la valoración de la individualidad, en cuanto facultad de autodeterminarse -conforme a su libre albedrío- (*freewilling*).

Es de verse, que la historia manifiesta diversos ámbitos de valoración, pues las relaciones del Estado para con los ciudadanos no siempre han sido las mismas; han sufrido una metástasis, fruto de los modelos que fue adoptando a partir de la renovación constante del ideario filosófico y político. En las épocas en que se sigue una orientación individualista, se extiende, por lo general, el ámbito del consentimiento eficaz, y, en cambio, en aquellas otras en que se destaca el valor de la colectividad, se tiende a restringirla¹⁸⁴⁸.

Dicho de otro modo: en el Estado Social paternalista la tendencia estatal es de restringir el ámbito de autonomía del individuo, mientras que en el Estado Liberal, se tiende a reconocer con amplitud el ámbito de autonomía personal, en cuanto a su voluntad de permitir ciertos comportamientos lesivos. La síntesis de ambos modelos estatales la constituye el Estado Social y Democrático de Derecho, donde deben armonizarse los intereses individuales con los estrictamente colectivos, donde los primeros no podrán rebasar los segundos, en la medida que la autodeterminación del individuo tiene ciertos límites, tal como se desprende de las regulaciones jurídicas.

FEUERBACH, postulaba que: "Dado que una persona puede renunciar a sus derechos mediante un acto voluntario, el permiso para la realización del hecho, concedido por el lesionado, excluye el concepto de crimen: *violenti non fit injuria*"¹⁸⁴⁹.

La acción adecuada al permiso sólo debe dirigirse contra el derecho que se halla sometido a la posible disposición del lesionado; imbricados en un contexto de una lucha permanente, para que el Estado no sólo reconozca sino que proteja y respete los derechos fundamentales, expresa la necesidad de que el

1848 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit. p. 163.

1849 ASÍ, JIMÉNEZ DE ASÚA. L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. IV, cit., ps. 574-575; DE VICENTE REMESAL, J.; *Consentimiento y Acuerdo...*, cit., p. 113.

Estado no intervenga en las decisiones personales de ciudadanos auto-rresponsables en consonancia con el principio de «mínima intervención».

Lo señalado no debe significar una renuncia implícita del Estado en su función principal, que es la protección de bienes jurídicos¹⁸⁵⁰.

8.3. La Discusión Programática en el Caso de la Vida y de la Integridad Corporal

La vida constituye la dimensión vital del individuo, es la base material que permite la existencia humana como *conditio sine qua non* para el goce y disfrute del resto de bienes jurídicos contemplados en la Ley Fundamental.

No puede haber libertad sin una vida que la respalde, no puede haber participación económica o cultural sin una vida que dé fuente a esta viabilidad, de nada sirve un sistema ecológico equilibrado si la población entera fuera aniquilada.

¿Para qué sirve el Estado mismo, si el portador de derechos y obligaciones no tiene existencia vital? Nos preguntamos reflexivamente.

En el orden de valores compaginados –constitucionalmente-, la vida humana ocupa el primer rango de jerarquía, de acuerdo a la proclama normativa contemplada en los artículos 1º y 2º de la Ley Fundamental; a tal efecto, el legislador ha conferido tutela penal a la vida humana, vía las tipificaciones penales que reprimen los atentados contra la vida humana, desde el momento de la anidación –vía los delitos de aborto- y, cuando el ser humano adquiere independencia orgánica, mediante las diversas tipificaciones del delito de homicidio.

No ha existido discrepancia alguna en la legislación comparada, en cuanto al reconocimiento de la vida humana, como el bien jurídico de mayor relevancia del sistema socio-estatal, al margen del modelo estatal, pues inclusive en los Estados que siguen un modelo autoritario, la vida humana es protegida con el mayor rigor posible.

Cuestión aparte implica la reticencia por mantener la pena capital a costa de los derechos fundamentales, producto de la superposición de los fines sistémicos, que niegan la dignidad y la autonomía humana como los fines superiores del Estado y la sociedad.

Dicho lo anterior, los delitos de homicidio son castigados con mayor severidad en relación con el resto de injustos penales, de conformidad con el «prin-

1850 La Doctrina Alemana, recurre a la dicotomía del Acuerdo (*Einverständnis*) como causa de atipicidad, y del Consentimiento (*Einwilligung*), como causa de justificación; Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Consentimiento y Acuerdo...*, cit., p. 31; DE VICENTE REMESAL, J.; *Consentimiento y Acuerdo...*, cit. ps. 121 y ss.; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 138.

cipio de proporcionalidad», concordante con los fines preventivos de la pena, criterios imprescindibles en una Justicia sostenida básicamente sobre la racionalidad de la reacción estatal que tiene como valladar a la persona humana. Sin embargo, la orientación político-criminal del legislador nacional, impulsada ciegamente a una dirección utilitarista, ha terminado por resquebrajar la entidad material de los principios rectores que determinan la reacción punitiva, al rebasar el principio de jerarquía; resultando que ahora vale más la intangibilidad sexual que la vida humana, al reprimirse con mayor pena un atentado contra la indemnidad sexual que la eliminación de la vida misma, lo cual remueve los cimientos axiológicos de una Justicia que debe someterse a los dictados del derecho y de la razón.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce excepciones a la prohibición de la eliminación de la vida humana.

Tal como expusimos en las líneas básicas de la «antijuridicidad», surge a veces la necesidad de ejercer una defensa violenta, cuando la vida y otros bienes jurídicos se encuentran en inminente riesgo de ser vulnerados, por lo que surge la legítima defensa, que permite la eliminación de la vida humana a fin de proteger la vida del agredido, de común idea con la base tutelar que se desprende de la Ley Fundamental, bajo los requisitos anotados en la capitulación en referencia.

Así también, en el caso del estado de necesidad disculpante, cuando se produce un conflicto de bienes de igual rango jerárquico, cuando el Derecho debe ceder ante reacciones humanas -esencialmente racionales-, que se fundan en la propia motivación de las normas jurídico-penales; el «disvalor de la acción» y el «disvalor del resultado» no son en consecuencia alterados, pero decae fuertemente la necesidad y el merecimiento de pena, tanto por razones de prevención general como de prevención especial, de tal forma que la muerte del congénere sigue constituyendo un injusto, pero al ser disculpado, el agente es exonerado de responsabilidad penal.

Finalmente, la Carta Política dispone en el artículo 140º, que sólo puede aplicarse la pena de muerte por el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, posibilidad que en realidad constituye un simbolismo, pues a la fecha no se ha sancionado ley alguna que pueda desarrollar legislativamente esta excepción, pues sin duda el Perú es un país abolicionista; empero, el dilema aparece cuando la propia ¿víctima? organiza su propia muerte, cuando ésta consiente que un tercero acabe con su vida o cuando es ayudado en división de tareas por un tercero para ejecutar de propia mano su propia muerte.

Ahora bien, el Estado resulta obligado a tutelar la vida humana en todas sus manifestaciones, deber indeclinable e irrenunciable, pero la pregunta está en cuál debe ser la reacción del Estado, cuando el propio individuo renuncia -de forma libre y responsable-, a seguir viviendo; ¿Es qué acaso un ciudadano

puede ser obligado a seguir viviendo, aún en contra de su voluntad (eutanasia directa e indirecta)?

Surge así una dialéctica irreconciliable, entre la libertad humana de elegir su propio destino y el deber estatal de proteger la vida humana a toda costa, en tal entendió, una discusión de empresa difícil de asumir, al contener un ideario que desborda un ámbito de pura juridicidad.

Nosotros asumimos líneas atrás, una posición que se dirige a reconocer que los bienes jurídicos no constituyen una esencia únicamente individualista, en el sentido de que la tutela de los bienes jurídicos se sostiene también, en un interés comunitario; de recibo así lo consideró el legislador al incriminar los delitos de Homicidio Piadoso y de Suicidio donde lo paradójico constituye el doble baremo con el cual se mide la actuación del titular del bien con el tercero que interviene en la realización delictiva, pues la actuación del titular del bien, sea activa o pasiva, no es criminalizada, sin embargo la participación del tercero sí es penalizada, a pesar de que las reglas mismas de participación delictiva dirían lo contrario.

Resulta, entonces, que la vida no constituiría un bien jurídico disponible para su titular, de ser así no podría penalizarse la conducta del tercero que colabora con una muerte "consentida"; pero es que acaso la vida debe llevarse a toda costa, sin interesar que ésta suponga una agonía interminable para su titular o simplemente, ésta dejo de ser importante para su titular y desde un plano razonable y objetivo, decide su auto eliminación. Hoy en día, el suicidio constituye una alarmante cifra de muerte en nuestro país, diariamente los periódicos dan detalle de una lista interminable de personas que deciden auto eliminarse, por motivos sentimentales y económicos fundamentalmente. No existe un derecho al suicidio, pero tampoco existe el deber de mantener la vida de forma ilimitada; nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni dejar de hacer aquello que no prohíbe; por lo que aquellos que impiden la decisión del individuo, estarían cometiendo un delito de coacciones o de lesiones de ser el caso, a menos que alguna ley les autorice a intervenir, aún a costa de la voluntad del sujeto (obrar por disposición de la Ley).

Ante ello, el Derecho penal no tiene por qué intervenir, aún cuando el designio de auto eliminación no haya podido concretarse, es decir, ante una tentativa, así también el que ayuda o colabora no puede ser criminalizado, la punición del colaborador está condicionada a la consumación del delito; claro, que aquellos que disponen de la vida humana del otro (incapaz de discernimiento), está cometiendo a todas luces un injusto, v.gr., la madre que hace ingerir veneno a su menor hijo, es en realidad un parricidio. Empero, la problemática sigue aún latente, hasta dónde llevar al Derecho penal la decisión libre y responsable de un individuo.

La dignidad humana es consustancial con la propia vida y si esta última ha dejado de ser digna, no hay derecho alguno para que el Estado obligue al individuo a seguir viviendo, y es que a veces, el sujeto que padece de un sufrimiento intolerable e incurable, no está en posibilidad de ejecutar su propia muerte, por lo que acude a un tercero, que lo único que hace es acatar el deseo de morir de su congénere. Situación que da lugar a un homicidio piadoso, tal como lo establece el artículo 112° del CP; en este caso el Derecho penal valora positivamente los motivos que llevaron al tercero a eliminar la vida del enfermo, pero no lo suficiente como para desencadenar una exoneración de pena, pues sólo genera efectos de atenuación.

El caso de la acriminación del «Homicidio a ruego», da lugar a dos posiciones encontradas: aquellos que invocan su despenalización y la otra postura, parte de la necesidad de mantener su incriminación. En realidad, la primera posición parte de una perspectiva netamente individualista, el reconocimiento a la libre autodeterminación en cuanto a su libertad de organizar su propio ámbito de organización y, la otra posición que alude a un interés general de la comunidad de respetar la vida ajena.

JAKOBS, representa a la primera de las posiciones, debiéndose poner en relieve que en la ordenación jurídico-penal alemana el suicidio ya no constituye más un hecho punible. JAKOBS, haciendo un paralelo con el suicidio, señala lo siguiente “Es verdad que en la muerte a petición también se puede hablar de un permiso para matar, pero esto no es todo, porque lo relevante aquí es que el solicitante organiza con su petición un hecho que sirve a sus propios fines, es decir, el que pide a otro que le mate no renuncia a una decisión personal sobre el bien personalísimo “vida”, como tampoco lo hace el suicida propiamente dicho, sino más bien ajusta a otro a sus fines, empleándolo para que realice sus propias decisiones¹⁸⁵¹”; (...) así la única diferencia entre el suicidio y el homicidio a petición se encuentra en que la persecución del fin se realice de propia mano o en división de tareas: el fin y la forma de conseguirlo lo determina, en ambos casos, el que no quiere vivir más¹⁸⁵².

Se sigue la suerte de un «individualismo», donde la decisión del que quiere morir desencadena una renuncia de protección por parte del orden jurídico, en cuanto al derecho de organizar la propia muerte, por lo que si ese hecho no constituye un injusto, no tiene por qué serlo la participación del tercero, que interviene en un ámbito de organización propia del peticionante.

En nuestra legislación el suicidio constituye aún una conducta típica, sólo en cuanto el que ayuda e instiga a tal determinación, considerándose a la vida,

1851 JAKOBS, Günther; *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz CONDE y otro, Tirant lo blanch. Valencia 1999, cit., p. 42.

1852 JAKOBS, G.; *Suicidio. Eutanasia y Derecho Penal*, cit., p. 43.

un interés protegido no sólo en interés del individuo sino en razón del interés de la comunidad, a fin de prevenir conductas de terceros guiados por móviles egoístas de aprovechar un estado de debilidad o de aguda depresión de quien decide no seguir viviendo; fundamento que recae sobre la instigación al suicidio, mas dicha valoración no puede recaer en el caso de la ayuda al suicidio, pues el sujeto ya se encuentra decidido a la autoeliminación, aunque en algunos casos las zonas de delimitación del suicidio con el homicidio no pueden resultar de todo claras.

En resumidas cuentas, la posición «individualista» puede caer en un debilitamiento significativo en la tutela del bien jurídico «vida», en la medida que la despenalización del homicidio a ruego puede dar lugar al emprendimiento de verdaderos injustos penales.

El respeto a la autonomía personal no puede rebasar aquellos ámbitos que se forman por valoraciones sociales, la voluntad del individuo no puede ir contra el universo axiológico en el que se funda una sociedad regida por el Derecho.

Posición contraria constituye la postura de HIRSCH para este autor existe un interés intenso de la sociedad en una protección óptima de la vida humana frente a las intervenciones de terceros. Pues cualquier liberalización que vaya más allá de los casos de legítima defensa, del homicidio en la guerra y, posiblemente, de algunas otras pocas situaciones de necesidad extrema disminuyen seriamente el respeto frente a la vida de los congéneres y debilita con ello la inhibición psíquica frente al acto de matar¹⁸⁵³.

La permisión de estos ataques a la vida, inciden en los factores preventivos de la pena, de cuyos efectos disuasorios se espera lograr una mayor tutela de este bien, por lo que su licitud importa una neutralización de la motivación antinormativa; constituye la propia dignidad humana, que demanda la necesidad por el mantenimiento de la protección de la vida humana, en todas sus variantes y, ello no impide que esa propia dignidad sea valorada positivamente para atenuar la respuesta penal, cuando la vida se ha convertido en un martirio para su titular; claro que debe hacerse una distinción, entre los casos de que el titular padece de una enfermedad incurable, con aquellos deseos de eliminación que proceden de un individuo sano y responsable, pero afectado en su integridad psíquica.

En el ámbito probatorio, HIRSCH apunta que el riesgo que se generaría para la vida de cualquier individuo del hecho de que ya no podría contradecir la concurrencia de un consentimiento, al estar muerto, sería relevante si el autor,

1853 HIRSCH, Hans Joachim; *Consentimiento y Autodeterminación*. En: Derecho Penal. Obras completas, Tomo III, cit., p. 96.

confiando en la proposición *in dubio pro reo*, ya no asumiese riesgo jurídico-penal alguno¹⁸⁵⁴.

En resumidas cuentas, en una sociedad como la nuestra, donde impera el egoísmo y el individualismo, donde los individuos pretenden alcanzar ciertos fines sin interesar los medios, la despenalización del homicidio a ruego podría colocar en grave riesgo la propia tutela de la vida, como bien jurídico preponderante según la escala de valores compaginados constitucionalmente; en tal entendido, el caso de la eutanasia (directa e indirecta), cuando la vida se ha convertido en un suplicio para su titular, debe preferirse la dignidad humana, pero para enjuiciar positivamente este homicidio privilegiado deben concurrir necesariamente ciertos presupuestos, lo que indica en una disminución significativa del disvalor de la acción, que amerita una menor pena, tal como lo establece la norma de sanción prevista en el artículo 112° del CP, que norma la «Eutanasia directa o activa».

En el caso de la «Eutanasia indirecta», cuando el enfermo está en imposibilidad de otorgar expresamente su consentimiento, debe optarse por el consentimiento presunto, de privilegiar el deseo de acabar con una vida indigna, debiendo ser colegido desde una interpretación teleológica de los alcances normativos del tipo penal en cuestión.

Por eso dice JAKOBS, se busca la voluntad presunta de estos pacientes que, a consecuencia de su invalidez o por otras razones, no pueden articular más una voluntad expresa, y esto quiere decir, en consecuencia, que las medidas médicas en cuestión se harán efectivas en los mismos términos cuando no sea conocida otra voluntad del paciente; lo querido presuntamente debe ser siempre lo que sirva como modelo en caso de duda¹⁸⁵⁵.

En los USA, pudo constatarse la pelea legal en los Tribunales, en la cual se enfrascaron propios familiares de una mujer desahuciada que no podía expresar su consentimiento, unos abogaban por la manutención de su vida y el otro por una muerte digna, el conflicto es evidente, pero el Derecho debe optar por la dirección más justa, tanto como para el titular del bien como para la sociedad que defiende ante todo la vida.

Conforme lo anotado, según las disposiciones del derecho positivo vigente, la vida humana no es un bien jurídico disponible para su titular¹⁸⁵⁶.

1854 HIRSCH, H.J.; *Consentimiento y Autodeterminación*, cit., p. 97; En contra JAKOBS, G.; *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*, cit., p. 51.

1855 JAKOBS, G.; *Suicidio. Eutanasia y Derecho Penal*, cit., p. 58.

1856 Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. IV, cit., p. 604.

La relevancia jurídico-penal otorgada al consentimiento se limita a lo sumo a la atenuación de la responsabilidad, pero no llega a excluirlo¹⁸⁵⁷. No cabe, entonces, una despenalización del homicidio a ruego, pues significaría un debilitamiento de las tareas propias y esenciales del Derecho penal: la «protección preventiva de bienes jurídicos».

En el caso de las lesiones, la resolución no puede ser diametralmente opuesta, sin embargo, al constituir la integridad corporal un interés jurídico asociado directamente a la libertad humana, debe provocar consecuencias jurídicas favorables.

Nuestra legislación positiva en el ámbito de las lesiones, nada dice acerca del efecto del consentimiento en las lesiones, sólo podemos remitirnos a lo previsto en el inciso 10) del artículo 20° del CP, que reza de la siguiente forma: *“El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”,* será exonerado de responsabilidad.

Pero, la pregunta sería la siguiente ¿La integridad fisiológica, corporal y psíquica es de libre disponibilidad por parte de su titular?, es que acaso los ciudadanos tienen el deber de estar sanos, claro que no, pero eso responde a las autolesiones, que en definitiva no pueden ser conductas típicas; más cuando es un tercero que provoca las lesiones a un individuo con su consentimiento, la cuestión es distinta, en tanto los individuos tienen el deber de respetar los bienes jurídicos de sus congéneres, no sólo por un interés individual, sino también por un interés colectivo y, en cuanto a la realización personal como condición *sine qua non* de la vida humana en sociedad.

Se sostuvo, en el ámbito de las intervenciones médicas, en cuanto al ejercicio de una profesión, que la actuación del galeno puede dar lugar a dos soluciones: -primero, como una «causal de atipicidad», cuando la intervención ha sido exitosa, en mejora de la salud del paciente y de acuerdo a las reglas de la *lex artis*, por lo que el consentimiento del titular debe llegar a la misma conclusión; sin embargo, cuando la intervención médica, a pesar de que ha sido realizada bajo las reglas de la *lex artis*, ha provocado una lesión en la esfera fisiológica del paciente y, concurre el consentimiento, dicha actuación recae bajo los alcances de una causa de justificación.

Situación distinta, acontece cuando las lesiones se producen en un ámbito normal de las relaciones sociales, cuando sin mediar razón -un sujeto libre y responsable-solicita a otro que le cause una lesión. Las tipificaciones de lesiones en el CP peruano, expresan lo siguiente: *“El que causa a otro daño en el cuerpo o en la salud...”*; si el resultado expresa un mínimo disvalor en la integridad corporal, la conducta será simplemente atípica o constitutiva de una

1857 DE VICENTE REMESAL, J.; *Consentimiento y Acuerdo...*, cit., p. 118.

falta contra la persona, pero cuando el caso es distinto, es decir, cuando la conducta del tercero ha inferido un daño considerable en la salud del titular del bien, no se puede hablar de una causal de atipicidad, pues el daño es evidente y fue causado con dolo, tampoco puede admitir una causa de justificación, en el sentido de que no ha sido producido en un ámbito de especial relevancia, por lo que a lo único que puede conducir es a una atenuación, por el menor disvalor de la acción¹⁸⁵⁸.

En la legislación comparada se ha puesto de relieve normativamente, que el hecho típico no será antijurídico, siempre que no atente contra las buenas costumbres. Criterio de regulación que no responde a las exigencias del Estado de Derecho, por su grado de abstracción y por su relativismo para dar respuesta a un tema tan complejo; las buenas costumbres pueden ser tales para algunos pero no para otros, una percepción social que no puede guiar el sendero interpretativo del juzgador, al propiciar resoluciones de por sí contradictorias.

En palabras de STRATENWERTH, las "buenas costumbres" son un parámetro extraordinariamente impreciso, sino incluso inadecuado para la materia¹⁸⁵⁹.

Ahora bien, en el caso de las lesiones en los deportes, se dice que el consentimiento sería una suerte de justificación, a lo que habría que dar la siguiente precisión: los jugadores de fútbol, los corredores de fórmula uno, los boxeadores, etc., se someten voluntariamente a una «situación de riesgo» (auto-puesta en peligro; cuya permisión radica en su propia utilidad; propiamente un ámbito de *riesgo permitido*, donde las lesiones de mínima gravedad serán en realidad atípicas; sin embargo, las lesiones que revistan cierta magnitud, no podrán ser cubiertas por esta causal de atipicidad, sino por el consentimiento del afectado, que en realidad no es expreso sino presunto, pues el deportista implícitamente está aceptando someterse a un probable estado de lesión y, si del contacto físico con otro jugador se produce una lesión grave, será una conducta típica pero lícita¹⁸⁶⁰.

De todos modos, la lesión causada de forma artera y premeditada, al margen de las regulaciones deportivas, cae fuera de toda justificación.

Finalmente, las esterilizaciones de personas, para ser justificadas, en la medida, que la afectación que se produce en la salud del titular siempre será típica, requiere de ciertos requisitos: 1.-Consentimiento libre, producto de una decisión objetiva, al margen de cualquier tipo de presión. 2.-El consentimiento será sólo eficaz, si es prestada por una persona capaz de discernimiento, no exigiéndose la mayoría de edad prevista en el Derecho privado, no valdrá el

1858 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 337-338.

1859 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 216.

1860 Así, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., ps. 240-241.

consentimiento del representante legal; si el titular del bien no lo consiente, no existe pues una libre disposición de la vida y salud del menor, de quien ejerce la patria potestad; y. 3.-El paciente debe saber con exactitud, los alcances y consecuencias de la esterilización, basta con que se haya omitido una información relevante, para no darse por aprobado el consentimiento.

Aún mediando -los presupuestos anotados-, habiendo el titular del bien actuado, motivado por razones egoístas, por precio o recompensa, se quebrarían las razones mismas que dan lugar a esta justificante.

Las esterilizaciones forzadas que se produjeron en la década pasada, de ningún modo pueden ser comprendidas en esta causal justificante, pues fueron cometidas mediando ignorancia y error por parte de sus titulares, por lo que constituyen un verdadero injusto penal necesitado de pena, sea como lesiones dolosas o lesiones culposas; la persona que recibe el tratamiento médico, ha de estar informado, de los alcances y consecuencias de la intervención quirúrgica, una afectación a la facultad de procreación, es constitutivo también de la figura de lesiones.

8.4. Requisitos:

No se exigen las mismas formalidades que el Derecho Civil:

- a) Suficiente capacidad de discernimiento (14 años); se exigen facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por quien consiente, en este caso, privados de discernimiento que padecen de anomalías psíquicas profundas, siendo que su esfera cognoscitiva se encuentra alterada o desdibujada, no estarán pues en la capacidad de comprender la significancia del acto que están consintiendo¹⁸⁶¹.
- b) Basta que el consentimiento sea reconocido externamente, empleando cualquier medio idóneo, el cual debe ser anterior y no posterior.
- c) No se requiere que el agente tenga conocimiento del consentimiento; y,
- d) La coacción cancela el consentimiento, anula la capacidad de discernimiento, el error y el engaño sólo cuando sean lo suficientemente intensos para poder anular la capacidad decisoria del agente; el error sobre la identidad de la persona es a tal efecto irrelevante.

1861 LUZÓN PEÑA, señala que ante una falta de consentimiento jurídicamente eficaz del titular del bien jurídico, no existe justificación alguna y por tanto subsiste la responsabilidad civil. En: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. 1978, pp. 22 y ss.

8.5. El Consentimiento Presunto

El Consentimiento en principio debe ser expreso, aunque podrá ser tácito en aquellos casos en los cuales prime una relación de confianza (*Vertrauensschutz*), basada en una gestión de negocios, relación amical o cualquier otro vínculo que suponga que el titular del bien jurídico está de acuerdo con que el tercero lo utilice¹⁸⁶²; por tales motivos, deberá apreciarse el consentimiento «presunto», cuando el titular del bien jurídico no está en posibilidad de otorgar expresamente su consentimiento, pero éste se presume, siempre y cuando concurran ciertos presupuestos.

Éste concurrirá cuando quepa suponer cuando el portador del bien jurídico protegido habría prestado su consentimiento si hubiera tenido conocimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico¹⁸⁶³, (...) y por lo tanto tales casos deben ser considerados como si el consentimiento hubiese sido otorgado de verdad¹⁸⁶⁴; en estos casos, el consentimiento presunto tendrá igual virtualidad para aplicarse como una causa de justificación, a partir del respeto hacia la autodeterminación individual¹⁸⁶⁵.

Dicha verificación debe realizarse desde una perspectiva *ex ante*, esto es, de que el titular desde una apreciación objetiva hubiese otorgado su consentimiento¹⁸⁶⁶.

En cuanto a la objetividad del juicio de valor *ex ante*, no sólo puede fundamentarse en el respeto a la autonomía personal, pues no puede presumirse de ningún modo, que el titular hubiese consentido lesiones graves, torturas y otros medios de coacción, pues el límite a dicha presunción lo constituye la dignidad humana y, si la presunción favorable parte de un error de las denominadas: «circunstancias objetivas», no habrá de admitirse la justificación en cuestión.

El consentimiento presunto se configura cuando por diversas circunstancias el titular del bien jurídico no puede prestar expresamente su asentimiento, pero se tiene la convicción que lo prestaría si estuviera en condiciones para

1862 Así, el caso del amigo que utiliza el vehículo sin consentimiento de su amigo, aquel que ingresa al domicilio sin presentación previa, aunque parte de la doctrina estima que estos casos también podrán resolverse mediante el Estado de Necesidad Justificante, v.gr., quien ingresa a una morada ajena para apagar un incendio, quien utiliza un vehículo ajeno para transportar a un herido de gravedad a un nosocomio, etc. Por operar esta variante justificante de forma excepcional, algunos autores la consideran innecesaria (CEREZO MIR).

1863 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 346; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 134; DE VICENTE REMESA, J.; *Consentimiento y Acuerdo...*, cit., p. 115.

1864 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 167.

1865 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 196.

1866 Así, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 134.

hacerlo. La eficacia del consentimiento presunto es la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría¹⁸⁶⁷.

Como anota MIR PUIG, no dejará de eximir aunque luego (*ex post*) resulte que, contra todo pronóstico, el titular no apruebe la intervención¹⁸⁶⁸. Se parte de la propia libertad, como el deseo del titular de que se respeten los ámbitos autonómicos de organización, siempre y cuando esta disponibilidad no atente contra su propia dignidad y se pondere con los intereses comunitarios; no así, en cambio sí se fundamenta en la renuncia a la protección del Derecho, en la desaparición parcial del objeto de protección, al producirse el menoscabo del substrato material del bien jurídico, de acuerdo con la libre autodeterminación del sujeto pasivo, o en la ponderación del valor de la libre actuación de la voluntad y el desvalor de la acción y el desvalor del resultado de la agresión o lesión al bien jurídico¹⁸⁶⁹.

En el consentimiento presunto no resulta indispensable, que confluayan simultáneamente todos los requisitos exigibles en el supuesto del «consentimiento expreso»¹⁸⁷⁰

9. LA OBEDIENCIA DEBIDA

9.1. Introducción al Tema

La realización de toda actuación *funcionarial*, viene informada por una serie de principios, por criterios inspirados en las fuentes jurídicas que sostienen el basilar del Estado Constitucional de Derecho; la «Administración Pública» importa el ente jurídica y políticamente organizado, encargado de ejecutar y desarrollar prestaciones públicas, teniendo como destinatarios a los miembros

1867 PEÑA CABRERA, R.; *Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*.

1868 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 567.

1869 CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 346.

1870 En el ejemplo hartamente citado por la doctrina, de una familia muy ferviente de una determinada religión, que ante la hemorragia de uno de sus pequeños hijos, los padres se niegan rotundamente a que se le someta a una transfusión de sangre indispensable para salvarle su vida. Pues, ante la renuencia de los padres, se presume el consentimiento del pequeño, que en definitiva no está dispuesto a sacrificar un bien jurídico tanpreciado como lo es la vida. En esta situación se presenta un conflicto de bienes, uno de ellos la libertad de culto y religión de los padres con la vida del pequeño, que finalmente mediante una ponderación valorativa se inclina la balanza por la vida humana. En ese sentido ARMAZA GALDÓS; J. *Elementos Negativos del Delito*, cit., p. 97; BACIGALUPO E. *Manual de Derecho Penal*; cit. En tanto que para MIR PUIG, cuando la intervención resulte necesaria para salvar un bien no disponible por su titular, como la vida, no hará falta acudir a la figura del consentimiento presunto, sino que bastará que el hecho resulte amparado por el estado de necesidad (auxilio necesario). *Derecho Penal. Parte General*. Cit., p. 522; Romeo Casabona, ps. 366 y ss.

de la colectividad; a tal efecto, dicha actuación ha de cautelar únicamente el bienestar general.

Dicho lo anterior, la actuación pública *funcionarial*, estará legitimada, siempre y cuando se ejecute de conformidad con los principios jurídico-constitucionales, de forma específica: de «legalidad», «objetividad» e «imparcialidad»; lo que se pretende es evitar cualquier manifestación de arbitrariedad pública, cuando la función pública desborda los parámetros normativos que guían su proceder.

Así también, es de verse, que la institucionalidad democrática, define ciertas variables de la estructura organizacional de la Administración, en la cual se reconocen jerarquías de mando, en la toma de decisiones de todo estamento público; es decir, órganos jerárquicos superiores, como los Ministros, Alcaldes, Directores Municipales, etc.; quien tienen la misión de guiarla buena marcha de la Administración. Es por ello, que toman decisiones en ciertos ámbitos de intervención, las cuales se convierten en «órdenes», cuando son impartidas a los órganos funcionales inferiores, quienes en virtud, de los principios de «jerarquía» y de «obediencia», no tienen otro camino que acatar la orden de su superior, amen de cautelar el normal funcionamiento de la Administración.

Resultando, que las órdenes ha de ser ejecutadas, han de revelar un mínimo de «legalidad», dígame de «validez», de que el órgano inferior, infiera que está ejecutando una decisión presuntamente revestida de *legalidad*; es que la actuación pública no confiere al funcionario, ninguna potestad para hacer lo que le venga en gana, sólo ha de emprender aquellas conductas amparadas por el ordenamiento jurídico; la Ley y la Constitución constituyen los límites de toda actuación *funcionarial*. Por consiguiente, no se puede tolerar, menos admitir, la posibilidad de una «Obediencia Ciega», desprovista de toda valoración, lo que de cuño implica, rechazar el acatamiento de una orden manifiestamente *antijurídica*, como se ha sostenido en cierto sector de la doctrina y en los pronunciamientos de los Tribunales Internacionales de Justicia. En tal entendido, un precepto permisivo –así concebido–, requiere ser aplicado y valorado, a la luz de los principios ius-constitucionales.

La «Obediencia Debida», -como «Causa de Justificación», nada tiene que ver, con la posibilidad de exonerar de pena, a quien, merced a una orden de su superior, perpetra un hecho abiertamente lesivo a los valores fundamentales, v.gr., de golpear a los detenidos, de obligarlos mediante tortura a confesar su culpabilidad, de matar a los protestantes de una marcha, etc.; el fortalecimiento de la constitucionalidad, como sistema jurídico-estatal, ha puesto freno a todo intento de querer tornar impunes, abiertas violaciones a los derechos humanos.

Esta eximente, que se encuentra plasmada en el art. 20° inc. 9) de nuestro Código Punitivo, es objeto aún de discusiones doctrinales acerca de su naturaleza jurídica¹⁸⁷¹.

Un sector doctrinal la concibe como una «Causa de Justificación», y otro sector como una «Causa de Inculpabilidad»; consecuencias jurídicas que no son *baladí*, al desencadenar soluciones de delicada envergadura legal.

El argumento a favor de considerarla como una Causa de Justificación, supone que no se puede exponer al que actúa amparado bajo la «Obediencia Debida», a una reacción legitimada por la Legítima Defensa del particular; en cuanto a una reacción defensiva, como sucede en la hipótesis de la Legítima Defensa.

La otra postura de la doctrina la ubica como una Causa de Exculpación, en el sentido de que la orden que se debe obedecer puede ser antijurídica y que no pierde este carácter por el hecho de que se realice en virtud de la Obediencia Debida¹⁸⁷².

Quienes son partidarios de ubicarla como una Causa de Inculpabilidad se apoyan en el art. 368° del CP, que tipifica el delito de «Desobediencia y Resistencia a la Autoridad», tipo penal que incrimina la conducta del subordinado renuente a acatar la orden del superior, de esta forma se evita castigar a quien

1871 De distinta opinión es José Du POIT, el debate sobre la naturaleza jurídica de la obediencia debida ya no se le considera como objeto principal de estudio. Se apoya en autores como LENCKNER, MULLER RAPPARD. En: "La Obediencia Debida en el Derecho Penal Militar". La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. Director: Hurtado Pozo J. Coordinadora: Doig Y. Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial 2002. Universidad de Friburgo - Suiza, 2002, pp. 242-243. No consideramos correcta esta posición tal como lo demostraremos en el estudio del presente tópico. La moderna teoría del delito tiene su mayor logro en la separación estricta entre injusto y culpabilidad, bajo este contexto se sitúa también la delimitación de eximentes justificantes y disculpantes, pues mientras las primeras eliminan la antijuridicidad penal, las segundas la dejan subsistente, pero por razones de prevención decae el merecimiento de pena; la participación de varios intervinientes en la comisión del delito merece un tratamiento desigualitario entre las causas de justificación y las de disculpa, pues cuando el autor actúa amparado bajo una justificante, ésta se extiende a los otros participantes, lo que no sucede con las causas de exculpación que sólo hacen recaer sus efectos positivos en el autor y no en los demás participantes; además las reglas del error operan de forma diferenciada entre ambos tipos.

1872 En MUÑOZ CONDE, F. y otro: cit., ps. 356 y ss. Un sector de la doctrina jurídico-penal nacional, la ubica sistemáticamente como una Causa de Inculpabilidad (Causa de Inexigibilidad), como el afamado y recordado penalista PEÑA CABRERA que escribe así "Es de la consideración fijarla como una causa de inculpabilidad, dado que así se garantiza mejor el principio de legalidad y la admisión de la Legítima Defensa y la responsabilidad penal de los partícipes a nivel del subordinado".

cumplió con realizar el Injusto por inevitable cumplimiento¹⁸⁷³; mas es sabido, que la construcción típica no comprende los elementos privativos de la categoría de la «antijuridicidad», en el sentido que si bien la negativa del inferior jerárquico de acatar la orden, sería atípica, no sería constitutivo de un verdadero *injusto penal*, por la sencilla razón de que en un Estado Constitucional de Derecho, no pueden ser amparadas las órdenes manifiestamente antijurídicas, aquellas que suponen la afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Convenimos, que el cumplimiento de una orden revestida de todas las formalidades legales, siempre deberá ser «debida» (el precepto legal es claro y contundente), si es debida es porque está autorizada por el ordenamiento jurídico.

El deber de obediencia, como bien escribe MUÑOZ CONDE frente al cumplimiento de órdenes antijurídicas no convierte automáticamente en antijurídico el hecho de quien las cumple, ello supondría desconocer el Principio de Subordinación y Jerarquía que inspira la actuación administrativa y la obligatoriedad del cumplimiento de determinadas órdenes, a pesar de su contenido antijurídico¹⁸⁷⁴.

De recibo, el deber de acatar órdenes en la Administración Pública supone ciertos parámetros, pero quien actúa amparado bajo un revestimiento legalidad que dichos parámetros le confiere lo hará pues justificadamente; de forma contraria, quien actúa al margen de la legalidad no podrá cubrirse bajo los mantos de esta justificante, dependiendo del caso concreto podrá subsumirse bajo una Causa de Exculpación, en los supuestos del Estado de Necesidad Disculpante o de Miedo Insuperable.

Conforme lo sustentado, se garantiza mejor la estricta separación entre antijuridicidad y culpabilidad; aquel que no se encuentre amparado por la justificante podrá ser eximido de responsabilidad por razones de no exigibilidad de otra conducta.

1873 ZUÑIGA RODRÍGUEZ, citada por PEÑA CABRERA al respecto "...explica porqué el Derecho Penal no puede considerar típico el cumplimiento de un deber y a la vez típico su cumplimiento. Hay que estar, pues, al carácter antijurídico del injusto como contrariedad con todo el ordenamiento jurídico, para poder comprender los alcances del eximente del art. 20.9. Esto es en definitiva cierto, lo que es injusto para el Derecho penal no puede estar autorizado por una rama extra-penal; Sin embargo, consideramos que la obediencia es debida para el subordinado, es decir, justificada a pesar de que posteriormente se evidencie su carácter antijurídico, pero, no para el superior jerárquico, quien es finalmente el gestor material en abstracto de la orden antijurídica. La ley sólo puede amparar el acatamiento de órdenes válidas, aquellas "manifiestamente antijurídicas" obviamente no podrán ampararse bajo la obediencia debida, no podemos imponer una "obediencia ciega" o absoluta.

1874 MUÑOZ CONDE, F. y otro; *Derecho Penal. Parte General*. cit., ps. 356-357.

9.2. Toma de Posición

Nos inclinamos por considerar a la Obediencia Debida como una verdadera Causa de Justificación, merced a su sustantividad material, al tutelar un valor de especial valor jurídico, según el plano axiológico, propio del Estado Constitucional de Derecho.

Como bien afirma MIR PUIG: "Ante una orden no manifiestamente antijurídica se produce un conflicto entre el bien jurídico afectado por la orden y las necesidades del funcionamiento de la Administración Pública, que la ley resuelve a favor de la segunda"¹⁸⁷⁵; la preponderancia del bien jurídico institucional encuentra su basamento en la necesidad de satisfacer los servicios públicos, como función esencial del Estado Constitucional de Derecho.

La característica de lesionar un bien jurídico en salvaguarda, de otro es un factor inherente a toda Causa de Justificación, donde la ponderación de intereses jurídicos en conflicto, es la variable inherente a esta institución punitiva.

La ley autoriza la lesión del bien jurídico cuando impone el deber de obedecer (art. 368°)¹⁸⁷⁶, pues si la obediencia es debida, ha de ser permitida -justificada- y no puede ser prohibida, sólo podrá castigarse aquella desobediencia, de aquella revestida de todos los elementos intrínsecos que hacen verla como «válida», a los ojos de quien se le ha encomendado ejecutarla.

La «Obediencia Debida» habrá de justificar el hecho y sólo excluir la responsabilidad penal de su autor; el hecho de que el cumplimiento de una orden -revestida de las formalidades legales-, no significa que quede anulada la anti-juridicidad de la orden, así como la responsabilidad penal atribuible al superior jerárquico, al constituirse en un verdadero «Autor Mediato», que utiliza al subor-

1875 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 503; en la doctrina nacional comparte esta posición BRAMONT ARIAS / B. ARIAS TORRES al señalar que una persona obra en virtud de obediencia debida, a los efectos justificantes, en el campo punitivo, cuando realiza un acto ilícito cumpliendo órdenes recibidas de su superior jerárquico; *Código penal* anotado. San Marcos, 1995, p. 175.

1876 SCHÜNEMANN refiriéndose al delito de Desobediencia y Resistencia a la Autoridad, previstos en el párrafo primero del § 113, apunta que sólo se configura este delito cuando el ciudadano opone a un acto ejecutivo ajustado a Derecho, para el autor alemán carece de relevancia alguna la exigibilidad o inexigibilidad de recurrir a una vía de solución conforme a Derecho, como alternativa a la resistencia, entonces procede el error no culpable sobre el cumplimiento de un tipo (exclusión objetiva típica). Por tanto, en nada varía si se le considera como Causa de Justificación, de *lege ferenda*; en caso de que los actos antijurídicos ejecutivos no se castigaría por el delito de desobediencia, al encontrarse de *lege lata* con una laguna de protección jurídico-penal, dice el autor, se estimularía a los agentes ejecutivos a un examen cuidadoso de sus facultades de injerencia; *La función de la delimitación de Injusto y Culpabilidad*, cit., ps. 231-232.

dinado como un instrumento, pues es el hombre de atrás quien dirige y controla la conducta del ejecutor a fin de lesionar un bien jurídico tutelado¹⁸⁷⁷.

Dicho lo anterior, el carácter antijurídico del acto emanado por el superior queda subsistente no obstante ser justificado la actuación del subordinado; sólo responde el primero de ellos, por el tipo penal de «Abuso de Autoridad»¹⁸⁷⁸.

Ante una supuesta detención arbitraria -en la medida que cumpla con todos los requisitos exigidos por la ley-, el ciudadano afectado con la medida coercitiva no podrá ofrecer resistencia (Legítima Defensa), sin perjuicio de poder interponer todos los recursos legales pertinentes: Recurso de apelación, de queja o inclusive un *habeas corpus*.

Al catalogar esta eximente como una Causa Disculpante, el ciudadano se vería premunido del ejercicio de la Legítima Defensa, lo que supondría una paralización continua del *normal funcionamiento* de la Administración Pública, lo cual fomentaría el desacato y virtualmente, generaría una afectación del principio de «autoridad», principio que garantiza la seguridad jurídica en el Estado de Derecho.

9.3. Requisitos de Forma

Como señala PEÑA CABRERA, obedecer órdenes tiene límites y restricciones:

- a) Relación de dependencia jerárquica entre la autoridad que ordena y el que obedece, subordinación que procede de la autoridad pública.
- b) La orden debe referirse a las relaciones regulares entre el superior y el subordinado¹⁸⁷⁹, y dentro del ejercicio de las funciones competenciales del primero.

1877 En ese sentido VILLAVICENCIO TERREROS, al anotar que el hecho de que la obediencia exima de pena al subordinado no excluye de responsabilidad al superior jerárquico, pues éste actúa como autor mediato si lo hizo con dolo o simplemente como autor culposo; *Código Penal Comentado*, 3era edición, 2001, cit., p. 131.

1878 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 211-222.

1879 En ese sentido, VILLAVICENCIO TERREROS al anotar que el hecho de que la obediencia exima de pena al subordinado no excluye de responsabilidad al superior jerárquico, pues éste actúa como autor mediato si lo hizo con dolo o simplemente como autor culposo. *Código Penal Comentado*: 3era. Edición, 2001, p. 131; Sin embargo, hay que recalcar que la autoría mediata se configura como la instrumentalización de otro, dominando su conciencia típica o aprovechándose su desconocimiento sobre los hechos, pues, esta dominabilidad configurativa exige el dolo como elemento subjetivo.

- c) Competencia del subordinado para cumplir el acto ordenado por el superior; y,
- d) La orden debe ser expresa y presentarse con las formalidades legales que le son inherentes¹⁸⁸⁰. Ejemplo: No puede proceder a una detención policial, sin la resolución judicial motivada emanada del juez competente, a menos que se trate de un arresto en flagrancia.

La Exposición de Motivos del CP de 1991, dispone a la letra lo siguiente: "...cabe destacar que la Comisión Revisora interpreta, que con las locuciones "orden obligatoria", "autoridad competente" y "ejercicio de sus funciones"; se alude tácitamente, pero de manera suficiente, a que la orden del superior no debe ser manifiestamente ilícita, no siendo así necesario, en tal sentido, indicarlo así *expressi verbis*"¹⁸⁸¹.

La Obediencia Debida sólo se refiere a órdenes legales, impartidas por la autoridad competente, en el ejercicio pleno de sus funciones competenciales y revestida de la legalidad prescrita por la ley; si quien dicta la orden, es un *extraneus*, quien no se encuentra investido legalmente de una determinada función pública, habrá de responder por el delito de Usurpación de Funciones y, si en dicho marco, afecta bienes jurídicos de los ciudadanos, será responsable por los delitos comunes incurridos.

La Exposición de Motivos se apoya en la Teoría de la Apariencia¹⁸⁸² o de la "orden aparentemente conforme a Derecho" ¿Posibilita esta postura la jus-

1880 Pero, ante una detención a todas luces ilegal, que no cuenta con la autorización correspondiente y el ciudadano sí podrá ofrecer resistencia, porque estaremos ante una "agresión ilegítima"; otro sector de la doctrina se inclina por el Estado de Necesidad, lo que supone que la defensa no puede causar un mal mayor que el que amenaza, no sería justo admitir una solución que dé preferencia al agredido (legítima defensa) cuando el que ejecuta la orden se encuentra obligado a hacerlo. Esta solución sólo podrá ser coherente en los casos en que realmente el subalterno se encuentra obligado a acatarla, pero no en supuestos de una evidente actuación ilegal por parte del funcionario. Por otro lado, la obligación de los ciudadanos de soportar los actos ejecutivos estatales viene determinada por el Derecho Público que rige las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, dícese ejecuciones forzosas, embargos preventivos, mandatos de detención, etc., son actos ejecutivos administrativos; como señala SCHÜNEMANN, el deber de soportar intromisiones en los derechos fundamentales se halla garantizado jurídico-constitucionalmente por las intervenciones del Derecho Público garantizado por la propia Constitución (art. 38° *in fine*); op. cit: La estructura del Estado de Derecho viene informada por la separación de poderes y por la actuación de los administrados (ciudadanos) en el deber de acatar las órdenes que de sus poderes políticos emanan.

1881 Este requisito sólo es exigible cuando la orden ejecutada proviene de las relaciones de los escalafones jerárquicos de la administración, más no cuando la orden debe ser cumplida por un particular, en virtud de la fuerza coactiva que la orden viene revestida por el Derecho Público.

1882 Para MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, se requiere de los siguientes requisitos: 1. Relación

tificación por cumplimiento de órdenes ilícitas no manifiestas (leves o graves), incluso órdenes que constituyen delito? La justificación no se hace depender de la mayor o menor ilicitud intrínseca de la orden, sino del carácter manifiesto o no de la ilicitud. Nuestro Código Penal se engarza en la "Teoría de la Eficacia Jurídica" o en la "Teoría de la Nulidad", que inciden sobre la legitimidad del ejercicio del cargo, es decir, la Obediencia Debida no está en función de la apariencia de licitud de la orden, sino de la obligatoriedad o eficacia jurídica del acto, porque no existe el deber de obedecer órdenes nulas de pleno derecho.

Es importante en este acápite realizarnos la siguiente interrogante:

¿Tiene realmente el receptor, la posibilidad ora revisar la legalidad intrínseca de las órdenes que recibe, ora examinar su carácter delictivo? ¿Realmente en qué contexto situacional nos encontramos? ante una administración pública plagada de funcionarios y servidores públicos, que creen encontrar en su posición funcional la herramienta perfecta para satisfacer sus intereses personales en desmedro de la casta pública, que para tal cometido no dudan muchas veces en instrumentalizar a sus subordinados para lesionar bienes jurídicos de particulares o en puridad *institucionales*.

Ante el contexto descrito, se convierten en verdaderos «autores mediatos», obrando los agentes ejecutores amparados bajo esta justificante, pudiendo proceder también, el cumplimiento de un deber¹⁸⁸³; por lo tanto, su accionar antijurídico es desvirtuado en su esencia y naturaleza.

Jerárquica.- En la administración pública, en el derecho militar y policial, en estructuras públicas que se basan en la diversa graduación de los niveles jerárquicos funcionariales. Los principios que rigen su actuación son de subordinación, de autoridad y de jerarquía. 2. Competencia Abstracta.- Del que da la orden para dictarla dentro de sus facultades. 3. Competencia del Subordinado. Que esté facultado competicionalmente para ejecutar la orden del superior. 4. Que la orden sea expresa y que se encuentre revestida de las formalidades legales: *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 357-358; en relación con la competencia abstracta, MIR PUIG escribe que: "algún funcionario puede tener competencia para dictar una orden antijurídica, para ello soluciona la distinción entre competencia concreta y abstracta. El Derecho no concede a nadie, competencia concreta para dictar una orden antijurídica constitutiva de delito, porque la competencia concreta se refiere al concreto acto que se trate; en cambio, en la competencia abstracta, basta que el acto ordenado pertenezca a la clase de los que normalmente puede ordenar el órgano". Ejemplo: Un juez o un tribunal puede dictar en concreto una sentencia a todas luces "injusta", dentro de los actos que legalmente puede realizar. Sólo la competencia abstracta es la única necesaria para que una orden genere el deber de obediencia.

1883 El CP español de 1995, en su artículo 410° (De la Desobediencia y Denegación de Auxilio), acápite 2 prescribe que: "..., no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general". Es decir, se le autoriza al funcionario a negarse a cumplir órdenes manifiestamente antijurídicas, las cuales deberán estimarse objetivamente, desde la perspectiva de un funcionario medio.

9.4. Validez Jurídica de la Orden

¿Quién debe valorar la validez jurídica de la orden? A opinión de MUÑOZ CONDE será el funcionario¹⁸⁸⁴, pero, dentro de cierto margen, no detentará pues un amplio margen de discrecionalidad porque ello implicaría una paralización continua de la funcionalidad operativa de la Administración Pública. El carácter antijurídico de la orden debe valorarse objetivamente desde la perspectiva de un funcionario de nivel medio.

En caso de duda sobre la legalidad de la orden, se resuelve a favor del carácter vinculante (*Indubio pro legalitate*), siempre y cuando cuente con sus elementos formales de intrínseca validez.

9.5. Casos de Error

Cuando el subordinado cree que la orden emanada por el superior es lícita -se resolverá tal como lo señalamos en líneas anteriores-; puede acontecer también que el subordinado crea que su obediencia sea absoluta, no advierta el carácter antijurídico de su acto o no alcanza a comprender la magnitud del acto que le ordenan obedecer; para ello, deberá tomarse en cuenta en cada caso concreto: el nivel jerárquico del inferior, su formación profesional y conocimientos especiales (nivel de instrucción).

Como toda Causa de Justificación, los casos de error sobre los presupuestos objetivos de la misma, se resuelven según las reglas del error de prohibición, sea éste inevitable o evitable.

En palabras de PEÑA CABRERA ante una orden revestida de todas las formalidades legales, el subordinado tiene dos alternativas: Si acata la orden queda exento de pena -aunque responda el superior jerárquico como autor mediato-; si no la acata comete desobediencia -siempre y cuando la orden no era nula de pleno derecho¹⁸⁸⁵.

No existe el deber de cumplir una orden a todas luces ilícita aunque el superior insista, pero, tampoco se puede paralizar el funcionamiento de la Administración Pública por un excesivo control de los niveles inferiores, tomando

1884 La teoría de la apariencia es postulada por un sector de la doctrina jurídico-penal hispana, como VIVES ANTON que dice así: "El carácter vinculante dependería del carácter manifiesto de su antijuridicidad, es decir, de su apariencia de legalidad", postura que tiene sustento legitimador en base a lo previsto en el art. 410 del CP español.

1885 La diferencia entre la obediencia debida y el cumplimiento de un deber, radica en que en ésta última el ciudadano o funcionario obra en cumplimiento de una disposición legal emanada del orden jurídico, en cambio, en la obediencia debida se basa en el cumplimiento de órdenes provenientes de una autoridad superior.

en cuenta la necesidad de que las prestaciones públicas sean efectivamente concretizadas en sus naturales destinatarios.

9.6. El Cumplimiento del Deber en el Marco de la Función Militar y Policial

Se incorpora el inciso 11 del CP, vía el Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio del 2007, que queda redactado en los siguientes términos: *“El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”*.

En países como el nuestro, la orientación política criminal, importa una reacción inmediata a los hechos que se suscitan día a día en nuestras calles y urbes; no resulta el producto de una decisión razonada y hondamente reflexionada, como se exige en un orden democrático de derecho, sino un mensaje que pretende calar en las masas, a fin de restablecer una seguridad meramente «sensitiva» y «perceptiva» a la vez, en cuanto al estado de inseguridad que pende en la psique de los individuos.

Las movilizaciones sociales, las huelgas, las marchas de los gremios y sindicatos que cubren las calles de nuestras urbes, revelan la crisis del Estado de Bienestar, la imposibilidad de gestionar y solucionar las demandas reivindicatorias que día a día ponen jaque a las autoridades estatales. No existe una capacidad de gestión suficiente para colmar dichas exigencias, de conformidad con ciertos lineamientos políticos económicos, que se han constituido en parámetros de gobierno en el marco de una economía globalizada.

A ello cabe sumar, una criminalidad incesante, que crece de forma vertiginosa en las ciudades del país, no sólo la delincuencia convencional, como los robos, secuestros, asesinatos, etc.; que propician los hechos de sangre que cubren los titulares de los periódicos de forma sensacionalista, sino también aparecen en toda su dimensión, estructuras criminales que por su compleja red de actuación delictiva, hace dificultosa su investigación, persecución y consecuentemente sanción punitiva. Todo un alud de conductas fenoménicas, que repercuten de forma significativa en la respuesta político criminal que de forma permanente sanciona el legislador.

Sin duda, la sociedad reclama mayores controles punitivos, reacciones penales de mayor intensidad, persecuciones penales de mayor envergadura, a fin de satisfacer psíquica y cognitivamente su seguridad.

Es de verse, que en el umbral del tercer milenio, las nuevas formulaciones político criminales tienen como sustento, la Seguridad Pública o dígame la Seguridad Ciudadana, bienes jurídicos de corte supraindividual que vienen a reemplazar la imagen convencional del bien jurídico, en cuanto a la comprendidos en el Derecho penal nuclear (*Kernstrafrecht*); ya no es la vida, el cuerpo, la

salud y la libertad los intereses jurídicos que determinan el devenir de la política penal, sino cuerpos abstractos, de contenido difuso que propician el flujo de la respuesta legislativa. La amenaza del orden público, el caos social, la desestabilización del régimen democrático provocan que la reacción punitiva, se aleje peligrosamente de las garantías que se desprenden de la idea del Derecho penal liberal. Una suerte de redefinición de los cometidos de la política criminal, que terminan por incidir en el plano de las categorías dogmáticas, cuya reelaboración ha desencadenado la construcción de nuevos elementos de imputación delictiva (delitos de acumulación, peligro abstracto, bienes jurídicos supraindividuales, etc.), lo que ha significado –en breve- la sustitución de las variables que legitiman la intervención punitiva. Ya no se habla de los estados de lesión, sino de la puesta en peligro; en el estricto campo procesal, la intervención persecutoria relativiza la presunción de inocencia, oponiéndose los estados de sospecha.

Es que en la política criminal moderna, la orientación se dirige a un mensaje utilitarista, de tender un puente comunicativo hacia el colectivo, de tranquilizar a la sociedad mediante la respuesta punitiva, que a la larga sólo tiene efectos “simbólicos”, pues si no fuera así, el discurso tendría que discurrir en una trayectoria distinta.

La «Seguridad Pública» constituye un interés jurídico digno de protección en el Estado de Derecho, pues su afianzamiento permite precisamente el desarrollo de los bienes jurídicos fundamentales; de nada sirve la vida, la salud y la libertad personal, si es que el individuo no puede desarrollarse en un ambiente de paz y de seguridad.

Constituyéndose la Seguridad Pública en *conditio sine qua non*, como plataforma del ser humano para su autorrealización personal y para permitir su participación en concretas actividades socio-económicas-culturales; por otro lado, según los valores que se contemplan en la idea de un Estado de Derecho, el principio de autoridad es consustancial a dicho concepto, por lo que los ciudadanos –como súbditos- deben ser respetuosos de la legalidad, de adecuar su conducta conforme a los valores que contienen las normas jurídico-penal, de configurar un estado valioso de interrelación social, (...) para que no dañen, protejan de peligro, o incluso creen positivamente determinadas realidades que se estimen valiosas¹⁸⁸⁶.

La desobediencia normativa, genera una defraudación social que sólo puede ser compensada con la reacción estatal punitiva, de acuerdo, a fines preventivos claro esta; de todos modos la Seguridad Pública como concepto, no puede generar el debilitamiento de tutela hacia los derechos fundamentales,

1886 RUDOLPHI, Hans-Joachim; *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*. En: *El Sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Estudios en honor a CLAUS ROXIN en su 50º aniversario, cit., p. 81.

pues a la larga la excesiva protección del primero desencadena la pérdida de vigencia de los segundos y, con ello, las garantías consustanciales a un Estado de Derecho.

Ante ello, asistimos a la «funcionalización» del Derecho penal, a la huída hacia el aparato punitivo del Estado, pues todos los conflictos sociales se pretenden arreglar o sofocar mediante la incorporación de nuevas figuras delictivas, mediante la exasperación de la sanción punitiva, extendiendo los plazos de detención preventiva, restringiendo los beneficios penitenciarios, etc.

De recibo, que en ciertas circunstancias el ajuste punitivo puede resultar legítimo y necesario, pero es de verse que en las últimas reformas penales, las modificaciones producidas al texto punitivo y leyes conexas, advierten un uso excesivo del Derecho penal, basado en la respuesta electorera, de mantener cautivo al público, de sintonizar con el clamor popular, lo que ha conllevado a una especie de populismo penal (*völkisch*)¹⁸⁸⁷, donde la irracionalidad legislativa es más que evidente, pues ya ni siquiera interesa que la formulación político criminal se base en alguna variante de doctrina penal, pues se legisla de espaldas a los especialistas, de los técnicos y de los teóricos de la materia.

Ahora bien, podemos advertir dicho fenómeno, con la sanción de los Decretos Legislativos Nos. 982, 983, 984 y ss.; es que la política criminal ha desbordado ya de forma concluyente el umbral de razonabilidad y de racionalidad, constituyendo la maximización de una propuesta punitiva abiertamente incompatible con los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho. La inclusión del "Cumplimiento del deber", como una errática manifestación dogmática de "inimputabilidad"¹⁸⁸⁸ que confiere el derecho a los efectivos policiales y agentes militares a matar y a causar lesiones a sus congéneres, así como la incorporación normativa en el tipo de Extorsión, en cuanto a la participación de un funcionario público con poder de decisión, en el marco de una huelga constituyen a su vez lo siguiente: el abandono definitivo de las garantías materiales de un Derecho penal democrático y humanista, en cuanto a la superposición de los fines del Estado (orden público, principio de autoridad, seguridad pública, etc.), sobre los bienes jurídicos fundamentales (vida, el cuerpo, la salud, la libertad),

1887 La Ley N° 28204 de abril del 2006, es una manifestación más evidente del "populismo penal", cuando la respuesta legislativa se ciega a los principios jurídico-penales, únicamente guiado hacia la obtención de un consenso social; terminología, en virtud de la cual, ZAFFARONI describe una variante del autoritarismo cool en América Latina, como un manifiesto de la irracionalidad punitiva en los políticos de hoy día, reemplazando a los técnicos jurídicos por las masas victimizadas, que reaccionan de forma primaria ante el crimen, lo cual es canalizado por el legislador para desenfundar leyes irracionales e arbitrarias; *El Enemigo en el Derecho Penal*, cit., ps. 67 y ss.

1888 Se incorpora el inc. 11 al artículo 20° CP (eximentes de responsabilidad penal), vía el Decreto Legislativo N° 982.

vaciando de contenido material los valores primordiales que constituyen la base axiológica y teleológica en nuestro texto ius-fundamental.

Una ruptura del Estado de Derecho, para adentrarnos peligrosamente a prácticas, únicamente identificables en un Estado de Policía.

Por otro lado, la penalización de conductas que no revelan un contenido de ofensividad social suficiente para poder ser elevadas a la categoría de tipificaciones penales. La desesperación por neutralizar las demandas sociales y, de garantizar el principio de autoridad, ha desencadenado una politización del Derecho penal, pues el ejercicio de derechos constitucionales (derecho de huelga, sindicalización, de petición, de crítica, etc.), no puede ser negado so pretexto de evitar que el Estado se enfrente con el Estado; esto en realidad no es así, puesto que los presidentes regionales, alcaldes, regidores y otros, que son elegidos por las urnas, se deben primero a su electorado, y si no se escuchan su voces, tienen todo el derecho de reclamar según las bases fundacionales de una democracia representativa¹⁸⁸⁹. Empero, si dichos reclamos se materializan en daños materiales, en la pérdida de vidas humanas, en el bloqueo de carreteras y otras conductas penalmente negativas, éstas deben ser perseguidas penalmente y debidamente sancionadas, en tanto nuestro CP tipifica las conductas que atentan contra la Tranquilidad Pública, contra el patrimonio público y privado, la vida de las personas, etc.

Cuando el ejercicio legítimo de un derecho desborda el ámbito legal, se convierte en el uso abusivo de un derecho y finalmente puede desencadenar en la comisión de ilícitos penales, los cuales deben ser enfrentados con los mecanismos e instrumentos que se desprenden de la Ley y de la Constitución Política del Estado. La base fundamental de una democracia reside en el diálogo y en el consenso, el Derecho penal debe ser siempre la última opción, en otras palabras dicho: más Estado Social menos punición.

Ahora bien, ya entrando en materia, habremos de decir que el legislador del 91, en la redacción primigenia del texto punitivo, compaginó una serie de circunstancias que pueden determinar la exoneración punitiva por una serie de conceptos que se desprenden de los diversos niveles dogmáticos de la teoría del delito; aquellos que importan las causas de inimputabilidad por defectos psico-físicos e orgánicos del sujeto infractor de la norma, pues es evidente que estos individuos no están en posibilidad de adecuar su proceder conductivo a los mandatos normativos, los defectos que los caracterizan les impiden motivarse de acuerdo al mensaje normativo, previsto en el precepto en cuestión: anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alternaciones

1889 Obviamente, sin transgredir lo previsto en el artículo 42° del CP, en cuanto a su imposibilidad de ejercer su derecho de huelga, pero nótese, que participar en una huelga ajena, es una situación totalmente distinta.

en la percepción, que afectan de forma considerable su percepción para con la realidad; a lo cual se agrega, la condición genésica del autor; el menor de edad que por no haber alcanzado una madurez suficiente y un desarrollo auto-personal óptimo, no está en condiciones de comprender la naturaleza delictiva de su conducta, por lo se le reputa «menor infractor de la ley penal».

Así también, se han incluido las causas que hacen de una conducta en principio típica, autorizadas por el ordenamiento jurídico, al confrontarse con valores jurídicos superiores. Preceptos permisivos que determinan que la tipicidad tenga ceder ante criterios unificadores que se contemplan en el sistema normativo, suponen pues, autorizaciones legales, a fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales que se encuentran glosados en la Ley Fundamental: legítima defensa, estado de necesidad justificante, obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber en el ejercicio legítimo de un derecho, el consentimiento del ofendido y la obediencia debida.

Renglón seguido, identificamos las causas de exculpación que se comprenden en los «estados de inexigibilidad», aquellas circunstancias que afectan un proceso de normal motivación del sujeto, que no le queda mas remedio que vulnerar bienes jurídicos de igual valor al del que pretende preservar, decayendo de forma significativa los fines preventivos de la pena (preventivo-generales y preventivo-especiales).

Finalmente, las situaciones de «ausencia de acción», cuando la lesión la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, es obra de una conducta que carece de los elementos mínimos para afirmar su relevancia jurídico-penal, nos referimos a la voluntad y a la conciencia humana, como los elementos componentes de una acción conforme a un sentido personal y de relevancia penal, de un comportamiento que puede ser calificado como típico.

Por lo expuesto, resulta dogmáticamente coherente y adecuado, glosar esta particular eximente como una forma de inimputabilidad. La «imputabilidad» importa la capacidad que le viene dada al individuo, para responder positivamente frente al mandato normativo, como exigencia conductiva de abstención de una determinada acción o la realización de una conducta a fin de salvaguardar la indemnidad de un bien jurídico. En tales casos, el sujeto no está en capacidad de adecuar su conducción conforme al mensaje contenido en la norma en cuestión, por revelar ciertos defectos en su ámbito de organización personal, que importan una neutralización a la motivabilidad normativa, que opera luego de la interiorización cognitiva. Por consiguiente, en el caso in examine, el hecho de matar o causar lesiones, no se funda en un defecto de organización personal, que repercuta en el juicio de imputación individual (culpabilidad), sino en el ejercicio mismo del deber, que se deriva de la ley; en tal medida, si bien el Poder Ejecutivo, ha determinado de *lege lata* que esta eximente se comprende en una causal de inimputabilidad, no podemos acoger dicha decisión positivista, pues

no se condice con los fundamentos que separan al Injusto de la Culpabilidad. Habiéndola compaginado en las causas de justificación, que inciden en el juicio de la antijuridicidad, por la naturaleza que se desprende de aquélla, ello no debe dar entender, que esta eximente se adecue plenamente a la naturaleza axiológica de los preceptos permisivos, pues como se verá más adelante, esta eximente riñe con los principios elementales de las causas de justificación.

En el marco de las causas eximentes, particular trascendencia, para el análisis que en este caso nos ocupa, resultan las que se encuentran contempladas en los incisos 8 y 9. Primero, el ejercicio de un derecho, por disposición de la Ley y cumplimiento de un oficio o cargo. Constituye una consecuencia lógica que se deriva de las máximas de un Estado de Derecho, que se confieran una serie de atribuciones y competencias a una serie de funcionarios públicos, a fin de resguardar el funcionamiento de ciertas instituciones públicas así como la actuación de determinados cargos públicos. La realización efectiva de dichos cargos, oficios y/o funciones implican *per se* injerencia en derechos fundamentales, en orden a garantizar la organización estructural del Estado de Derecho; pero su legitimidad esta condicionada, a que el uso de la fuerza pública sea proporcional a las circunstancias y que se ejecute en respeto a los derechos fundamentales de la persona humana y a su dignidad inherente. La «prohibición de exceso» y el principio de «proporcionalidad», se instituyen como dos piezas insustituibles como interdicción a la arbitrariedad pública.

Por su parte la «Obediencia debida», importa la negación de la antijuridicidad penal, cuando la conducta típica ejecutada por un determinado funcionario o servidor público se enmarca en la estructura de una institución, regida por los principios de jerarquía y de subordinación, donde el servidor de menor grado está en la obligación de acatar las órdenes de su superior, a pesar de ser antijurídicas, siempre y cuando vengan revestidas por determinadas características (teoría de la apariencia legal); cuando la orden del superior signifique una directa lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de valor fundamental del ser humano, no resulta aplicable este precepto permisivo, pues no puede ampararse una obediencia ciega; ante órdenes manifiestamente antijurídicas, no existe el deber de obediencia, como se ha sostenido en el acápite correspondiente.

Ahora bien, advertimos que la nueva causal que se ha incluido con la sanción del Decreto Legislativo N° 982, tiene ciertas coincidencias con las causa de justificación antes reseñadas; dice el precepto, que la exención de responsabilidad penal obedece *al cumplimiento en el deber de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, cuando cometan lesiones o la muerte de una persona*. Las Fuerzas Armadas se encuentran encargadas según la Ley Fundamental a garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República, así como asumir el control interno de conformidad con el artículo 137° (Regímenes de excepción); por su parte la Policía Nacional, tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno.

De lo expuesto, se colige que sólo la policía tiene la potestad de actuar en las funciones de prevención y represión de la delincuencia; sólo de forma excepcional las Fuerzas Armadas pueden intervenir, a fin de sofocar circunstancias que afecten la paz y el orden interno del país. En tal entendido, cuando los efectivos policiales salen a controlar situaciones de desorden público, realizan operativos para dar con el paradero de sospechosos de delitos graves, intervienen domicilios a fin de adquirir pruebas, intervienen las comunicaciones privadas, etc.; lo hacen en mérito al ejercicio del cargo, autorizaciones jurídico-públicas para la lesión de bienes jurídicos individuales y, en este marco la policía actúa, y en dicho accionar afecta los intereses jurídicos de los ciudadanos, a través de actos de injerencia. Empero, según las reglas de un orden democrático de derecho, la compaginación de autorizaciones estatales, deben estar estrictamente delimitadas, a fin de que la prevención de comportamientos socialmente negativos no se convierta en una represión ciudadana, ello es lo que diferencia a un «Estado de Derecho» con un «Estado de Policía».

Cuando se ejecutan estas intervenciones, el uso de la fuerza pública se orienta a neutralizar todas aquellas acciones que pongan en riesgo la seguridad y tranquilidad pública; por lo que su uso tiende a neutralizar cualquier tipo de violencia callejera: manifestaciones, movilizaciones sociales, paros, huelgas, etc. No olvidemos que la protesta pública es un derecho constitucional que no puede ser objeto de represión por parte de las agencias estatales criminalizadoras. El uso de la fuerza, entonces, se orienta únicamente a resguardar el orden público y, si hay detenidos –por la presunta comisión de un delito–, éstos deben ser puestos a disposición de las autoridades competentes (Ministerio Público y Poder Judicial).

Lo que debe quedar claro es que no existe ninguna autorización a lesionar a un individuo y, menos a su eliminación, esto es su muerte; si un efectivo policial o militar está a punto de ser agredido ilegítimamente por un ciudadano, tendrá la posibilidad de repeler dicho ataque, que inclusive podría suponer la muerte de un ciudadano, pero aquello se funda en el principio de auto-protección y el principio de salvaguarda del Derecho, en otras palabras en la Legítima Defensa, derecho que goza todo ciudadano, inclusive un efectivo policial y/o militar. Cuestión muy distinta, que es regulado en los Código de Justicia Militar y en los Tratados que regulan la Guerra, es el derecho que se confiere a los soldados, para dar muerte a sus enemigos; pero ello no tiene nada ver con la codificación punitiva, que sólo refiere a los delitos comunes.

Podemos afirmar con corrección, que no existe un «derecho a matar y/o lesionar» por parte de los efectivos policiales; ante ello, cabe precisar que la eliminación o lesión de un ciudadano siempre debe ser la última opción, ante de ello, deben agotarse todos los mecanismos de menor agresividad con que cuentan las fuerzas del orden. Empero, acaecen situaciones extremas que im-

portan a su vez una reacción estatal extrema, esto es, la eliminación de un individuo, cuando se encuentre en un riesgo concreto de lesión, bienes jurídicos fundamentales. Piénsese en desgraciados sucesos, comunes o de terrorismo, con toma de rehenes, apunta QUERALT JIMÉNEZ, en los que la vida y la libertad de terceros inocentes son puestos en un peligro inminente. Ya ante tal hecho el Estado ha de poder dar una respuesta adecuada. En algunos supuestos, señala el autor, lamentablemente, el disparo doloso mortal sobre los delincuentes es la única forma de ponerlos fuera de combate¹⁸⁹⁰. Sin duda, estos son casos, que habrá que analizar de forma pormenorizada, para no convalidar actuaciones extremas, que se condicen con la real gravedad del suceso.

Esta claro que las protestas sociales, las movilizaciones sociales, las jornadas de demanda sindical aunado a la violencia criminal que sacuden las ciudades de nuestro país, han provocado un rechazo airado por parte del Gobierno, de poner freno, sobre todo, al segundo de los aspectos mencionados, mediante la sanción de este enorme paquete legislativo; pues no se puede pretender penalizar actos que son constitutivos de un derecho constitucionalmente reconocido (derecho de huelga). Se continua, entonces, con la falaz idea que el corpus punitivo, a partir de una mayor incidencia represiva va a poner coto a esta incesante criminalidad, con las excepciones de naturaleza procesal que no son objeto del presente análisis.

La funcionalidad del Derecho penal con efectos puramente simbólicos, para generar un clima aparente de seguridad ciudadana en los miembros de la población, que siempre están ávidos por recibir ofertas criminalizantes. No podemos justificar de ningún modo, menos avalar, disposiciones legales, que pretenden otorgar a las fuerzas públicas criminalizantes, atribuciones de esta naturaleza, de poder causar la muerte o lesiones a los ciudadanos, como si el Perú viviera una guerra interna, donde los derechos fundamentales deban quedar vaciados de contenido, a fin de resguardar los fines exclusivamente sistémico-estatales.

Nadie niega que en un Estado de Derecho, la preservación del orden público y la seguridad ciudadana, constituyan una función de primer orden del Estado, pero dicho cometido, no puede significar a su vez, un avasallamiento de los derechos fundamentales.

El reconocimiento de estas facultades, que derivan del ejercicio de un cargo y/o oficio, pueden resultar un arma de doble filo, sobre todo en coyunturas de especial conmoción pública, cuando los gremios y ciertos sectores salen a las calles a manifestar sus demandas, donde los efectivos policiales son los encargados por ley, a enfrentar cualquier tipo de desborde, a fin de cautelar los

1890 QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; *La Obediencia Debida en el Código Penal. Análisis de una Causa de Justificación*. Librería BOSCH, Barcelona, 1986, cit., p. 296.

derechos del resto de ciudadanos. En efecto, bastará que se de una situación de alarma social, para que el efectivo policial haga uso de su arma reglamentaria, para lesionar o hasta matar a un ciudadano; pues ni siquiera se ha señalado en este dispositivo autoritativo, bajo que condiciones y/o presupuestos deba operar, pues quedaría a un puro arbitrio policial y/o militar; pudiendo también, justificar abiertas violaciones de derechos humanos, de operaciones encubiertas que por su apresuramiento y descoordinación, terminen por lesionar a personas inocentes; tal como sucedió en la década pasada, en el caso de Barrios Altos y la Cantuta.

Tal vez estemos exagerando, pero la experiencia demuestra claramente, que conferir amplias facultades a las fuerzas públicas, termina por generar una serie de excesos, abusos e injusticias, con un saldo social muy negativo, por lo que no nos podemos dar el lujo de repetir dicha historia. La necesidad de articular respuestas eficaces al problema de la delincuencia, no nos puede arrastrar a corrientes maximalistas, utilitaristas y eficientistas, que superponen los fines del Estado a los fines del Derecho.

El término en «*cumplimiento de su deber* (...)», importa una definición muy abierta, que puede ser llenada de contenido con un sinfín de valoraciones que a la postre pueden significar la convalidación de actos en sí injustos e arbitrarios, cuyo contenido valorativo podría ser llenado jurisprudencialmente, pero de todos modos esta no es la mejor opción, según el principio de legalidad.

La Seguridad Ciudadana comporta una necesidad pública evidentemente, a efectos de garantizar una convivencia social pacífica, pero esto a su vez, no puede desencadenar la confirmación de un Estado de Policía, mediante la irrogación de incommensurables espacios de actuación discrecional a las fuerzas del orden, ello conlleva a una policización y militarización del Estado de Derecho, una maximización de la respuesta penal que incide en una merma significativa de los derechos fundamentales, soslayando los fines superiores que debe tutelar ese mismo Estado. Justificar este precepto autoritativo so pretexto de garantizar el principio de autoridad, implica un despropósito, pues la verdadera cohesión del sistema jurídico-estatal con la población, no se logra con las bayonetas, con las armas y con la represión policial, sino con el diálogo y el consenso de las fuerzas políticas y sociales según las reglas de un orden democrático de Derecho.

Por otro lado, si dichas conductas rebasan el ámbito legitimador de las normas del Derecho, ingresan al campo de la antijuridicidad penal, por tanto, son encauzados en una prosecución penal y, finalmente son objeto de una sanción punitiva.

La delincuencia debe ser afrontada con los mecanismos que franquea la Ley y la Constitución, empero, con la dación de un Decreto Legislativo, no se puede hacer rajatabla de los principios rectores que estructuran de forma co-

herente nuestra Ley Fundamental. Máxime si hoy en día las fuerzas del orden en su mayoría se encuentran deslegitimadas, cuando a vista y paciencia de la población, cometen actos de corrupción; antes de otorgar tremendos poderes a la policía, se debe primero sanear dicha institución, erradicando todo viso de corrupción.

Valga de todos modos precisar, que no basta que se verifique un acto en cumplimiento del deber, en el cual el efectivo policial y/o militar, deba usar su arma en forma reglamentaria, pues deberá concurrir también, el elemento subjetivo de la causa de justificación, de que el agente sea conciente de que se encuentra incurso en dicha situación y, que la despliegue con dicho fin.

La inclusión de esta causa de justificación importa un hecho insólito, ni siquiera identificable en Regímenes totalitarios –como el Nacionalsocialismo– una potestad funcional que puede ser utilizada como un corsé, para «justificar» graves violaciones a derechos humanos.

El orden jurídico-penal vigente cuenta con suficientes mecanismos legales, para cautelar los roles de la policía y de las fuerzas militares (ejercicio de un cargo, de un oficio, etc.), por lo que no era necesario incorporar este precepto autoritativo que no se condice con los principios que fundamentan las causas de justificación en un Estado Social y Democrático de Derecho; no se advierte un bien jurídico superior a la vida y salud de las personas, la amenaza del orden público y/o de la seguridad ciudadana no pueden ser reputados como bienes jurídicos preponderantes.

La política criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho, tiene como límites los principios legitimadores del Derecho penal, en cuanto valladar inexpugnable, a una pretensión punitiva irracional. No pueden concebirse normas e instituciones, que han del aparato punitivo, una práctica estatal propia de Estados Policiacos, poniendo en manos de las fuerzas del orden interno y externo, atribuciones que ponen en seria amenaza la vigencia de los derechos fundamentales. Por consiguiente, este precepto autoritativo debe ser expulsado de forma inmediata del Código penal, vía una derogación expresa o en su defecto vía una acción de Inconstitucionalidad.

COMENTARIOS A LA STC N° 0012-2008, CON RESPECTO A LA INCLUSIÓN DEL INC. 11) AL ARTÍCULO 20° DEL CÓDIGO PENAL, VÍA EL DECRETO LEGISLATIVO N° 982

Según los dictados de un Estado Social y Democrático de Derecho, el control constitucional de las leyes, es un imperativo categórico, sobre todo, cuando los preceptos legales cuestionados, son de materia penal (sustantivo, procesal y de ejecución), tomando en cuenta la relevancia constitucional de los intereses jurídicos en juego.

A decir, de Ferrajoli, (...) en el Estado constitucional de derecho, fundado sobre esa verdadera invención de nuestro siglo que es la rigidez constitucional, en virtud de la cual las leyes ordinarias, al aparecer situadas en un nivel subordinado respecto a las normas constitucionales, no pueden derogarlas so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad¹⁸⁹¹.

Dicho control ("constitucional"), se hace más indispensable en nuestro país, cuando se advierte que el legislador así como el Poder Ejecutivo¹⁸⁹², formulan reformas penales, abiertamente incompatibles con los valores consagrados en la Ley Fundamental y en el Título Preliminar del texto punitivo; con ello, queremos poner en discusión, el fenómeno del «Punitivismo», que cada vez nos acerca a una imagen apocalíptica de la problemática, en el sentido, de que esa necesidad por ejercer una intervención más drástica del Derecho penal, está haciendo mella en las bases democráticas que asentaron el *ius puniendi* estatal, según se desprende del Título Preliminar del CP.

Nadie puede dudar, de que algo se debe hacer con esta delincuencia irrefrenable, que día a día va en aumento, concitando la preocupación de todos los actores involucrados y, de seguro que el Derecho penal debe desplegar una misión importante; pero, pretender hacer cargar toda la responsabilidad al aparato punitivo estatal, es un despropósito, no sólo por motivos principistas, sino también por factores sociológicos. Como si el crimen pueda ser desterrado de la faz de la tierra, con penas y más delitos; reducir el delito a márgenes racionales, importa diseñar una estrategia, que desborda los contornos de la política criminal, para adentrarse a políticas sociales de mediano y largo alcance.

En palabras de Ferrajoli, defensa social y galantismo, tutela de los bienes primarios y garantía de los derechos de los encausados, seguridad frente a los delitos y frente a las penas arbitrarias se configuran así, como las dos vertientes, no sólo esenciales sino relacionadas entre sí, que legitiman la potestad punitiva¹⁸⁹³.

Lo cierto, es que la corriente neo-criminalizadora, encuentra mayores adeptos en coyunturas electorales o en corrientes políticas "populistas", donde así como abundan las demandas, también abundan las ofertas de más Derecho penal, de más penas, sin interesar las consecuencias que ello puede conllevar.

Cuando el Parlamento, le delega facultades al Poder Ejecutivo, para legislar en materia penal, fue en temas exclusivamente referidos al «Crimen Or-

1891 FERRAJOLI, L.; *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell, cit., p. 65.

1892 Cuando sanciona las leyes penales, a través de Decretos Legislativos, práctica normativa, refida con los valores de un orden democrático de derecho.

1893 FERRAJOLI, L.; *Democracia y garantismo*, cit., ps. 69-70.

ganizado»; sin embargo, el PJ, fue más allá, y sancionó reformas en aspectos ajenos a dicho tópico, al haber propiciado la inclusión del inciso 11) al artículo 20º de la Parte General del Código Penal (una nueva causal de Inimputabilidad) así como la modificación del artículo 200º del CP (Extorsión).

No debe perderse de vista, que la reforma penal, es el producto normativo de la dación de Decretos Legislativos y no de Leyes; se supone que los dictados esenciales del Estado de Derecho, determinan que la política criminal es una tarea, que en exclusividad ejerce el Parlamento, donde las fuerzas políticas discuten abiertamente los proyectos legislativos, escuchando previamente a los actores interesados, lo que no sucede en el caso del Poder Ejecutivo, donde la sanción de los Decretos Legislativos, no viene precedida por un debate democrático. Como se apunta en la doctrina constitucional, ante esta distorsión en el régimen normal de producción de normas con fuerza de Ley (que corresponde genuinamente al Poder Legislativo), se siente la necesidad de prestar una especial atención a las formas de fiscalización aplicables a este tipo de normas¹⁸⁹⁴. Entonces, los dispositivos penales, que provengan de esta forma de producción normativa, ameritan un control más riguroso, en comparación con aquéllas que provienen del Parlamento.

Las bases democráticas de nuestro sistema jurídico-estatal, exigen por tanto, de un control constitucional de las normas, sea vía el control difuso por los órganos ordinarios del Poder Judicial o, vía el control concentrado que asume el Tribunal Constitucional, conforme los artículos 138º y 202º de la Ley Fundamental. La justicia constitucional se considera hoy como elemento cardinal del Estado democrático, escribe GROPPÍ. Es su ausencia la que puede hacer dudar el carácter democrático de un ordenamiento¹⁸⁹⁵. Control constitucional que se hace más necesario en materia penal, conforme a una orientación de política criminal del legislador, que al seguir una dirección "punitivista", no en pocas ocasiones, resulta abiertamente incompatible con los principios penales de consagración constitucional.

Inclusiones normativas que inciden en una serie de cuestionamientos, donde los reparos trascienden un marco estricto de legitimación, de validez material (externa), enrostrando incoherencias dogmáticas insalvables, tal como lo expusimos en otros estudios sobre el tema.

1894 GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.; *Consideraciones sobre la fiscalización jurisdiccional de los Decretos Legislativos*. En: Estudios sobre la Constitución Española – homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, T. I, cit., p. 407.

1895 GROPPÍ, T.; *Titularidad y Legitimación ante la Jurisdicción Constitucional. Una Perspectiva Comparada*. En: Constitución, Derecho y Proceso – Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, cit., p. 541.

El asunto es que un control de constitucionalidad, no pasa únicamente por fijar criterios interpretativos que tiendan a fijar la aplicación correcta de la norma penal, sino por analizar rigurosamente, si el precepto se condice con la naturaleza de las instituciones jurídico-penal y, si el supuesto de hecho se corresponde con el bien jurídico tutelado.

Si es que se advierte que el enunciado normativo quiebra la sistemática de la institución punitiva o que no guarda coherencia con el ámbito de protección de la norma, dicho precepto debe ser expulsado del texto punitivo, al contravenir preceptos constitucionales; la plenitud, coherencia y sistematicidad, importan tres principios básicos, que deben ser resguardados, tutelados en todo examen de constitucionalidad.

El máximo intérprete de la constitucionalidad normativa, debe erigirse en un celoso guardián de los principios antes anotados, sometiendo la norma penal a un análisis pormenorizado, que intente salvaguardar los límites constitucionales del *ius puniendi* estatal, v.gr., los principios de culpabilidad, proporcionalidad, ofensividad, etc.

Tal como lo hemos venido sosteniendo en otros estudios, se requiere de una *legitimidad teleológica y ética de las normas penales*, de que la sanción legislativa de los dispositivos penales, tengan vigencia pragmática en la consecución de los cometidos (*prevención de la criminalidad*)¹⁸⁹⁶.

A lo dicho, cabe agregar la racionalidad teleológica de las normas penales, que debe fundar toda reforma legislativa, es por ello que nos preguntamos si es que es razonable sostener ¿Si las lesiones o la muerte, que el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que puedan cometer en el cumplimiento del deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, puede ser concebido como una nueva causal de «Inimputabilidad»? No sólo concierne el análisis sobre los presupuestos que deben concurrir, para que los efectivos policiales y militares, puedan emplear las armas reglamentarias y así ocasionar lesiones o la muerte de los ciudadanos, en el cumplimiento de un deber, sino de dar respuesta, a la naturaleza jurídica de la institución que se esta invocando como causal; de no ser así, se estaría generando una inseguridad jurídica significativa, en tanto, el juzgador, tiene que remitirse a la institución en cuestión, para valorar el caso concreto.

Así, también nos formulamos la siguiente pregunta ¿Si es que la contravención al artículo 42° de la Constitución Política, por parte de un funcionario con poder de decisión u otro que desempeña un cargo de confianza, comete el delito de Extorsión, cuando participa en una huelga con el objeto de obtener para sí para terceros, cualquier beneficio o ventaja económica, siendo que el

1896 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., ps. 11-12.

objeto jurídico de tutela del artículo 200° del CP, tomando en cuenta que dicho articulado protege el patrimonio individual de los ciudadanos?

Responder a todos estos interrogantes, no supone un ejercicio estrictamente intelectual, sino de defender las bases democráticas de nuestro Estado de Derecho, no permitiendo que siga avanzando esta corriente maximalista, eficientista, encaminada a hacer rajatabla con todos los principios fundamentales del Derecho penal, de consagración constitucional, que tanto esfuerzo supuso a sus gestores durante tantos años; por lo que no estamos dispuestos, a consentir o avalar el desmoronamiento de todo el edificio de garantías penales que se edificó desde los cimientos de la Revolución Francesa.

El hecho de que el TC, no esté dispuesto a defender las instituciones punitivas del Estado de Derecho, no supone de ningún modo, que nos resignemos al estado de la cuestión, todo lo contrario, demanda de nosotros, que nuestra pluma describa imparcialmente esta situación, que sin apasionamiento, nos lleve a un sendero de racionalidad y de sana crítica, en la labor doctrinal, a la cual estamos comprometidos de por vida.

Son los puntos anotados, que serán objeto de análisis en la presente investigación, confrontando lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC N° 012-2008, fijando una posición, no sólo desde un plano de política criminal, sino sobre todo dogmática.

1. Análisis de los argumentos vertidos por el Tribunal Constitucional, sobre la inclusión del inc. 11, al artículo 20° del Código Penal

Pasaremos al análisis de los párrafos más importantes, que el TC, elucubra en el numeral 5.3.1, en cuanto a la nueva causa de «inimputabilidad prevista en el artículo 20.11° del Código Penal», que fuese adicionado por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982, estableciendo que: *"11.-El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de las armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte"*.

12.-Formalmente cabe señalar que existe un error de técnica legislativa, dado que podría considerarse dicho inciso como subsumido dentro del inciso 8) de la misma norma; sin embargo este problema de técnica o de redundancia introducida por el legislador no puede acarrear la inconstitucionalidad de dicha norma.

Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprochable al sujeto que lo realiza.

Hemos sostenido con contundencia, que la inclusión de esta «Eximente de Responsabilidad penal», resultaba innecesaria, en la medida que en el inc. 8), del articulado, se definen claramente, las circunstancias, merced a las cua-

les, los agentes policiales o de las Fuerzas Armadas, no son sometidos a una pena, pese a haber provocado afectaciones a bienes jurídicos personalísimos (vida, el cuerpo y la salud), al estar amparados en una Causa de Justificación, concretamente cuando obran: «en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo».

Nos dice el TC, que sólo es un error de *técnica legislativa*, por lo que este inciso está ya contenido en el inc. 8); respuesta, que a nuestra consideración es insuficiente, por dos razones principalmente: -primero, al contemplar una duplicidad, que mas de afianzar la idea de la exoneración de responsabilidad penal, por el ejercicio del cargo, genera inseguridad al juzgador, al mostrarse en simultáneo, dos causales, que conllevan una idéntica consecuencia jurídica; empero, su admisibilidad viene dada por presupuestos totalmente distintos; segundo, completando la idea anterior, el inc. 11), nos señala que dicha circunstancia es una "*causal de inimputabilidad*", mientras que la prevista en el inc. 8), es una "*causa de justificación*", la primera, es un factor de valoración que incide sobre las características personales del sujeto infractor (Culpabilidad en sentido estricto), mientras que, la segunda, revela un precepto permisivo, que enerva la antijuridicidad de la conducta, dejando intacta la tipicidad penal del hecho.

De manera, que si el juzgador, habría de aplicar el inc. 11), tendría que valorar la personalidad del agente, si es que sus capacidad psico-físicas, le permitían conducirse conforme a una normal *motivabilidad normativa* y, así determinar si el sujeto era o no inimputable. Lo que no sucede en el caso, de la causal de exoneración, contemplada en el inc. 8), donde se debe valorar las circunstancias en que tomó lugar el hecho, que desencadenó la muerte o las lesiones de un ciudadano, si es que el agente no tenía otra opción que lesionar dicho bien jurídico, actuando en el ejercicio de sus funciones, con el arma reglamentaria, en estricta sujeción a los principios de proporcionalidad y la prohibición de exceso.

Consecuentemente, se convalida el hecho, de que se diga, que los agentes militares y policiales, son individuos «*inimputables*», en cumplimiento del deber, cometen lesiones y homicidios, haciendo uso del arma reglamentaria. Se confunden, por tanto, dos instituciones jurídico-penales, totalmente distintas: las Causas de Justificación y la Culpabilidad, donde las primeras forman parte del disvalor del injusto y, las segunda, a un juicio de imputación individual. Si es que el hecho típico es declarado como *justificado penalmente*, ya no resulta necesario remitirse al juicio del reproche personal ("Culpabilidad"). Estimamos, por ende, que mantener esa causal en el catalogo punitivo, a lo único que va conducir, es a propiciar una suerte de inseguridad jurídica, mediando respuestas jurisdiccionales a todas luces divergentes.

Es lógico, que las circunstancias regladas en el inciso 11), sólo pueden ser aplicadas a aquel comportamiento reprochable, que lo comete el sujeto,

donde debe acreditarse una relación de imputación objetiva entre el resultado acaecido y la acción atribuible a la esfera de organización del autor; pero, cuestión distinta, es como fundar la exoneración de responsabilidad penal, los presupuestos que deben concurrir para la procedencia de una Causa de Justificación no se asemejan a la valoración de "inimputabilidad" del sujeto infractor de la norma.

En los numerales 14 y 15, el TC, dice lo siguiente: *"Sin embargo el Estado puede también determinar en qué casos su acción punitiva puede ser limitada; es por ello que en el artículo 20º del Código Penal se han precisado los casos en los que los autores de un hecho, en principio ilícito, están exentos de responsabilidad, esto es, que su conducta se considera irreprochable.*

De modo que lo dispuesto en el inciso 11) del artículo 20º del Código Penal, añadido por el dispositivo impugnado, no es inconstitucional, tanto más cuando como ha quedado señalado, es una reiteración y hace una precisión al contenido del inciso 8) de la misma norma".

En el caso que nos ocupa, no está en discusión la legitimidad del Estado, para imponer límites al *ius puniendi*, en el sentido de que el basilar racional del Derecho penal, reposa en la posibilidad de valorar las diversas circunstancias, que en puede cometerse un hecho punible, renunciándose a una pena, cuando se advierte que el hecho típico fue cometido en defensa de un bien jurídico de mayor preponderancia constitucional, cuando se ejecutó para salvaguardar el ordenamiento legal, cuando la acción u omisión no es obra de una conducta conciente, llevada por la esfera volitiva del agente o cuando el autor padece de un defecto psíquico o es menor de edad¹⁸⁹⁷.

No obstante, cuestión distinta es afirmar que lo dispuesto en el inc. 11) del artículo 20º del CP, es «constitucional», al encontrarse subsumido en el inc. 8) del mismo articulado, cuando ha quedado más que claro, que ambas causales de exoneración de responsabilidad penal, responden a instituciones jurídico-penales distintas. Resulta paradójico decir, que es constitucionalmente válido argumentar, que las conductas típicas, *manifestadas por la causación de lesiones o homicidios, atribuibles a los agentes policiales y militares, en cumplimiento del deber, hace de aquellos sujetos agentes inimputables*. Con ello, se llega a un evidente plano de confusión entre el «Injusto» y la «Culpabilidad», por tales motivos, en vulneración de los principios limitadores del Derecho penal, consagrados en el Título Preliminar del CP.

En el acápite 16, se dice que: *"En todo caso se advierte que el legislador ordinario ha considerado conveniente y relevante poner énfasis en la actuación*

1897 En estos supuestos no se renuncia propiamente a una sanción, puesto que el menor «infractor de la ley penal», es sometido a la Jurisdicción de Familia, donde se le puede imponer una medida socio-educativa de internamiento.

de los agentes estatales encargados de proteger la seguridad ciudadana, el orden público y la defensa nacional, así como el respeto de la ley, del Estado Constitucional y Social de Derecho y los derechos ciudadanos, quienes al utilizar las armas que el Estado les otorga para tales fines, pueden lesionar bienes jurídicamente tutelados, tales como la vida, integridad, etc. En virtud de esta norma corresponde evaluar si su actuación, respecto de los hechos que son materia de investigación, está relacionada con el cumplimiento del deber y el uso de armas de fuego en forma reglamentaria".

No dudamos, que se deba poner "énfasis", a las actuaciones de los custodios del orden, tomando en cuenta la inseguridad ciudadana, que cunde en las ciudades del país, producto de esta creciente y alarmante criminalidad que se ha apostado en las calles y urbes, tomando a muchos ciudadanos como víctimas, aspecto esencial para reforzar la tutela de la seguridad ciudadana, el orden público y la defensa nacional, en sujeción al principio de legalidad.

Resultando, legítimo, por tanto, que el legislador sancione ciertas normas penales, más cuestión distinta, es introducir instituciones, tipificar conductas y elevar las penas, en franca vulneración a los principios de legalidad, de lesividad, de culpabilidad, de proporcionalidad y de razonabilidad.

La lucha contra la delincuencia, en su faz *preventiva*, no puede implicar un debilitamiento de las garantías penales, propias del Estado Constitucional de Derecho; no se puede enfrentar al crimen, con las mismas armas que los criminales, utilizan para perpetrar sus fechorías.

En realidad, este discurso político criminal, recala en los postulados filosóficos e ideológicos del «maximalismo», del «punitivismo», cuya dirección es clara: superponer la protección de los bienes jurídicos sistémicos, sobre los estrictamente individuales, lo cual en otras palabras significa, alejarnos de las bases de un Estado Constitucional de Derecho, para acercarnos a las prácticas de Estados totalitarias, que llevado a toda consecuencia, puede arrastrarnos irremediabilmente, a la justificación de sanciones draconianas e inhumanas, como la pena de muerte.

De recibo, que la admisión de la exoneración de responsabilidad, por «el cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», requiere la valoración de las circunstancias de cómo se cometió el hecho típico (lesiones y homicidio), y, sólo si concurren todos sus presupuestos de legitimación, es que la conducta puede ser sustraída del ámbito de punición.

Se dice también, numeral 17, que: *"Ello no importa que el Tribunal Constitucional entienda o interprete que con el dispositivo añadido al artículo 20° del Código Penal se haya creado un marco jurídico que permita o consienta que toda actuación de los efectivos de la Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú deba quedar impune, si es que se han cometido delitos".*

Coincidimos plenamente con el TC, que no toda lesión a los bienes jurídicos fundamentales, que sea perpetrada por un agente policial o militar, quedará cubierta por la causal de exoneración de responsabilidad penal, en el caso del inc. 8) y, no el 11), que es nuestra consideración es «inconstitucional»; para tal efecto, debe valorarse, como la dejado sentado un sector doctrinal, la concurrencia de varios elementos para poder apreciar esta justificante: 1.-Necesidad racional de la violencia y, 2.-Uso proporcional de acuerdo a las circunstancias concretas del caso¹⁸⁹⁸, el ejercicio de una violencia suficiente para neutralizar la conducta agresiva. No es necesaria la exigencia de la "Agresión Ilegítima", como el caso de la Legítima Defensa, desde un sentir preventivo, basta con que se presente un inminente estado de peligro o de lesión. (Ejemplo: Para reducir a un delincuente que huye o es atrapado en delito flagrante); y, 3.- Sólo debe utilizarse un uso de fuerza racional, lo suficientemente idóneo para restablecer el orden jurídico perturbado y debe ser proporcional a la entidad del hecho que provoca el uso de la fuerza¹⁸⁹⁹.

Sí resulta plausible, que se elaboren criterios de interpretación normativas, en cuanto a la aplicación de la Causa de Justificación: "*cumplimiento de un deber*", ora para evitar situaciones de impunidad ora para evitar puniciones arbitrarias.

Finalmente en el numeral 18), se expone lo siguiente: "*Esta legislación entonces no puede ser entendida como que está dirigida a impedir la investigación y procesamiento de malos policías o militares que delinquen —según se trate de la comisión de delitos de función, comunes o de grave violación de derechos humanos—; por ello, cuando a dichos servidores públicos se les impute la comisión de un ilícito, deben ser denunciados, investigados casos por caso, y si corresponde procesados dentro de un plazo razonable, con todas las garantías que la Constitución ofrece, no solo ellos, sino cualquier persona que se encuentre en similares circunstancias. Dentro del proceso penal, con todas las garantías constitucionales, corresponderá al juez competente evaluar, tanto si concurren circunstancias agravantes o eximentes de responsabilidad, y corresponderá a dicho funcionario, a través de una sentencia motivada, imponer las sanciones previstas o expresar las razones por las que ello, en determinados supuestos, no corresponde, esto es, y en lo que importa al dispositivo impugnado, si la actuación de los efectivos de ambas instituciones ha sido en cumplimiento de su deber y además si sus armas han sido usadas de manera reglamentaria*".

1898 Así, CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, II, cit., ps. 301-302; POLITOFF L, S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 235; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 227.

1899 MUÑOZ CONDE, F. y otro; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 351-364.

Lo reseñado en este acápite, nos lleva a la afirmación inequívoca, de que la exoneración de pena, vía el «Cumplimiento de un deber», únicamente opera en el ejercicio efectivo de la actuación policial o militar, si es que el agente policial propina la muerte de su esposa en el lecho conyugal, no resultará de aplicación esta Causa de Justificación, tampoco cuando en una reunión social golpea salvajemente a un invitado, en estos caso tomará lugar la punición, por los delitos de Parricidio y Lesiones Graves. Es por tales motivos, que se alza en imperativo, la articulación de aquellos presupuestos que deben concurrir, para que se proceda esta exoneración de pena, a lo cual debemos agregar, que la perpetración de estos estados de disvalor (la muerte o lesiones), sólo puede admitirse en un contexto, donde el agente policial no tenga otra alternativa, para salvaguardar la vida y salud de ciudadanos; en el caso, de una toma de rehenes, donde los malhechores anuncian la ejecución de los primeros, si es que no se le entrega una suma fuerte de dinero, situación distinta ha de verse, cuando se esta persiguiendo a un hurtador —que no posee en su poder con un arma de fuego—, y sin haber agotados todos los mecanismos de persecución, se dispara a matar, ello será un exceso de la fuerza policial, que no puede ser cubierto por el «Cumplimiento del deber», importando un hecho típico y antijurídico de Asesinato.

Es por lo dicho, que ratificamos nuestra postura, en el sentido de que *no existe un derecho a matar o a lesionar a los ciudadanos, por parte de los custodios del orden*, lo que existe es una causal eximente de pena, en casos excepcionales, cuando para proteger bienes jurídicos fundamentales, el agente policial no tiene mas opción que proceder a la eliminación de la vida humana del presunto delincuente.

Los presupuestos materiales anotados, deben ser valorados en toda su extensión, tanto por el Fiscal como por el juzgador, y, a su vez, deben ser garantizados a los imputados de estos hechos, los derechos inherentes al debido proceso y al principio acusatorio, que rigen desde el primer momento en que se manifiesta la formulación de la imputación jurídico-penal.

Sólo si se acredita con suficiente verosimilitud, que la muerte del individuo, obedeció a un acto propio de la función, en uso del arma reglamentaria, en salvaguarda de bienes jurídicos fundamentales, es que procederá la Causa de Justificación del «Cumplimiento del deber» y, no como erráticamente se dice con la causal de Inimputabilidad prevista en el inc. 11; *contrario sensu*, si es que el Fiscal, logra convencer al juzgador, que su Teoría del Caso de incriminación, cuenta con suficiente solvencia probatoria y coherencia argumentativa, es que deberá condenar al agente policial o militar, por los tipos penales de Homicidio o de Lesiones.

2. A modo de conclusión

A nuestro entender, el TC, dejó pasar una importante oportunidad, para poder freno a esta legislación penal, que no se condice con los principios y garantías penales, contenidas en la Ley Fundamental y en el texto punitivo.

El máximo intérprete de la constitucionalidad normativa, tiene el deber de controlar la legitimidad de las normas penales, no es un aspecto meramente formal o procedimental, sino de efectuar un riguroso examen constitucional, con arreglo a los principios limitadores del Derecho penal, en específico con las instituciones que sustentan la racionalidad del empleo del aparato punitivo estatal.

Un logro encomiable de la doctrina, y que fue recogida por la *lege lata*, fue la separación del «Injusto» con la «Culpabilidad», de forma que no se puede distorsionar sus componentes de configuración, so pretexto de reforzar la tutela de los bienes jurídicos sistémicos.

Cuando un agente policial o militar, en el ejercicio de sus funciones (tutela del orden público de la seguridad nacional), hace uso de su arma reglamentaria, causando la lesión o la muerte de un individuo, en salvaguarda de un bien jurídico fundamental, importa la concurrencia de una Causa de Justificación: «Cumplimiento de un deber», tal como se desprende del inc. 8) del artículo 20º del Código Penal; no puede decirse entonces, que aquél, es un sujeto «*inimputable*», en la medida que la «Inimputabilidad» constituye un factor de valoración en el marco de la Culpabilidad, no tiene nada que ver con la salvaguarda de un interés jurídico preponderante. Falaz construcción normativa, que a lo que puede conducir, a una suerte de inseguridad jurídica, con consecuencias desdichadas, que en nada abonan en el fortalecimiento del Estado de Derecho.

La defensa de la plataforma basilar de la codificación punitiva, importa un deber irrenunciable del jurista, mediando una crítica constructiva del derecho positivo vigente, que pueda coadyuvar a reformas legislativas de *lege ferenda*, de no ser así, estaríamos abdicando, avalando y justificando esta orientación política criminal, incompatible con un orden democrático de derecho.

CAPÍTULO XVII

LA CULPABILIDAD

Sumario: 1. Reseña Histórica. Ubicación del Estado de la Discusión. 2. Evolución Epistemológica de la Culpabilidad en la Dogmática Jurídico-Penal. 3. La Necesidad de Mantener el Concepto de Culpabilidad como Limite y Fundamento de Pena. 4. Concepto Actual de Culpabilidad. 5. Elementos de la Culpabilidad. 5.1 *Imputabilidad o Capacidad de Culpabilidad*. 5.2 *Causas de Inimputabilidad*: a. *Anomalía Psíquica*. 5.3 *Efecto Psicológico de la Anomalía Psíquica*. a. *Trastorno Mental Transitorio*. b. *Consecuencias Jurídicas*. c. *Grave Alteración de la Conciencia*. d. *Sustitución del Momento de Imputación Criminal* (El «*actio libera in causa*») d.1. *Embriaguez Patológica y la Preordenada*. d.2. *Momento de la Imputabilidad*. e. *Grave Alteración de la Percepción*. f. *La Minoría de Edad*. 6. *Error de Prohibición*. 6.1 *El Conocimiento de la Antijuridicidad*. 6.2 *Teorías que Fundamentan el Error de Prohibición*. a. *Teoría Estricta del Dolo*. b. *Teoría Estricta de la Culpabilidad*. 6.3 *Error de Prohibición Vencible*. 6.4 *Error de Prohibición Invencible o Inevitable*. 6.5 *Justificación Político-criminal para la Exclusión de Pena*. 6.6 *Variantes del Error de Prohibición*: a. *Desconocimiento de la Existencia de la Prohibición*. b. *Apreciación Errónea del Alcance de la Norma*. c. *Error sobre la Validez de una Norma de Autorización*. d. *Error sobre la Validez de una Norma Jurídica de Prohibición*. e. *Error sobre los Presupuestos Objetivos de una Causa de Justificación*. 6.7 *Toma de Posición*. 7. *El Error de Comprensión Culturalmente Condicionado*. 7.1 *Introducción al Tema*. 7.2 *Descripción Cultural del Perú y la Actuación de las Rondas Campesinas en la lucha contra la Subversión*. 7.3. *Las Rondas Campesinas y el ejercicio de la función jurisdiccional comunal*. 7.4. *El Derecho Penal Cultural en el Perú y su Regulación en el CPP*. 7.5. *Descripción Multicultural*. 7.6. *Adecuación Normativa a la Problemática en Cuestión*. 8. *A modo de Conclusión*.

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 protec-

ción 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 sólo 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, sólo preocupa el interés por rehabilitar al agente incapaz; sólo 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 pueblo; entre éstos 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 norma¹⁹⁰⁰.

1900 RUDOLPHI, H.J.; *El Fin del Derecho Penal del Estado*, cit., p. 85.

2. EVOLUCIÓN EPISTEMOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

La Culpabilidad como elemento categorial de la teoría del delito, ha sido y continúa siendo objeto de los debates más acalorados y elocuentes, en cuanto a su fundamento y contenido; todo un abanico de propuestas que se definen a partir de un determinado objeto y en base a un determinado modelo de Estado. Ello debido a la imposibilidad de darle un fundamento científico satisfactorio¹⁹⁰¹; inclusive ha sido sustituida por otros conceptos (fines preventivos).

Es que en la Culpabilidad se define el modelo de imputación delictiva conforme a la relación Estado-ciudadano, donde el reconocimiento de la persona humana y el respeto a su dignidad debe constituir la base fundamental de cualquier formulación que se construya al respecto.

No sólo ha sido objeto de una acalorada discusión dogmática, pues no han faltado Estados totalitarios que en el marco de una determinada política criminal han utilizado la Culpabilidad como un instrumento de opresión y de restricción injustificada de la libertad. Formulaciones político-penales que han traspasado el umbral de la legitimidad de la intervención punitiva, al enfocar la Culpabilidad desde factores sistémicos o desde un utilitarismo, vaciando de contenido ontológico a esta categoría conceptual, de la «teoría del delito», que desde siempre ha ejercido un muro de contención ante políticas penales expansivas.

La historia nos revela, cómo posiciones fuertemente ideológicas, calaron en lo más profundo de un pueblo, hasta el extremo de convertirse en toda una banderola de una Nación; el Nacionalsocialismo tuvo como estandartes la raza y el pueblo, a partir de dichos elementos se elaboraron una serie de teorías (criminológicas), basadas en la constitución antropológica y biológica del ser humano, cuya justificación axiológica era la posibilidad de arrasar contra todos aquellos que no se adecuaban al prototipo de la raza aria, es decir, no sólo se arremetió contra los hebreos, sino contra toda la humanidad¹⁹⁰². A partir de estas elucubraciones teóricas, se montó todo un esquema legal, dirigido a legitimar la represión y persecución de la población judía, para lo cual contaron con el apoyo condicional de muchos juristas de renombre, que no dudaron en hipotecar sus conciencias a los fines subalternos del régimen político. Tal situación afirma la necesidad de que el poder penal del Estado, siempre esté sujeto a límites, y estos límites lo constituyen la persona humana y su dignidad inherente, base material y espiritual que debe guiar toda la política jurídica del Estado.

1901 HORMAZABAL MALARÉE, H.; *El Código penal peruano y el principio de culpabilidad*, cit., p. 28.

1902 Vide, al respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco; *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

Las razones políticas que se fundan en consideraciones ajenas al ámbito jurídico-filosófico que se desprende de la Ley Fundamental, termina por someter el Derecho en general, así el «penal», a orientaciones incompatibles con los principios que sostienen su legitimidad como medio de control social; así también la dogmática jurídico-penal, cuyas construcciones llenas de abstracción se utilizan para los fines más deleznable, el Derecho debe estar siempre al servicio del ser humano, nunca en su contra, menos para fundamentar su eliminación. En tal entendido, los principios legitimantes del Derecho penal, con arreglo a un orden democrático de derecho, resultan irrenunciables, -sólo pueden ser redefinidos de acuerdo a las nuevas exigencias preventivas de la sociedad-, a fin de garantizar el respeto irrestricto a la persona humana y a su dignidad; por lo que no puede tolerarse la admisión de posiciones teóricas que ponen en riesgo la vigencia de dichas garantías, al enarbolar funciones punitivas que no reconoce el texto ius-fundamental.

La necesidad de ajustar un orden social más seguro, de superponer la defensa nacional, de estabilizar un orden cognitivo u otros fines colectivos, se constituyen, hoy en día en el discurso que pretende aniquilar los principios limitadores del ius *puniendi* estatal, que tanto han costado a la humanidad, donde aquellos que fielmente siguen sus convicciones democráticas tienen el deber de defenderlos.

Las consideraciones de orden «político criminal», no pueden desbordar los principios legitimantes (del *umbra*) de la dogmática penal, a su vez los fundamentos de éste último no pueden contradecir los fines político-criminales del Estado, adscritos a la idea de un Estado Social y Democrático de Derecho, a fin de ajustar los fines del Derecho penal a los de la Ley Fundamental.

Hoy en día no se puede negar que la Culpabilidad como consideración empírico-social del ser humano, tiene relación directa con la dignidad humana y con la «prohibición de exceso».

La evolución dogmática de la Culpabilidad ha discurrido por todo un devenir histórico y filosófico, fruto de las diversas concepciones que se han ido construyendo a su alrededor; construcciones dogmáticas que tienen un gran significado en el Derecho penal, pues, a partir de su concepción se determina la base del reproche personal, por lo tanto, la imputación personal o individual al autor por haber cometido un injusto penal. Posturas teóricas que recorren una serie de concepciones, que van desde una concepción «indeterminista» del concepto del libre albedrío, que fundamenta la Culpabilidad en la libertad de voluntad del ser humano, es decir, mientras el hombre es libre, es capaz de determinarse conforme al sentido de las normas.

Al respecto escribe WELZEL, que la culpabilidad no significa decisión "libre" a favor del mal, sino dependencia de la coacción causal de los impulsos, por

parte de un sujeto que es capaz de autodeterminación conforme a sentido¹⁹⁰³. Luego, dice que la culpabilidad no es un acto de libre autodeterminación, sino justamente la falta de determinación de acuerdo a sentido en un sujeto responsable¹⁹⁰⁴. La culpabilidad en el marco de la doctrina finalista, supone «reprochabilidad individual», en sentido normativo, es decir, el reproche que recae sobre la persona del autor, por haber realizado una conducta antijurídica pese a haber podido actuar de otro modo (libre albedrío = “libertad de actuar”), a lo cual anudan una serie de requisitos.

El carácter puramente abstracto de esta concepción hace imposible poder demostrar dicha libertad de voluntad del sujeto, tomando en consideración que el juicio de reproche personal debe ser sometido a un proceso penal y en respeto a la dignidad humana¹⁹⁰⁵, (...) es que justamente por ello mismo no puede servir como fundamento de una entidad eminentemente social y, por tanto, de la razón práctica, como es la culpabilidad si precisamente va a ser uno de los supuestos para la función de la pena¹⁹⁰⁶; no se puede de ningún modo basar el fundamento de la Culpabilidad en un elemento extraño a la persona misma, en una concepción de orden ideal que no puede describir el hombre como tal; se basa en un pronóstico únicamente verificable por las ciencias de la psiquiatría y la sicología, mas no para el Derecho penal.

En palabras de HASSEMER, las circunstancias en que puede apoyarse una condena tienen que ser reunidas en un todo dentro del proceso penal, que en la recopilación del material básico de la condena está obligado al método de la observación. Y precisamente a este tipo de observación se sustrae la libertad de voluntad, antes incluso de que la observación comience¹⁹⁰⁷. Antes bien, cualquier juicio sobre la culpabilidad de otro ya contiene un elemento de generalización, en la medida que el presupuesto de que él también podría haber actuado de otro modo, siempre es una suposición¹⁹⁰⁸, se pierde de esta forma, el juicio individualizador, de atribuir responsabilidad a una persona concreta en la situación concreta; con ello el factor personal de la pena.

1903 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 210.

1904 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 210.

1905 ASÍ, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 243; CÓRDOBA RODA, Juan; *Culpabilidad y Pena*. Bosch. Casa Editorial S.A., Barcelona, 1977, cit., p. 24; SCHÜNEMANN, B.; *La Función del Principio de Culpabilidad*, cit., p. 152; GARRIDO MONTT. M.; *Derecho Penal...*, cit., p. 258.

1906 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Política Criminal y Dogmática*. En: Homenaje a Hilde Kaufmann. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1985, cit., p. 129.

1907 HASSEMER, Winfried; *¿Alternativas al Principio de Culpabilidad?*. En: Persona, mundo y responsabilidad. cit., p. 111; así, ACHENBACH, Hans; *Imputación Individual, Responsabilidad, Culpabilidad*, cit., p. 145.

1908 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 274.

En cuanto a la «teoría psicológica», la Culpabilidad era la relación psicológica entre el autor y su hecho; en tal entendido, la culpabilidad era algo que sólo existía en el autor y que además, se agotaba en una relación interna frente a la acción, una mera relación subjetiva. Conforme a ello, el concepto de culpabilidad correspondiente se lo denomina concepto psicológico; según él, el verdadero núcleo de la culpabilidad sería el dolo o la imprudencia, como dos formas distintas de relación psíquica del autor con el hecho¹⁹⁰⁹.

En el dolo y en la culpa se veían dos especies de la culpabilidad. Ya era culpabilidad el dolo y la culpa. El dolo se caracteriza por la voluntad del resultado de parte del autor y la culpa por ausencia de esta voluntad¹⁹¹⁰.

Conforme lo anotado, la culpabilidad era la vinculación del autor frente a su actuar antijurídico, el cual implicaba una determinación deficiente de la norma, por haber deliberada o inconscientemente actuar contra el mandato normativo; a tal efecto, la concepción psicológica de la culpabilidad tuvo lugar en un Injusto plenamente objetivado, donde la subjetividad sólo era característica de la Culpabilidad y no del injusto.

Para el psicologismo, la imputabilidad representa un presupuesto de la culpabilidad, de manera que, para dar por establecido que una persona obró con dolo o con culpa, es requisito previo averiguar si es o no imputable¹⁹¹¹; no puede confundirse la imputabilidad como las capacidades intrínsecas del hombre para adecuar su conducta conforme al mandato normativo, con la culpabilidad, viene a cobijar dicho elemento como parte de su propia comprensión. Esta concepción es inconsistente con la estructura propia del hombre, pues, la conducta humana es dirigida mediante impulsos y decisiones que provienen del ser mismo, toda vez, que en la tipicidad se revela ya la intersubjetividad del sujeto.

Posteriormente surge la concepción «normativa de la culpabilidad»; primero como la infracción de una norma de deber, en cuanto la conducta interna, cuya infracción determina la antijuridicidad, luego con FREUDENTHAL, se avanza un poco más y se añade la exigibilidad como causa supralegal de exención de culpabilidad¹⁹¹².

Seguidamente, la posición normativa de la culpabilidad adopta la postura de la «capacidad de obrar u actuar de otro modo», en la cual se establece que el hombre concreto en la situación concreta actuó contrario a derecho (antinor-

1909 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 273; ASÍ, MEZGER, E.: *Derecho Penal. Parte General*. cit. p. 191.

1910 BAUMANN, Jürgen; *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema*. Introducción a la Sistemática sobre la base de casos; Editorial Depalma. Buenos Aires, 1973. cit., p. 206.

1911 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 113.

1912 ASÍ, CEREZO MIR; José; *El Delito como Acción Culpable...* cit., p. 24.

mativamente) pese a haber tenido la posibilidad de conducirse de acuerdo a derecho. Según esta orientación cabe únicamente concebir que otro sujeto, o el hombre medio, hubiera respondido a la expectativa dimanante de la norma jurídica¹⁹¹³, se establece un baremo por el cual supuestamente cualquier hombre puede pasar, sin considerar las diversas particularidades que cada hombre puede manifestar al momento de la comisión del hecho punible (*tempus commissi delicti*).

El tipo de "culpabilidad" a que se puede llegar con la sonda del "poder general para actuar de otro modo", es una débil construcción, desvinculada de las posibilidades del delincuente para permanecer fiel al derecho, aunque también liberada de la carga de tener que demostrar la libertad de voluntad como fundamento de culpabilidad¹⁹¹⁴. El condicionamiento de pena a una presunción más metafísica que personal, en definitiva quiebra una concepción de la culpabilidad basada estrictamente en un juicio de reproche personal.

Al respecto, CARBONELL MATEU escribe que no parece adecuado a un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho castigar a quien no se motivó aunque no pudiera haberlo hecho; esto es, a quien no tuvo capacidad para optar entre llevar a cabo la conducta adecuada a la norma, motivándose por ella, o la contraria no motivándose¹⁹¹⁵.

Desde un concepto «material de culpabilidad» destaca la postura del tratadista MIR PUIG, para quien la culpabilidad consiste en la capacidad de motivación normal por las normas jurídicas, capacidad que está excluida en los inimputables y en los que obran en una situación de inexigibilidad. Para MIR PUIG, la culpabilidad representa un límite a las exigencias de la prevención en el Estado social y democrático de Derecho¹⁹¹⁶. La Culpabilidad, entonces ya no opera como fundamento de pena sino como límite de ella, pues, aún ante la acreditación de un individuo con capacidad de «motivabilidad normativa», la prescindencia de pena vendría dada por motivos de prevención. Sin embargo, para ZUGALDÍA, la pretensión de considerar a la culpabilidad como límite al poder punitivo del Estado choca con la dificultad de explicar cómo puede servir de límite algo cuya existencia se supone y no es susceptible de medida¹⁹¹⁷.

1913 TORIO LÓPEZ, Ángel, *El concepto individual de Culpabilidad...* cit., p. 286.

1914 HASSEMER, W.; *¿Alternativas al Principio de Culpabilidad?*, cit., ps. 101-102.

1915 CARBONELL MATEU, Juan Carlos; *Derecho penal: concepto y principios constitucionales...* cit., p. 220.

1916 MIR PUIG, Santiago; *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho; Derecho Penal. Parte General*. ps. 573 y ss.

1917 ZUGALDÍA ESPINAR; J. M.; cit., p. 243.

Para MUÑOZ CONDE, que también sigue un criterio material, la culpabilidad es la última fase del proceso de motivación que comienza con la educación paterna y prosigue durante toda su vida del individuo en virtud de la introyección de exigencias sociales, debe ser estimada la culpabilidad en cuanto se dé una relación entre la norma penal y el individuo, por obra de la cual ésta motive concretamente al autor. El concepto material de culpabilidad hay que deducirlo, por ello, de la función de motivación de la norma¹⁹¹⁸.

De lo anotado se colige, que la culpabilidad presupone primeramente la interiorización de las normas en la psique del individuo, que a partir de su internalización haya podido calar en el mensaje normativo, comprensión normativa que estimula la capacidad de motivarse conforme al sentido del lenguaje normativo; por lo tanto, si por variadas razones, el mensaje normativo no ha sido recabado por el destinatario o, es que su contenido es incompatible con su orden de valores (autónomos), el mensaje normativo fracasa, por lo que decae la necesidad de pena al advertirse una disminución significativa de la culpabilidad. Si infringe la norma por considerarla carente de obligatoriedad en conciencia, para él, dadas sus convicciones religiosas, morales o políticas faltará no sólo la culpabilidad moral, sino también la culpabilidad jurídica, señala MUÑOZ CONDE¹⁹¹⁹.

Al respecto, CÓRDOBA RODA, expresa que el condicionar la culpabilidad a que la norma infringida haya sido interiorizada en la conciencia del sujeto en virtud del proceso (...) descrito, comporta atribuir a la exención de responsabilidad penal, por causa de inculpabilidad, una extensión difícil de admitir¹⁹²⁰, a pesar de desempeñar un rol importante en pos de garantizar la libertad humana diríamos nosotros.

Las objeciones se fundan, entonces, desde los principios del Estado de Derecho, en la medida que el cumplimiento de las normas jurídico-penales no pueden estar condicionadas a la convicción moral o política, que de ellas tenga el individuo, por el contrario, el Estado de Derecho presupone la configuración de la vida en sociedad, a partir de reglas que deben ser respetadas por todos, a fin de garantizar una convivencia pacífica, no puede dejarse el cumplimiento de las normas penales al libre arbitrio de los ciudadanos.

El requisito de la participación en los bienes jurídicos para la afirmación de la existencia de culpabilidad, en sentido material, me parece rechazable -anota CEREZO MIR- pues haría depender la vigencia del ordenamiento jurídico de la aceptación en conciencia de sus normas por los ciudadanos¹⁹²¹. La capacidad

1918 CEREZO MIR, J.; *El Delito como Acción Culpable*, cit., p. 33.

1919 Citado por CEREZO MIR, J.; *El delito como Acción Culpable*, cit., p. 33.

1920 CÓRDOBA RODA, J.; *Culpabilidad y Pena*, cit., p. 30.

1921 CEREZO MIR, J.; *El Delito como Acción Culpable*, cit., p. 35.

inhibidora de las normas estará, pues, en buena parte, en función de un hecho que nada tiene que ver con el referido proceso de aceptación de las mismas en la conciencia del sujeto; a saber, del grado de realización de tales normas en la vida social, consiguiente al grado de control desplegado por la administración de Justicia sobre los referidos hechos, y de la creencia de los individuos sobre la eficacia alcanzada en dicho control¹⁹²².

Es de verse, que mayor sería el riesgo para los bienes jurídicos, pues decaería de forma significativa la función preventiva general de la pena, ante ciertos delincuentes que obran motivados por razones ideológicas como los terroristas y subversivos que no aceptan el orden de valores que se desprende del ordenamiento jurídico como tal, siendo impensable que a estos individuos por tal condición de "disidentes" se les premie con una medida de seguridad; aunque MUÑOZ CONDE, formula una salvedad, con respecto a los bienes jurídicos esenciales.

Ahora bien, parece que la Culpabilidad ha dejado de ser fundamento de la pena, pues, la dogmática jurídico-penal actual apunta a una «formulación preventiva», desde una perspectiva funcional y político-criminal a la vez; lo cual apunta al abandono de la tesis retribucionista de HEGEL y KANT, para dirigir el mensaje hacia los fines sociales de la ciencia, según el ideal de un Estado Social Democrático de Derecho; empero, la problemática aparece cuando se pretende emplear la pena hacia fines exclusivamente de prevención general, a partir de la teoría sistémica funcionalista. De todos modos la Culpabilidad en el pensamiento sistemático cumple un papel límite y complementario de legitimación. Así, SCHÜNEMANN, al sostener que el concepto de culpabilidad en nuestro Derecho penal moderno, tiene como base principal no la idea de retribución, sino la idea de prevención, y para el que la culpabilidad, por tanto, actúa no como fundamentadora de la pena, sino como limitadora de la misma (formulado de otra manera: en el que la culpabilidad no hace necesaria la pena, sino que tan sólo legitima = justifica su imposición al autor)¹⁹²³.

En la posición «funcionalista», destaca el autor alemán GÜNTHER JAKOBS, para quien la Culpabilidad se describe a partir de los fines de la prevención general positiva, esto es, el quebrantamiento de la norma por parte del autor genera una desconfianza hacia la facticidad del orden jurídico, cuyo restablecimiento está implícito en la pena; quiere decir, que la Culpabilidad en esta concepción es absorbida plenamente por fines cognitivos de recuperabilidad sensitiva, donde el autor se convierte en un centro de atribución de expectativas sociológicas y cognitivas. La función de la pena estatal para garantizar las expectativas socia-

1922 CORDOBA RODA, J.; *Culpabilidad y Pena*, cit., p. 31.

1923 SCHÜNEMANN, Bernd; *Libertad de Voluntad y Culpabilidad en Derecho Penal*. En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tecnos, 2002, cit., p. 25.

les esenciales se resume en producir «prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma». La pena tiene como única misión confirmar contrafacticamente la vigencia de la norma quebrantada por el delito, fortaleciendo con ello “la fidelidad y confianza de los ciudadanos en el Derecho” es decir, lo que hoy se llama “prevención general positiva”¹⁹²⁴.

A partir de la consideración expuesta, diremos lo siguiente: la necesidad de pena estará afirmada por el ejercicio de fidelidad hacia el derecho, quiere decir, que mientras el hecho causa una mayor conmoción pública, por tanto una mayor desautorización de la vigencia de la norma, la sanción deberá ser mayor; a tal efecto se desvincula la persona del autor con su hecho antijurídico, pues el hombre como tal sólo tendrá un valor instrumental, la pena para el infractor no tendrá ningún valor, sólo despliega efectos comunicativos de trascendencia hacia el colectivo.

Como ha puesto de relieve SILVA SÁNCHEZ, resulta que el logro de esa actitud fiel, de ese convencimiento, requiere una interacción por la cual el Derecho recoja en sus sanciones las aspiraciones de aquellos cuya fidelidad trata de conseguir. Ello significa que la determinación de la sanción justa para un hecho no se regirá por una reflexión de principios, sino por una atención a las demandas de la población en este sentido, expresivas de sus necesidades psico-sociales¹⁹²⁵.

No se puede aceptar, que, el complejo valores, que se desprenden de los principios fundamentales del orden jurídico-constitucional, la persona humana y el respeto a su dignidad queden vacíos de contenido, al superponerse el utilitarismo plasmado en la conservación del sistema y en la vigencia fáctica de la norma.

La Culpabilidad es el dato esencial que el Estado de Derecho no puede prescindir para fundamentar la pena, no puede relevarse la justificación axiológica que sirve de límite para el *ius puniendi* estatal para categorizar una justificación únicamente instrumental¹⁹²⁶.

La sustitución del concepto de culpabilidad por las exigencias de la prevención general destruiría, por tanto, la estructura valorativa contenida en la idea de culpabilidad y que es absolutamente fundamental para el Derecho penal en un Estado de Derecho, puesto que las consideraciones preventivo-generales pueden fundamentar la utilidad funcional de la pena, pero no su defendibilidad

1924 Citado por MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal...*, cit., p. 73.

1925 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 233.

1926 Así, HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; *El Código Penal Peruano y el Principio de Culpabilidad*, cit., p. 29.

en términos axiológicos¹⁹²⁷. Una propuesta así concebida, lo que puede generar en Estados autoritarios, proclives a la utilización desmedida de la violencia penal, a la represión, puesto que nunca faltarán las razones (políticas), que pretendan justificar un mayor agravamiento de la respuesta punitiva, con la consiguiente pérdida de garantías de un orden democrático de derecho, donde la persona humana no puede servir a fines ajenos a sí mismo.

En resumidas cuentas, el principio de «Culpabilidad», importa una conquista irreversible de los preconizadores de la defensa de la libertad, inclaudicable en cualquier tiempo histórico-social, a fin de garantizar el respeto por la autonomía individual y los fines del propio Derecho penal contenidos en la Ley Fundamental. Por ello mismo no puede caber duda alguna, dice SCHÜNEMANN, acerca de que únicamente el principio de culpabilidad dotado de significado jurídico-penal autónomo está en condiciones de erigir una barrera garantística contra la aplicación de penas sin culpabilidad, que en tales casos sería funcional pero carece de legitimación en un Estado de Derecho¹⁹²⁸.

De aquí se deduce una serie de consecuencias dogmáticas -como escribe MUÑOZ CONDE- que, a veces, pueden coincidir con las soluciones propugnadas por la Dogmática tradicional, pero con un fundamento diferente. Pero, al limitar así la función de la Dogmática jurídico-penal a la estabilización del sistema, es decir, a la imputación según exigencias preventivas generales, prescinde de otros elementos esenciales de la Política criminal que son también centrales para una concepción democrática de la teoría de la imputación, como son la prevención especial o los principios de proporcionalidad, intervención mínima, etc¹⁹²⁹.

Dicho así: *en un modelo de prevención así concebido, el infractor de la norma es despojado de su condición de persona, de sus atributos inherentes, a dicha condición, los cuales constituyen la base fundamental de cualquier política jurídica en un orden democrático de Derecho.*

El presupuesto de pena debe fundamentarse y medirse tomando en consideración a la persona como individuo y su posición en la sociedad, es decir, desde una base Táctica y preventiva a la vez. El concepto de culpabilidad debe sostenerse bajo una consideración ontológica y sobre fines preventivos en el ámbito de la medición de la pena¹⁹³⁰.

1927 SCHÜNEMANN, B.; *La Función del Principio de Culpabilidad*, cit. p. 160; SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 237.

1928 SCHÜNEMANN, B.; *La Función del Principio de Culpabilidad*, cit., p. 165.

1929 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal...*, cit., p. 73.

1930 Así, SCHÜNEMANN, B.; *Libertad de Voluntad y Culpabilidad...*, cit., ps. 47-48.

“Culpabilidad es reprochabilidad”, se dice, o, si se quiere de un modo menos alambicado, la formación de la voluntad que conduce a la decisión de cometer el delito debe ser reprochable¹⁹³¹.

Finalmente, se adscribe otra posición, que se orienta a sustituir el concepto de culpabilidad, por los fines preventivos de la pena, tanto «preventivo-generales» como «preventivo-especiales». Se destaca la posición de GIMBERNAT ORDEIG, de reemplazar la culpabilidad por los fines político-criminales de la pena, pues se dice que este elemento no es susceptible de verificación, por lo que es un cuerpo extraño en el marco de la teoría del delito; por tales motivos, la necesidad de pena deberá determinarse conforme a las necesidades preventivas, a fin de preservar la intimidación al colectivo y de proyectar la enmienda personal del sujeto infractor, con respecto a su vida en el futuro. Para este autor se trata de que la pena no sea algo irracional y de seguir afirmando la dignidad humana y el derecho penal liberal del Estado de derecho¹⁹³².

Con la referida propuesta no se persigue tampoco poner, en modo alguno, en peligro el conjunto de principios de signo liberal y respetuoso de las características de la persona humana, a los que la concepción de la culpabilidad respondía¹⁹³³, por lo que se descarta una manipulación de los fines preventivos de la pena para justificar un ámbito de mayor represión en el ámbito de libertad ciudadana; sin embargo, de esta postura pueden desencadenarse una serie de consecuencias, que afectan de cierto modo la racionalidad de las resoluciones dogmáticas. Si la pena encontrara su justificación y su medida únicamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial, sería preciso llegar a consecuencias muy distintas en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de la pena para los inimputables¹⁹³⁴.

En el caso de los inimputables, entonces, no cabría una pena, pues ellos no están en capacidad de motivarse conforme a los mandatos de la norma, serían razones de prevención general que abogan por este criterio delimitador. Al aplicarse a los inimputables, únicamente medidas de seguridad no puede fundamentarse en las exigencias de la prevención general¹⁹³⁵, las medidas de seguridad -precisamente- se imponen por razones de prevención especial; máxime nuestro CP, reconoce en su artículo 77° la posibilidad de que un imputable relativo (toxicómano o alcohólico imputable) pueda ser alcanzado por una

1931 HASSEMER, W.; *¿Alternativas al Principio de Culpabilidad?*, cit., p. 110.

1932 HORMAZABAL MALARÉE, H.; *El Código Penal Peruano y el Principio de Culpabilidad*, cit., p. 29.

1933 CÓRDOBA RODA, J.; *Culpabilidad y Penal*, cit., p. 34.

1934 CEREZO MIR, J.; *El Delito como Acción Culpable*, cit., ps. 28-29.

1935 CEREZO MIR, J.; *El Delito como Acción Culpable*, cit., p. 30.

pena, después de haber cumplido con la medida de seguridad que corresponda, de conformidad con el Sistema Vicarial que se desprende de nuestro *corpus* punitivo; si estas personas no están en capacidad real para poder adecuar su conducta conforme al sentir de la norma, por razones de prevención general deberían ser dispensadas de una pena.

La necesidad de pena en personas que sufren de un trastorno mental transitorio, sea por factores exógenos o endógenos, así también aquellos que se someten (dolosa o culposamente) a un estado de inimputabilidad (*actio libera in causa*) se fundamenta en razones de prevención general; son conductas que deben ser sancionadas con una pena a fin de intimidar al colectivo. Estas personas, como apunta CEREZO MIR, pueden ser, en algún caso y en alguna medida, susceptibles de intimidación y con mayor razón puede serlo el resto de la colectividad¹⁹³⁶.

En suma, si la sanción penal puede resultar, como con gran frecuencia lo es, innecesaria para el sujeto "normal", y necesaria en cambio, para el individuo "anormal", no cabe, evidentemente, definir las categorías de la "normalidad" y "anormalidad" -o las de la imputabilidad e inimputabilidad- en virtud de los criterios de la necesidad y de la innecesidad de la pena¹⁹³⁷. En cuanto, al error de prohibición, GIMBERNAT sostiene que en todos aquellos casos en que concurre un error de prohibición invencible, procede absolver al infractor, en consideración a que ni desde el punto de vista de la prevención general, ni de la especial, resulta necesaria la imposición de una pena. Cabe la aclaración de que la prevención especial no puede fundamentarse en la peligrosidad del reo, sino en las necesidades de rehabilitación social que revela el autor en la comisión del hecho punible, una pena necesaria para conseguir su readaptación social.

El que el delito haya sido cometido con error de prohibición -y que el sujeto no haya, en consecuencia, desatendido el efecto motivador de la norma prohibitiva- no obsta, en modo alguno, a que su autor, pueda manifestar unas características de gravísima peligrosidad criminal; y si la prevención especial, como función propia de la pena, equivale a la evitación del riesgo de comisión de futuros delitos por el infractor, cabe perfectamente pensar en que la pena resulte necesaria por motivos de prevención especial, en relación a quien ha cometido un delito en un estado de error de prohibición¹⁹³⁸. Quien se encuentra en un error de prohibición se encuentra en una ceguera jurídica, pues no sabe que la conducta que comete está prohibida por las normas penales, desatiende su deber de ciudadano, por lo que únicamente el error de prohibición «invencible» -en casos excepcionales- dará lugar a una exención de responsabilidad

1936 CEREZO MIR, J.; *El Delito como Acción Culpable*, cit., p. 30.

1937 CÓRDOBA RODA; *Culpabilidad y Pena*, cit., p. 42

1938 CÓRDOBA RODA; *Culpabilidad y Pena*, cit., p. 43.

criminal. Por consiguiente, en un error de prohibición «evitable», la necesidad de pena se deriva fundamentalmente en razones de prevención general, pues se debe intimidar al colectivo a fin de que no descuiden su labor cognitiva, de interiorizar los valores del ordenamiento jurídico, a fin de adaptar su conducta conforme a Derecho. Es evidente. (...), que la aplicación de una pena en los supuestos de error de prohibición invencible podría servir de acicate para examinar en cada caso, con mayor cuidado, la licitud o ilicitud de la conducta¹⁹³⁹.

Finalmente, los fines preventivos de la pena, a fin de ajustar la medida de pena, arrastrarían prioritariamente una serie de elementos ajenos a la persona del autor, como la jerarquía del bien jurídico, el grado de afectación material, los medios comisivos, la energía criminal, etc.; presupuestos todos ellos que inciden en una mayor intensidad de la pena, como dice HORMAZÁBAL, MALARÉE, la persona quedaría expuesta a la arbitrariedad estatal¹⁹⁴⁰. En tal entendido, esta postura no está en posibilidad de ofrecer un marco de garantías, de acuerdo al criterio individualizador que debe seguir la imputación individual, a fin de garantizar que el ser humano no se convierta en tamiz de finalidades netamente instrumentales.

3. 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 culpabilidad¹⁹⁴¹.

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 1º, 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, sólo resulta factible en un orden normativo donde se respete al máximo las «libertades fundamentales».

1939 CEREZO MIR, J.; *El Delito como Acción Culpable*, cit., p. 30.

1940 HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; *El Código Penal Peruano y el Principio de Culpabilidad*, cit., p. 29.

1941 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal*, cit., p. 257.

La privación de la libertad sólo es legítima en cuanto se manifiesta un hecho de significativa lesividad para los intereses jurídicos superiores, pero, la intensidad de la reacción estatal debe 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 dignidad¹⁹⁴².

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 individuo¹⁹⁴³.

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 delito¹⁹⁴⁴.

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 ético¹⁹⁴⁵. Son 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

1942 CEREZO MIR, J.; *El Delito como Acción Culpable*, cit., p. 21.

1943 MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*. 4ta. Edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995. cit., p. 96.

1944 TORIO LÓPEZ A.; *El Concepto Individual de Culpabilidad*, cit., p. 299.

1945 BUSTOS RAMÍREZ; *Política Criminal y Dogmática*, cit., p. 129.

imputabilidad¹⁹⁴⁶. 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 referencia¹⁹⁴⁷.

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 sólo 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"¹⁹⁴⁸. Quiere decir, que el juicio de culpabilidad no sólo 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 sólo aquella parecía en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como "pena", es decir, como respuesta a la Culpabilidad¹⁹⁴⁹.

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 criminal¹⁹⁵⁰.

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

1946 TORIO LÓPEZ, A.; *El concepto individual de culpabilidad*, cit., p. 297.

1947 Ver, el Cap., sobre la determinación judicial de la pena.

1948 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal...*, cit., p. 87.

1949 ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*. T. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. cit., p. 180.

1950 SAUER, Guillermo; *Derecho Penal. Parte General*. Traducción directa por Juan del Rosal y José Cerezo. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956, ps. 235-236.

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 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 socio-pedagógico, 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 persona¹⁹⁵¹.

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 bio-culturales 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

1951 URQUIZO OLAECHEA, José F.; *Derecho penal: principio de culpabilidad*. En: Jurídica. Suplemento de Análisis Legal. Diario El Peruano, martes 16 de mayo del 2006, cit., ps. 4-5.

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 socio-cultural de un pueblo, importa una ruptura entre la norma y la sociedad, cuyo desembalse desencadena su propia ilegitimidad.

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».

4. 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»¹⁹⁵².

La tendencia actual ha sido de dotar a la culpabilidad de un juicio meramente impersonal: Vinculación del individuo al hecho (imputación individual).

1952 BACIGALUPO, E.; *Principios de Derecho Penal*. cit., p. 298.

"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".

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"¹⁹⁵³.

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, ésta debe ser non-nativa y no de naturaleza moral. c) Deber de Exigibilidad, sólo 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 realizarlos¹⁹⁵⁴.

Conforme lo anotado, 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 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

1953 MUÑOZ CONDE, F., y otro; *Derecho Penal. Parte General*. cit., ps. 366 y ss.

1954 Para MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN, M., los elementos: Capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y no exigibilidad de otra conducta, responden a un fundamento material de la culpabilidad, encuadrada dentro de la función motivadora de la norma penal; cit., ps. 365-378.

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 (ROXIN¹⁹⁵⁵).

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 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”*¹⁹⁵⁶.

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).

1955 Para ROXIN, la culpabilidad, cuando un Injusto penal merece pena, deberá responder dependiendo de razones político-criminales y preventivas (especial).

1956 Las otras variables serán el contenido del Injusto típico, los fines preventivos de la pena (general y especial) y finalmente criterios político-criminales.

“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- revelan un intenso menosprecio por los intereses jurídicos de los miembros de una sociedad democrática: “sólo para los delitos más graves”¹⁹⁵⁷, 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 co-responsables 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.

Uno de los escollos más notorios para lograr la verdadera rehabilitación del sujeto infractor, son los estigmas y rotulaciones que proceden de la propia sociedad, que impiden su reincorporación al sistema social, como un sujeto útil para con sus congéneres, quiere decir esto, que los costes del comportamiento criminal deben ser compartidos y distribuidos equitativamente entre el infractor de la norma y la sociedad, de común idea con las exigencias del Estado Social. Es así que abandonaremos, de una vez por todas, la imagen de un Derecho Penal Retributivo, que signifique la aplicación de una sanción punitiva a todos los hechos de relevancia jurídico-penal que acontezcan en sociedad, expresión de un Estado Maximalista que no desea que sus ciudadanos tengan la posibili-

1957 Lo propuesto significa engarzar la aplicación del *ius puniendi* estatal con los fines de un Estado Social de Derecho, si lo que se quiere es garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos, debemos por lo tanto, alejarnos de un sistema de justicia penal meramente retributivo, que significa la aplicación de una pena a todos los hechos punibles sin excepción. Un Sistema Democrático de Derecho, exige una aplicación racional del Derecho Penal en consonancia con su carácter de *ultima ratio* y con el principio de Mínima Intervención, para ello deberá acudir a los fines preventivos de la pena y a criterios político-criminales, sin que ello signifique un quebrantamiento al Principio de Legalidad. Lo antedicho demuestra una clara opción ante la crisis evidente de la pena privativa de libertad y la búsqueda incesante de las legislaciones más avanzadas, en la elaboración de mecanismos sustitutivos a la pena.

dad de reivindicarse ante sus semejantes, también por motivos de conveniencia político-criminal y político-estatal, ante la eminente posibilidad de que el Estado pueda procesar todos los hechos punibles que llegan a conocimiento de los operadores del sistema de persecución penal (*filtros de selectividad material y procesal*).

Conforme lo anotado, el «Sistema Penal» debe realizar todo un proceso de selectividad, a fin de escoger aquellos hechos punibles de significativa gravedad y que a la par, puedan ser perseguidos debidamente, cuando existe un acervo probatorio suficiente; no se puede dejar de lado, la vinculación indisoluble que existe entre el Derecho penal y el Proceso penal, pues el segundo constituye la vía arbitrada, por el cual el primero adquiere debida concreción y, es que estas razones de conveniencia (política criminal), deben obedecer a una reflexión integradora de ambos ámbitos del Derecho a fin de garantizar una Justicia Penal «garantista» y «eficiente».

Resulta ilusa, cualquier posición que pretenda procesar todos los hechos punibles por un mismo cauce, sin interesar el grado de disvalor de la conducta y los medios que se cuentan para procesar con éxito dichas causas; en tal mérito, la política criminal de hoy, ha diseñado mecanismos alternativos a los procedimientos ordinarios, más llevados al consenso y a la negociación, que importan en realidad la personalización del conflicto, haciendo primar los intereses de los principales protagonistas del evento criminal (agresor y víctima), a partir del afianzamiento de los lazos sociales, tal como se desprende de la estructura intranormativa del nuevo CPP. Empero, los mecanismos alternativos, sólo pueden tomar lugar en ámbitos marcados de la criminalidad, la problemática surge cuando se pretende procesar todos los delitos por estas vías de consenso, debilitando la eficacia de los fines de la pena y, la vigencia misma del orden legal.

La introducción de “elementos consensuales” -como subraya TIEDEMANN- no solamente modifica el proceso penal, sino absolutamente la imagen del Derecho penal y de la pena estatal. La pena estatal no está (irrestrictamente) a disposición del Estado y menos aún a la del autor del delito¹⁹⁵⁸.

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 ésta constituye un mal, al mínimo auténticamente necesario en términos so-

1958 TIEDEMANN, Klaus; *Constitución y Derecho Penal*. Palestra Editores, Lima, 2003, cit., p. 216.

ciales); por otro lado, por principios axiológicos no utilitaristas, sino de garantía individual (justicia, proporcionalidad, humanidad, etc.)¹⁹⁵⁹.

En resumidas cuentas, los postulados que se desprenden de la Ley Fundamental, importan la necesidad de racionalizar la respuesta punitiva del Estado como estrategia de un programa de minimización punitiva, ajena a la concepción retributiva de la Culpabilidad, ésta última debe sujetarse a los fines preventivos, que en consuno juegan un rol preponderante en la mitigación de la pena.

5. 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 sólo 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 eliminen esa capacidad, (...), pero que, de todos modos, marcan el mínimo de gravedad de la reprochabilidad para fundamentar un reproche¹⁹⁶⁰.

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, hallándonos ante un acto que encaja en un tipo legal, que es antijurídico 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,

1959 SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 242.

1960 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., ps. 151-152.

o finalmente porque a causa de una u otra motivación, no se le podía exigir una conducta adecuada al orden jurídico¹⁹⁶¹.

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, sólo 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 salvaguardar 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.

5.1. 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.

MANZINI, estima que «Imputabilidad» penal es el conjunto de las condiciones físicas y psíquicas, puestas por la ley, para que una persona capaz de dere-

1961 JIMÉNEZ DE ASUA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. VI, cit., p. 303.

cho penal pueda ser considerada causa eficiente de la violación de un precepto penal. Se trata de una relación entre el hecho y su autor¹⁹⁶².

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 penal¹⁹⁶³.

La Imputabilidad versa en principio sobre la responsabilidad penal, o dicho así: *las condiciones que deben concurrir para que el 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"¹⁹⁶⁴; 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)¹⁹⁶⁵.

1962 MANZINI, VINCENZO. *Tratado de Derecho Penal. Teorías Generales*. Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1948, cit., p. 125.

1963 DE TOLEDO Y UBIETO - HUERTA TOCILDO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 335.

1964 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 66; ROXIN, C.; *La Evolución de la Política Criminal...*, cit., p. 72; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 321.

1965 SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 410.

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 alguna. En un esquema de esta naturaleza anota SCHÜNEMANN, el valor rector de la prevención sólo 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 culpabilidad¹⁹⁶⁶.

Así, RUDOLPHI, en cuanto a la imputabilidad individual, al señalar que la pena sólo 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 imputables¹⁹⁶⁷.

Los fines preventivos (general y especial), están presentes en ambos niveles, sólo 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)¹⁹⁶⁸.

Sin embargo, debe destacarse que en el esquema por nosotros concebido, el contenido ontológico de la Culpabilidad es añadido por otros conceptos, no sólo por motivos preventivos, como veremos más adelante. La culpabilidad no sólo 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 de limitar la medida en que deben perseguirse las metas preventivas para limitar la libertad de la voluntad individual¹⁹⁶⁹.

A tal efecto, no puede haber pena sin culpabilidad y, ésta 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 cognoscitivas óptimas, es decir, en condiciones mínimas para poder motivarse normativamente; es por ello, que cuando un sujeto presenta un déficit en su estructura psico-

1966 SCHÜNEMANN, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 66.

1967 RUDOLPHI, H.J.; *El fin del Derecho Penal del Estado...*, cit., p. 84.

1968 ZUGALDIA ESPINAR, J. M.; *Fundamentos de Derecho Penal...*, ps. 246-247.

1969 ROXIN, C.; *La Evolución de la Política Criminal...*, cit., p. 73.

somática, 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», ésta 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 él¹⁹⁷⁰; (...) 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 pena¹⁹⁷¹.

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) sólo puede fundarse en razones de prevención especial¹⁹⁷².

La imputabilidad importa la existencia de un individuo en condiciones para ser sujeto del juicio de reproche personal¹⁹⁷³.

La imputabilidad tiene que ver con la capacidad del individuo para responder positivamente al mandato normativo: (...) de comprender lo ilícito del hecho y de dejarse determinar por esa comprensión, renunciando a su realización¹⁹⁷⁴.

Imputabilidad como afirma MEZGER, significa capacidad de culpabilidad¹⁹⁷⁵, 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

1970 RUDOLPHI, H.J.; *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, cit., p. 84.

1971 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., ps. 89-90.

1972 Así, SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 411.

1973 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, cit., p. 270; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 256; LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 117; JIMÉNEZ DE ASNA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. V, cit., p. 30.

1974 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 277.

1975 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 202.

típica con plenitud de sus facultades psico-motrices, 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 Derecho¹⁹⁷⁶.

La finalidad de este elemento conceptual es como escribe ZAFFARONI “descartar toda pretensión punitiva, cuando razonablemente no se le puede reprochar al agente la producción de un conflicto”. 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

1976 De modo contrario, JIMÉNEZ DE ASÚA, quien reconoce que puede haber una responsabilidad *latu sensu*, de los inimputables -únicos sujetos temibles que no interesan en este momento y en este lugar-, a condición de que sean socialmente peligrosos, responsabilidad que actúa por la mera atribuibilidad; *Tratado de Derecho Penal...*, T. V, cit., p. 30.

de pena. El que carece de tal aptitud (*capacidad de culpabilidad*¹⁹⁷⁷) o cuando la misma no ha alcanzado un desarrollo adecuado, es inimputable¹⁹⁷⁸.

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.

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 antipsiquiatría¹⁹⁷⁹.

5.2. 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 comissi delicti*-, no pueden ser declarados responsables penalmente.

Puede haber también una imputabilidad disminuida o una «semi-imputabilidad», 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 culpabilidad¹⁹⁸⁰; 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.

1977 La cursivas son mías.

1978 GARRIDO MONIT, M.; *Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 271.

1979 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 331.

1980 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., 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 precisa¹⁹⁸¹.

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 mixto¹⁹⁸².

Nuestro CP, ha seguido la suerte de un criterio «mixto», bio-psicológico 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 psico-motrices.

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 situaciones¹⁹⁸³.

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 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".

Como expresa BUSTOS RAMÍREZ, siempre se ha dado una gran discusión en relación a las clasificaciones de las enfermedades mentales, dado que generalmente no dan una idea clara de cómo se ha desarrollado el proceso de la enfermedad y, por tanto, más bien utilizan como criterios los efectos de tales procesos, que muchas veces tienden en todas a un denominador común, sobre todo en los estados agudos, con lo cual resulta difícil la precisión de la tipología¹⁹⁸⁴.

1981 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 282.

1982 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 280.

1983 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 207-208; Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 218.

1984 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 341; LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal*, cit., p. 133.

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 endógeno¹⁹⁸⁵. 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 anatómica¹⁹⁸⁶.

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 humana¹⁹⁸⁷; 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 menor¹⁹⁸⁸.

En la epilepsia, el ataque sufrido tiene que haber dado lugar en el intervalo de afección psíquica, esto es, la presentación súbita 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 además¹⁹⁸⁹; (...), 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 hiperestésica¹⁹⁹⁰.

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 otros¹⁹⁹¹.

1985 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 158.

1986 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 213.

1987 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 283.

1988 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 219.

1989 Citado por PEÑA CABRERA, R.; *Los Personajes delincuentes en la Obra de Dostoievski*, cit., p. 77.

1990 PEÑA CABRERA, R.; *Los Personajes Delincuentes en la Obra de Dostoievski*, cit., p. 77.

1991 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 282.

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 anatómicas 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 frenarlos¹⁹⁹²; desde un punto de vista etiológico.

MEZGER, fija el concepto de las enfermedades mentales o psicosis en las denominadas psicosis orgánicamente condicionadas y en las psicosis tóxicamente condicionadas¹⁹⁹³.

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 otros¹⁹⁹⁴.

1992 PEÑA CABRERA, Raúl. Ibidem.

1993 MEZGER, Edmundo; *Criminología*. Traducción del alemán por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, cit., ps. 39-40.

1994 Citados por MARCELO TENCA, A.; *Imputabilidad del psicópata*, cit., p. 9.

Por consiguiente, las personalidades psicopáticas no revelan propiamente una enfermedad mental sino rasgos caracterológicos que inciden en una proclividad delictiva, lo cual de ninguna manera los convierte en "inimputables"¹⁹⁹⁵.

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; (...) sólo 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 anormales¹⁹⁹⁶.

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, al escribir "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"¹⁹⁹⁷. De manera que el límite entre enfermedad y simple anormalidad, está basado en la pura postulación de una suposición no comprobada experimentalmente¹⁹⁹⁸.

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.

5.3. Efecto Psicológico de la Anomalía Psíquica

No resulta suficiente con la perturbación de las facultades cognitivas y volitivas, para poder afirmar la inimputabilidad o imputabilidad relativa, en su caso, se exigirá además, que dicha perturbación constituya un dique infranqueable, para comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse conductivamente, conforme a dicho conocimiento normativo.

1995 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 341; GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 283; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 159; POLITOFF L., S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 321.

1996 MEZGER, E.; *Criminología*, cit., p. 54.

1997 PEÑA CABRERA, R.; *Los personajes delincuentes en la obra de Dostoyevski*, cit., p. 55.

1998 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., ps. 158-159.

Es conocida la existencia de personalidades psicopáticas, que padecen de anomalías que las arrastran desde su nacimiento, afectando su personalidad, aunque no siempre perturbe la inteligencia o voluntad¹⁹⁹⁹.

Como bien afirma PEÑA CABRERA "La psiquiatría es conteste en ver al psicópata como un sujeto difícilmente recuperable, pero desde nuestro prisma exclusivamente jurídico, tal posicionamiento es menester rechazarlo".

Un Constitucional de Derecho, que quiere fomentar y propiciar la inclusión social, no puede renunciar a recuperar a aquellos ciudadanos, que aún están en la capacidad de rehabilitarse, máxime por defectos que responden a un déficit de su organización personal, ajeno a su voluntad. "Ellos no eligieron vivir de esa manera", fue la propia naturaleza orgánica la causante de dicha realidad; como bien profesa MUÑOZ CONDE no se puede pregonar válidamente aquella "libertad absoluta" pregonada por la filosofía Escolástica²⁰⁰⁰.

Para que estas «Anomalías Psíquicas» interesen al Derecho penal, deben ser de tal magnitud, que afecten los procesos de socialización del individuo, que se retrotraen desde su nacimiento y, que gravita en el proceso de interiorización, de todo el conjunto de la normativa social y jurídica.

Al respecto, en la doctrina se formula la pregunta, de cuántos de nuestros actos vitales más importantes, nuestras actitudes ante el mundo externo, nuestras reacciones ante los demás, no vienen condicionadas por factores fisiológicos, por un aprendizaje cultural deficiente o por carencias materiales de todo tipo, que nada o muy poco tienen que ver con eso que se llama inteligencia y voluntad²⁰⁰¹.

Por consiguiente, todos estos factores que pueden incidir en la capacidad de «motivabilidad» normativa y en el «poder de evitabilidad», deben tomarse en cuenta al momento de realizar el juicio de reproche (imputación individual), pues la realidad social rodea a todos los individuos, condiciona nuestras reacciones que se dirigen desde las fuerzas motrices internas, sin poder controlarlas, es decir, el individuo queda a merced de los movimientos que obedecen a su propia constitución orgánica; por tales motivos, la respuesta punitiva no puede ser

1999 Existen individuos que sufren de perturbaciones psíquicas, que no son fácil de detectar en virtud de su naturaleza a temporal. Como relata MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARAN: "Consisten en anomalías que acompañan al sujeto desde la cuna, influyendo en su carácter, en su temperamento, en su vida vegetativa, en su afectividad y en la parte emocional del sentimiento. Es el psicópata sexual, el hombre aparentemente honesto y de familia, que esconde una personalidad atávica y perversa, que en algunos momentos de su vida afloran los instintos más deleznales. Son conductas inteligentes y voluntarias, alteraciones mentales poco comprensibles desde la Psicología Tradicional", cit.; pp. 379 y ss.

2000 MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.; *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 387.

2001 MUÑOZ CONDE y otro; cit., p. 386.

la pena, sino la medida de seguridad a partir de consideraciones estrictamente de prevención especial.

a. 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 psico-motrices.*

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 sentido²⁰⁰².

Aquí, la perturbación psíquica tiene su origen en un estado tóxico, sea que éste provenga endogénicamente del cuerpo y de sus procesos, sea que proceda exogénicamente desde fuera²⁰⁰³.

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 BOHOEFF²⁰⁰⁴, 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, sólo 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

2002 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 342.

2003 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 213.

2004 Tal como lo analizamos en el apartado de "Ausencia de Acción", estas perturbaciones psicológicas no inciden completamente sobre la esfera cognoscitiva del agente, debido a que en estos estados aún se conserva un mínimo de conciencia. Por lo tanto, si son consideradas acciones jurídico-penalmente relevantes, estados que habrá que evaluar al nivel de la responsabilidad penal, que podrán a lo sumo operar como una eximente incompleta (art.21° del CP) de responsabilidad.

de acuerdo a tal comprensión²⁰⁰⁵; 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 psiquiatra, para ello le bastarán las pericias médicas que el alcances los peritos, versados en la materia.

b. Consecuencias Jurídicas

Se sostuvo con propiedad, que el análisis de imputación individual supone escudriñar en la estructura misma del autor, a fin de averiguar si es que contaba con la plenitud de sus facultades cognitivas y volitivas y, así poder dirigir su conducta conforme al sentido comprensivo del mensaje normativo; éste es sin duda el fundamento mismo de pena, en cuanto nivel axiológico que debe respetarse a fin de sujetar la intervención punitiva a un mínimo de racionalidad.

Lo anotado importa el sentido de la sanción punitiva; sin embargo, la justificación de pena obedece a factores preventivo, de prevención general y de prevención especial.

Cuando se advierte un defecto considerable en la esfera psicosomática del sujeto, la reacción punitiva ya no puede responder en factores de «prevención general», no hay pues necesidad de intimidar al colectivo, ni es posible generar interiorización alguna de constrictión a la persona del autor, en tanto es una persona inculpable.

La reacción punitiva, por tanto, debe responder a otros criterios, también preventivos, de adecuar la respuesta al mismo orden de valores que conduce la pena, esto es, la necesidad de evitar que el penado vuelva a cometer delitos en el futuro, incidiendo en su comportamiento positivamente, rehabilitándolo socialmente.

Sin duda, no puede negarse que sea cual fuera la reacción punitiva, muy por dentro, se esconde una faz retributiva, de generar un sufrimiento en la persona del autor, por haber actuado de forma negativa, al haber vulnerado las bases del contrato social, por lo que merece ser apartado de la sociedad.

Siendo así, mientras que la pena presupone «culpabilidad», la medida de seguridad presupone la «peligrosidad» del agente, mas común denominados de ambas sanciones, es la comisión de un hecho punible.

2005 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, T. II. cit., p. 289.

En el caso de los «inimputables», la reclusión en un centro hospitalario, reposa, como se dijo, en orden a cautelar los factores de prevención especial, a fin de propiciar la rehabilitación del autor; lo que en algunos casos, resultará imposible, pues la base patológica que sostiene la enfermedad mental, es de tal intensidad, cuya curación es ya de por sí una mera ilusión. Sin embargo, el legislador, a pesar de haberse apartado de las bases sintomatológicas de la doctrina del positivismo, continuó apelando a dichos criterios, en el texto punitivo actual, lo cual quiebra la unidad de sistematización que parte del concepto de culpabilidad; toda vez que si bien los inimputables no gozan de culpabilidad penal, no es menos cierto que la posibilidad de reacción punitiva se condiciona a los mismos presupuestos que la pena: la comisión de un injusto penal; fuera de este supuesto no hay legitimidad alguna para que el Estado pueda intervenir en la esfera de libertad ciudadana, queda proscrita toda medida de seguridad sin delito, es decir, pre-delictiva.

Se decía, entonces, que el legislador ha condicionado la medida de seguridad a un pronóstico de «peligrosidad», tal como se desprende del artículo 72° del CP; de ahí, que se parte desde un doble baremo a fin de graduar la intensidad de la medida de seguridad, pues no sólo se considerará la gravedad del delito, sino también la peligrosidad delictiva del agente y los futuros delitos que vaya a cometer en el futuro, con ello se vulnera los criterios que guían el principio de proporcionalidad, la magnitud de la sanción debe graduarse únicamente, bajo las variables del injusto y la culpabilidad, si bien este último no está presente en el inimputable, no puede apelarse a criterios subjetivos y pronósticos no contrastables.

No es difícil imaginar que un sujeto que padece de una enfermedad mental grave, el pronóstico de peligrosidad delictiva importe una perenne posibilidad criminal del sujeto, por lo que la medida tendría que prolongarse a perpetuidad; somos contestes a pensar, que la graduación de la medida debe sujetarse al principio de proporcionalidad en sentido estricto y a los márgenes temporales que se extienden en el artículo 29°, de concordante con lo establecido en el artículo 75° del CP, al prescribir que dichas medidas no podrán exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido por el delito cometido. La libertad humana es un bien jurídico que debe tutelarse en correspondencia con el orden de valores compaginados en la Ley Fundamental, que desencadenan la imagen de un derecho penal mínimo.

¿Cuál es el tratamiento punitivo idóneo para con los inimputables psicóticos o paranoicos gravemente afectados en la comprensión de la ilicitud de sus actos? Tales individuos, al momento de la comisión del delito, no llegan a comprender la magnitud del evento delictivo que perpetran, así lo dispone nuestro CP, en cuanto a los declarados judicialmente como «inimputables» (conforme al Sistema Vicarial) corresponderá la aplicación de una Medida de Seguridad, medida *post delictum* que tiene por finalidad, la curación, tutela y rehabilitación

del agente infractor (Art. VII del Título Preliminar), medida que puede consistir en internamiento o en un tratamiento ambulatorio.

La previsión –in comento- permite, incluso al juzgador, prescindir de la pena, cuando el tratamiento de la medida, haya resultado exitosa.

La aplicación de medidas de seguridad, en base a tales presupuestos, han merecido sendas críticas por la doctrina, que alegan que el internamiento de un enfermo mental en contra de su voluntad es un crimen contra la humanidad, análogo a la esclavitud.

Estas medidas deben utilizarse como ultima *ratio*; al respecto ha refutado MUÑOZ CONDE señalando "...encuentra su carácter aflictivo y defensivo del internamiento..., exagerando su importancia cualitativa y cuantitativa, haciendo de ella el pretexto para imponer medidas esencialmente represivas y no curativas..., a pesar de que se demuestre que la peligrosidad social permanente de algunos enfermos mentales es muy reducida y muy poca; en efecto, son los casos de internamiento obligatorio justificado por la peligrosidad del enfermo".

c. Grave Alteración de la Conciencia

A diferencia de la Anomalia 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 psico-motrices 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 epiléptico²⁰⁰⁶, 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 acción²⁰⁰⁷.

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 Anomalia 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

2006 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 208; Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 218.

2007 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 160.

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"²⁰⁰⁸.

Se trata pues, de un estado permanente que lesiona profundamente la esfera cognoscitiva, éste 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 anímica²⁰⁰⁹; pues la exclusión de conciencia adquiere carácter de irrelevancia jurídico-penal, al no ser "acción" que interesa al Derecho penal.

d. 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».

2008 Así, BACIGALUPO. E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 160; JAVIER AGOSTINETTI, M.: *La culpabilidad*, cit., p. 487.

2009 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 inimputabilidad.

La doctrina sentó a este respecto el principio de que toda acción debía ser siempre y sólo 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 mismas²⁰¹⁰.

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 comissi delicti*), por lo que tampoco cabe ya sostener la imputación delictiva en el indeterminismo, por los fundamentos antes esgrimidos, lo que implicaría una especie de responsabilidad objetiva por el resultado²⁰¹¹, *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"²⁰¹².

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 sólo 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 típico²⁰¹³.

Convenimos, que resulta en sí racional que la conducta criminal en estado de inimputabilidad, por quien se preordenó a delinquir no quede sin más imputarse, mas lo importante es identificar los fundamentos de dicha incriminación.

2010 HRUSCHKA; Citado por HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; *La doctrina de la actio libera in causa y su incorporación al Derecho Español*, cit., p. 782.

2011 Así, HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; *La Doctrina de la Actio Libera in causa...*, cit., p. 803.

2012 MANZINI, V.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 168.

2013 Al respecto, ver infra el Capítulo sobre el tipo subjetivo del Injusto.

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*-²⁰¹⁴.

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 dañoso²⁰¹⁵.

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 antijurídica²⁰¹⁶.

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

2014 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 342.

2015 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 118; GARRIDO MONTT, M.: *Derecho Penal...*, II, cit., p. 290.

2016 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 161.

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 eventual²⁰¹⁷. 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 transporte 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 psico-motrices, 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, sólo entra en consideración la responsabilidad por imprudencia²⁰¹⁸. La doctrina es unánime al admitir, entonces, una *actio libera in causa* dolosa y culposa²⁰¹⁹.

2017 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 162.

2018 STRATENWERTH G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 292.

2019 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, II, cit., p. 290; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., ps. 161-162; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 290 y ss; LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 118; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 342; PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*, Vol. cit., p. 210; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 220; JAVIER AGOSTINETTI, M.; *La culpabilidad*, cit., p. 487; SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*. T. II, Buenos Aires. 1951, ps. 46-47; en contra del *actio libera in causa*, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, para quien esta institución no deja de ser una extraña a la lógica inmanente a la construcción dogmática y a los principios inspiradores del actual derecho penal que se responsabilice a quien no es culpable al momento de cometer el hecho, acudiendo a una ficción indemostrable, cuya verificación práctica ofrece no pocas dificultades de tipo probatorio (...), debe concluirse que se trata de una figura llamada a ser erradicada por superflua e improcedente, máxime cuando los problemas generados por ella se resuelven ya en el ámbito de la teoría de la tipicidad; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 579-580; si asumimos esta posición, la situación de inimputabilidad lo único que generaría es impunidad, pues al no existir dolo al momento

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 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.

Ahora bien, no todo delito que se cometa en un estado de inimputabilidad transitorio debe generar responsabilidad criminal, en algunos casos dichas circunstancias obedecen a otros factores, quien bebió una determinada dosis de alcohol sin medirse, es decir, no fue consciente de que podría ingresar a un estado de letanía y, pierde sus facultades psico-motrices, no podrá ser constitutivo de una *actio libera in causa*, si bajo dicho estado comete un delito²⁰²⁰.

La causa que produce el estado de inimputabilidad, se deriva de factores exógenos, que pueden llegar a anular parcial o totalmente las capacidades cognitivas y volitivas en la esfera interna de los individuos.

Al ser considerados dichos elementos -que colocan en un estado de inconsciencia transitoria al individuo- sustancias adictivas embriagantes, son ajenas a un estado patológico del hombre.

de la acción, habría pues que exonerar de responsabilidad, a menos que se convierta a esta figura, como una especie de responsabilidad objetiva por el resultado, Así, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 312.

2020 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 291-292.

En otras legislaciones penales, se prescribía que la embriaguez debía ser plena y fortuita para poder ser considerada como una causa eximente de responsabilidad (CP español de 1932).

Nuestro *corpus* punitivo actual no introduce esta figura eximente, siguiendo la tónica del CP de 1924; el artículo 20° del CP sólo trata el caso de «Grave Alteración de la Conciencia». La embriaguez como estado toxicológico, no es comprendida como una causa de alteración de la conciencia producto de factores externos; lo único que distingue el trastorno del estado transitorio de inconsciencia es su duración y su causa.

El estado transitorio de inconsciencia se produce por una perturbación en la mente del sujeto que causa una plena anormalidad en su conocimiento de la situación concomitante o en las condiciones que dirigen su autocontrol, por lo tanto, es incapaz de autodeterminarse conductivamente. Si la perturbación no es plena, pero es notable, debe apreciarse la «eximente incompleta».

El problema es a veces fijar una perturbación plena o parcial, cuando se aprecie una ausencia total en la capacidad intelectual y volitiva (Inimputabilidad) y en su caso la ausencia de comportamiento humano, impedirá este último la existencia de antijuridicidad.

Estas concepciones o causas de inimputabilidad, habrán de determinarse en términos de relativismo social, será finalmente la sociedad quien decida en cada coyuntura histórica, cuando alguien se encuentra en una situación que no sabe lo que hace, que no comprende el alcance de sus actos y que se encuentra en un estado situacional que le impide obrar conforme a Derecho.

El momento en que debe producirse el efecto de inimputabilidad, propio del estado transitorio de inconsciencia, es la realización del comportamiento típico, la excepción la constituye el *actio libera in causa*.

La embriaguez, acorde a su grado de intensidad, puede ser calificada como: Letárgica, plena, semiplena o productora de simple excitación²⁰²¹.

La «Letárgica» produce un estado pleno de inconsciencia, que excluye la presencia de un comportamiento humano de relevancia jurídico-penal, cuando deja de operar la esfera conciente del sujeto; la «Plena» produce una perturbación total de la conciencia que excluye la imputabilidad, mientras que la «Semi-plena», supone una perturbación parcial que disminuye la imputabilidad a través de grados cuantificables.

Paralelamente a estas variantes, surge la «Embriaguez Preordenada», destinada a delinquir, es la que se provoca para cometer un determinado delito. Son muchas las veces, en que agentes delictivos habituales, se someten a este

2021 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 596.

estado para infundirse un valor necesario para perpetrar hechos punibles y de esta forma desinhibir los frenos delictivos. Otras clases de embriaguez pueden producirse de forma imprudente o fortuita²⁰²².

Finalmente, cabe precisar lo siguiente: se ha sostenido con corrección que el estado de inconsciencia debe haberse producido por una preordenación delictiva o en virtud de la infracción de deberes que le eran exigibles por el autor; empero, el autor -que en estado de inimputabilidad-, comete un hecho punible, puede haber llegado a dicho estado por obra de terceros, quienes dolosamente lo someten en una fase de «inconsciencia».

Quienes suministran un fármaco de gran potencia al conductor de un bus interprovincial, éste en el trayecto de la ruta pierde el control del vehículo por obra de la sustancia ingerida, produciéndose la muerte y lesiones de varios de los pasajeros, en definitiva, no podrá imputarse la producción del resultado lesivo, al conductor; éste en realidad se convirtió en un instrumento de los hombres de atrás, quienes dirigieron su conducta a fin de que el hombre de adelante lesione varios bienes jurídicos. En este caso concurre un típico caso de Autoría mediata.

Así, también, la enfermera que en el transcurso de una operación da de beber agua al médico con un contenido intoxicante, perdiendo la dirección de los instrumentos quirúrgicos provocando una herida en el paciente.

Por lo expuesto, la teoría de la «*actio libera in causa*», debe ser de todos admitida en nuestra legislación a partir de criterios de valoración que se desprenden de los criterios de la «Imputación delictiva», toda vez que el juicio de reproche personal no sólo parte desde una perspectiva ontológica, sino también normativa, donde la exclusión de pena obedece a factores preventivos, en este caso de preventivo-generales.

Dicho lo anterior, nadie puede discutir que el juicio de culpabilidad (responsabilidad) debe realizarse en el momento de la acción (*tempus commissi delicti*), pero en el momento anterior existía un individuo con plenos poderes de motivabilidad normativa, quien se somete a dicho estado de inimputabilidad a efectos de materializar su conducta previamente ordenada o lesiona los deberes que deben guiar a un ciudadano respetuoso de los bienes jurídicos fundamentales, debiéndose haber abstenido de realizar dicho comportamiento, por lo que los efectos preventivo-generales estaban presentes.

2022 La embriaguez voluntaria supone haberse colocado en tal estado de forma intencional, mientras que la embriaguez culposa es la que se produce imprudentemente -el agente infringe el deber de cuidado-. Fortuita, es la que no se ha buscado, se alcanza casualmente, ni por haberse querido ni por no haber tomado la diligencia debida.

Lo anotado no puede ser reputado como una vulneración a los principios de legalidad y de reproche personal, sino el ejercicio de una tarea interpretadora que parte de las funciones preventivas del Derecho penal; *contrario sensu*, la ausencia de valoración a estos estados delictivos importaría una brecha amplia de impunidad y el decaimiento significativo de los fines preventivos de la pena; máxime por un factor criminológico, donde la delincuencia en nuestro país revela la cantidad de muchos casos de preordenación criminal. Es normal advertir que el agente perpetre el delito, bajo la influencia de drogas o alcohol, por lo que la orientación contraria supondría que estos estados de inimputabilidad (plena o semi-plena) se vean favorecidos con una atenuación de la pena, lo cual a todas luces resulta político criminalmente insatisfactorio.

No es una cuestión de justicia, sino la sujeción a los fines esenciales del Derecho penal, en el marco de una dogmática jurídico-penal esencialmente valorativa²⁰²³; el orden jurídico es en esencia valorativo, por lo cual debe establecer criterios de distinción que se enmarquen en un orden axiológico, que parten desde un fin teleológico, sin afectar los principios que legitiman su actuación.

d.1. Embriaguez Patológica y la Preordenada

Es aquella embriaguez que se produce en virtud de la habitualidad que ha tomado en el sujeto el consumo de bebidas alcohólicas, la injerencia de alta dosis de alcohol conlleva la formación de una base patológica.

A decir de MEZGER, este estado significa una reacción extraordinaria, patológica, producida por una cantidad de alcohol relativamente pequeña, a consecuencia de una especial intolerancia alcohólica. Esta última puede ser permanente, constitucional o simplemente pasajera (...) ²⁰²⁴, dependiendo del grado de adicción del individuo.

Por consiguiente, al haberse afectado la estructura orgánica del individuo, éste alcanzará el estado de embriaguez con pequeñas dosis de alcohol, la afectación orgánica es de tal magnitud que su inconsciente encuentra una perturbación tal, que le impide comprender el carácter delictuoso de su acto o de comportarse de acuerdo a dicha comprensión; es por ello, que en la «embriaguez patológica», no procede valorar la intoxicación misma, sino los trastornos síquicos que son su consecuencia²⁰²⁵.

2023 En contra, REYNALDI ROMÁN, Roberto Carlos: *¿Debe atenuarse la pena de quien se coloca en estado de inimputabilidad?*. La doctrina de la *actio libera in causa*. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 138, mayo del 2005. Lima, cit., ps. 95-103.

2024 MEZGER, E.; *Criminología*, cit., p. 46; Así, JAVIER AGOSTINETTI, M.: *La Culpabilidad*, cit., p. 490.

2025 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 139.

En el caso de la embriaguez preordenada, el hecho de que el individuo se haya embriagado voluntariamente o por imprudencia no significa que (habiendo inobservado normas de conducta), si delinque en tal estado, haya querido la producción del resultado, ni que éste fuera previsible, pues puede desearse o preverse la embriaguez, sin deseo o sin ser previsible que se vaya a delinquir en ese estado, produciéndose la lesión a un bien jurídico. No siempre existirá una relación causa-efecto.

Conforme lo anotado, la embriaguez preordenada a delinquir no a embriagarse, cualquiera sea su intensidad, no puede eximir ni atenuar la responsabilidad penal (*actio libera in causa*)²⁰²⁶.

d.2. Momento de la Imputabilidad

El tiempo del delito a efectos de la imputabilidad o inimputabilidad, es el tiempo de la acción, (...), el momento de comisión del delito (...) interesa p. ej., para determinar si la culpabilidad o inculpabilidad o circunstancias modificativas -v.gr. la reincidencia- deben apreciarse durante la acción o cuando se da el resultado (...) ²⁰²⁷.

Lo reprochado en el juicio de culpabilidad es la ejecución del injusto típico. La capacidad de reproche debe ser afirmada y medida al mismo tiempo de la acción. Las *acciones libera in causa* son una excepción a la regla general asentada propuesta en líneas anteriores, la formulación histórica de esta teoría gira en torno a la embriaguez, si bien su campo de aplicación actual es más vasto e incluye toda clase de trastornos susceptibles de adquirirse voluntariamente; en estos estados, el juicio de reproche se analiza no en el momento de la acción, sino en un momento anterior, en el momento de que en forma voluntaria o negligente se produce la situación de «inimputabilidad» concomitante a la ejecución del delito.

2026 El Proyecto de Ferri de 1921, reflejando la opinión de la Scuola Positiva, consideró plenamente responsables a los ebrios no fortuitos y el §330 a) del Código penal alemán castiga como delito la provocación culpable de la embriaguez plena, si el autor comete en tal estado un hecho que no pueda castigarse por inimputabilidad. "Para que el alcohol u otras drogas eximan deberán producir una plena exclusión de la imputabilidad, sólo la eximirá cuando no se haya buscado el propósito para delinquir ni la que se haya producido en circunstancias tales que se hubiera podido prever que daría lugar a cometer el hecho, si la imprudencia es punible". En el caso del tráfico rodado, cuando la embriaguez fue la causa del accidente, la doctrina de la *actio libera in causa* afirma que concurre imprudencia temeraria. En tales casos, el análisis valorativo se retrotrae a un momento anterior a la comisión del delito, al momento en que el sujeto infringe sus deberes de autorresponsabilidad y se somete a un estado de embriaguez, a sabiendas que posteriormente tenía que conducir y que el alcohol perturba las facultades cognitivas plenas.

2027 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 194.

Son dos las *actio libera in causa*, la «dolosa» y la «culposa»; en las dolosas, el sujeto al colocarse en una situación de inimputabilidad, se utiliza a sí mismo como un mero instrumento material en la comisión del delito al igual que la figura de la Autoría Mediata; ha de entenderse ejecutado el delito justo en el momento en que se adquiere el trastorno mental preordenado para su comisión.

«Quien se coloca de forma libre y voluntaria, en una situación de inimputabilidad para perpetrar el hecho punible, está ya iniciando su ejecución, por lo tanto, no existe una desvinculación, entre el momento de la acción y el momento de la imputabilidad».

En la culposa, «Si la *actio libera* puede ser contemplada ya como inicio de realización del correspondiente tipo del injusto, si al llevarla a cabo concurren en el autor los presupuestos de la imputación delictiva por su modalidad imprudente, en relación al resultado perjudicial acontecido, debe hacerse responder al autor, a título de culpa».

Estado que afecta los poderes psico-motrices, que se hubiera podido y debido evitar, al existir un deber exigible al sujeto, de estar en plena capacidad de sus poderes físico-orgánicos; debe aparecer, entonces una relación de riesgo entre el deber infringido por el autor y el resultado lesivo producido y éste debe ser aquel resultado que la norma quería evitar.

e. 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 restringido²⁰²⁸.

El legislador de 1991 tomando como referencia otras legislaciones y siendo coherentes con una adecuada técnica legislativa, insertan en el listado del artículo 20º la noción de «Alteración de la Percepción», que alude a una aplicación más lata, pudiendo subsumirse en esta eximente no sólo el sordo y el

2028 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, cit., ps. 217-218; al respecto describía MEZGER, que se acostumbra distinguir entre la "idiotez", de la que padecen los imbéciles cuyo desarrollo espiritual no alcanza el de un niño de seis años, la "imbecilidad", si el desarrollo espiritual del enfermo adulto corresponde al de un niño hasta el inicio de la pubertad, y la "debilidad", si el desarrollo espiritual del enfermo no corresponde al que se comprueba en las personas normales una vez terminado el periodo de la pubertad; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 214; Así, en cuanto a la "debilidad mental" STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 286.

mudo; se extiende pues, a otras manifestaciones producto de alteraciones de los sentidos²⁰²⁹.

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 (sólo 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)²⁰³⁰; ojo, el hecho de que se adviertan ciertos sentidos alterados, no supone necesariamente que no exista por parte del sujeto, conciencia de la anti-juridicidad.

El sordomudo, que 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 relativo²⁰³¹.

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 personalidad del sujeto²⁰³²; 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- ésta tiene su origen en el poco y detenido desarrollo del

2029 Así, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 162.

2030 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 345.

2031 GARRIDO MONIT, M.; *Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 293; Así, LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 143; POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 315.

2032 AGOSTINETTI, Javier, M.; *La Culpabilidad*, cit., p. 485.

cerebro, que puede ser de carácter congénito o puede también ser adquirido en los primeros años de vida.

Las variantes del débil mental, del imbécil 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.

f. 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.

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 sólo 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 cegar 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 distinción²⁰³³; 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 socio-culturales de validez general y por cuestiones de índole penitenciario, no es posible entonces tratar a un menor 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 éstos reciben no es una pena, sino medidas socio-educativas, tal como lo establece el Código de los Niños y los Adolescentes, en tal

2033 Así, el artículo 11.4 del CEP.

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 racionalidad²⁰³⁴.

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 N° 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 sólo 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 sociedad²⁰³⁵.

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.

Conforme lo anotado, es una realidad sociológica innegable, a la cual hay que hacer frente; lo cuestionable a todo esto, es si solución pasa por una mayor

2034 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 344.

2035 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, cit., p. 215.

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 «bio-psico-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 punitiva²⁰³⁶.

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

2036 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, II, cit., p. 294.

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 sólo 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 precios 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 doctrinal²⁰³⁷, 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”²⁰³⁸.

2037 Para STRATENWERTH, la imputabilidad ha perdido también gran parte de su relevancia en el Derecho penal de menores; *Derecho Penal...*, cit., p. 278.

2038 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, II, cit., p. 295; POLITOFF L., S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 317.

Mientras que en el derecho penal de menores alemán, los adolescentes (personas mayores de 14 años y menores de 18 (811, II, JGG) son penalmente responsables, si al momento del hecho, según su evolución moral e intelectual, tienen madurez suficiente para comprender lo ilícito del hecho y actuar según esa comprensión (& 3, JGG)²⁰³⁹.

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 incidencias²⁰⁴⁰.

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 Labatut 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 carcelaria²⁰⁴¹. 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*²⁰⁴² -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 personales del sujeto, su entorno social, así como el grado de desarrollo psíquico y su estado intelectual, concebida así,

2039 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 278-279; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 217.

2040 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, II, cit., p. 295; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 205-206.

2041 LABANUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 144.

2042 Contrariamente a esta tesis es VILLA STEIN quien señala que la tesis de la falta de discernimiento *jure et de jure* del menor de edad, a que acude la escuela clásica del derecho, ha sido severamente cuestionada por la imprecisión misma del verbo discernir que originó importantes discrepancias de aplicación. *La Culpabilidad*. Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 1997, pp. 59-60; BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 157; PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. 1, cit., p. 214; POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 315; JAVIER AGOSTINETTI, M.; *La culpabilidad*, cit., p. 484.

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 socio-educativas, 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)²⁰⁴³; 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*²⁰⁴⁴.

2043 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 157; GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 295; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 344.

2044 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 353.

f.1. Aspecto Procesal

En un Proceso Penal, bastará pues, la constatación del hecho biológico de ser menor de 18 años (partida de nacimiento²⁰⁴⁵), para poder argumentar la exclusión de responsabilidad penal, sin interesar el verdadero desarrollo cognitivo y voluntativo que el agente pueda presentar, si es que realmente tiene la capacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto y de obrar conforme a dicha comprensión, toda vez, que según nuestra *lege lata* la minoridad de edad obedece estrictamente a factores biológicos, no se precisa constatar la capacidad de discernimiento del menor o adolescente.

Como se sostuvo, el legislador definió la jurisdicción competente en base a las especiales características que revela el autor del delito, dada dicha condición resulta racional sustraer al menor infractor de la Justicia Penal, en razón a la naturaleza criminológica que desencadena la prisión, privilegiando la función socio-educativa de la sanción.

Esta orientación político-social fue recogida por el legislador con la sanción de la Ley N° 27337 - Código de los Niños y los Adolescentes, que en su Libro Cuarto regula de denominada «Administración de Justicia Especializada en el Niño y el Adolescente», estableciendo en el artículo 133°, que la potestad jurisdiccional en materia familiar se ejerce por las Salas de Familia y los Juzgados de Paz Letrados en los asuntos que la Ley determine, concordante con lo previsto en el artículo 96°-A de la LOMP²⁰⁴⁶, que fuera introducido por la Ley N° 27115 del 11 de julio de 1999.

De lo cual resulta que el Estado privilegia la necesidad socio-educativa que debe imperar ante hechos delictivos cometidos por el menor infractor de la Ley penal.

Considerando «adolescente infractor», a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor de partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal; por consiguiente, la determinación de responsabilidad del adolescente infractor se sujeta a los mismos parámetros rectores del Derecho penal, en cuanto a la autoría y participación, imputación subjetiva (dolo o culpa), grados de imperfecta ejecución, imputación objetiva y la no concurrencia de preceptos permisivos, pues si el menor infractor lesionó un bien jurídico a fin de defender un interés jurídico propio o de tercero (legítima defensa), no estará cometiendo un injusto penal, así también cuando actúa en preponderancia de un bien jurídico de mayor rango valorativo (estado de necesidad justificante).

2045 A falta de partida de nacimiento, procederá la pericia médico-legal.

2046 Concordante con los artículos 138° y ss. de la CNA.

Si bien la normatividad aplicable no lo dice, debemos establecer estas pautas de valoración a partir de una interpretación sistemática con el texto punitivo, pues sería inconcebible que las garantías del Derecho penal material no sean extensibles a un autor que precisamente ha vulnerado una norma de naturaleza criminal; sin embargo, el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege praevia*), sí se encuentra contemplado en la Ley especial (art. 189°), extensible a la norma de sanción (medida socioeducativa).

Ahora bien, la «inimputabilidad» (culpabilidad en sentido estricto) puede basarse también en una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y defectos en los estados de la percepción, toda vez que el adolescente infractor puede ser a su vez una persona privada de discernimiento, por lo que la reacción estatal deberá orientarse a otros objetivos, no podrá recluirse en un centro de rehabilitación, sino en un centro hospitalario especializado (art. 74° del CP).

Garantías no sólo de orden material, sino también la irradiación a la luz de los principios informadores del «Debido Proceso Penal», comprendiendo todos los principios que se desprenden del artículo 139° de la Ley Fundamental concordante con el artículo 192° del CNA, en sujeción a los fundamentos que se siguen para la imposición de las medidas provisionales de naturaleza procesal (art. 185°).

En lo que refiere al sistema sancionador, el artículo 191° prevé que el Sistema de Justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar, de común idea con lo estipulado en el artículo 229° (*in fine*).

La medida tomada al respecto no sólo debe basarse en el examen de la gravedad del hecho, sino también en las circunstancias personales que lo rodean²⁰⁴⁷.

La responsabilidad del menor infractor sigue la suerte de una Culpabilidad por el hecho de común idea con un Derecho penal del acto, pero la naturaleza de la sanción no sólo podrá basarse en el principio de proporcionalidad, tomando en cuenta la gravedad del injusto cometido, sino también el juicio de reproche personal debe significar un juicio personalizado en cuanto a los factores bio-psico-culturales que han determinado en el menor la realización de un comportamiento socialmente negativo, baremo que se corresponde con la idea de Culpabilidad formulada en líneas primeras de esta capitulación.

La figura del «Pandillaje pernicioso», ha sido ya examinada en el capítulo de autoría y participación; debiéndose entender a la medida de internamiento como la *ultima ratio*, como último recurso por el periodo mínimo necesario, el

2047 Así, el artículo 215° del CNA.

cual no excederá de tres años. Pudiéndose prolongar la medida, cuando el adolescente cumple la mayoría de edad durante el cumplimiento de la misma, la cual deberá terminar compulsivamente cuando el infractor cumpla los 21 años de edad.

El Régimen de internación se sujeta a los estándares internacionales, en tutela de la dignidad del menor y a fin de garantizar el fin rehabilitador, tal como se prevé en el CEP.

Por último, el Decreto Legislativo N° 957 que sanciona el nuevo Código Procesal Penal, de acuerdo a un Sistema Procesal Penal Acusatorio-Garantista, ha previsto en cuanto al menor de edad lo siguiente: Cuando en el curso de una investigación preparatoria se establezca la minoría de edad del imputado, el Fiscal o cualquiera de las partes solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria, corte la secuela del proceso y ponga al adolescente a disposición del Fiscal de Familia (art. 74.1). En tal virtud, ni bien se acredite la minoría de edad del infractor penal al momento del "hecho", se deberá cortar el proceso, debiéndosele poner a disposición del Fiscal de Familia, para los fines legales que corresponda, siendo la Jurisdicción competente el Juez de Familia.

Cuestión importante a saber, es que según lo previsto en el inciso 39, se dejará a salvo el derecho del actor civil para que haga valer su derecho en la vía pertinente, en este caso, en la Jurisdicción de Familia o en la vía civil (Indemnización de daños y perjuicios), permisión justa, pues, el hecho de que el autor no detente capacidad de responsabilidad penal, no enerva la responsabilidad civil por el daño causado al bien jurídico tutelado, que en este caso será asumido por el Representante Legal²⁰⁴⁸.

6. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

6.1. 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.

2048 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, cit., 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 sólo debe suponer un injusto penal que lía sido cometido de forma voluntaria o mediando 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 motivar²⁰⁴⁹.

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.

2049 Así, BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 153.

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 corresponsabilidad solidaria en la consecución de la comprensión comunicativa, sin que la libertad del individuo esté desplazada a favor de virtuosas obligaciones patrióticas²⁰⁵⁰.

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 sostenida²⁰⁵¹.

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 sólo en cuanto a la consecución de los fines que implican el compromiso en 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 éstos 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.*

2050 KINDHÄUSER, U.; *La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad*, cit., p. 204.

2051 KINDHÄUSER, U.; *La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad*, cit., p. 204.

Conforme lo anotado, 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 paradójica. JAKOBS, al señalar que (...) tras una lesión corporal, alguien declarara 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 personas²⁰⁵².

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)²⁰⁵³; 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 injusto²⁰⁵⁴. La dificultad se determinó por el desconocimiento de los elementos normativos, que construyen el hecho típico, así como el contenido de las normas extrapenales.

El desconocimiento de la prohibición (*error iuris nocet*) no excusa la obligación normativa²⁰⁵⁵, o es que sí debe excusar la responsabilidad criminal y en su defecto atenuarla, cuando el autor al momento de cometer el hecho punible

2052 JAKOBS, Günther; *Conocimiento y Desconocimiento de la Norma*. En: "Problemas capitales del derecho penal moderno". José Luis Depalma Editor, Buenos Aires. 1998, cit., p. 61.

2053 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, cit., p. 218.

2054 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 347.

2055 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 346; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; *El Error de Prohibición: pasarlo, presente y futuro*. cit., p. 337; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 295; LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 464.

no era consciente de que estaba cometiendo un injusto o hubiese conocido de aquel si hubiera actuado con mayor diligencia.

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».

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)²⁰⁵⁶.

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 ésta 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.

En palabras de MUÑOZ CONDE, parece un principio cuya realización plena puede estimarse como deseable, ya que entre otras cosas supone un avance notable en esa línea evolutiva que tiende a dar una mayor protección a los derechos fundamentales del ciudadano, también del ciudadano delincuente, frente a las excesivas intromisiones del poder del Estado²⁰⁵⁷.

2056 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., ps. 346-347; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; *El Error de Prohibición*. cit., p. 339.

2057 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *El Error en Derecho Penal*. Tirant lo blanch, Valencia, 1989, cit., p. 24; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; *El Error de Prohibición:...*, cit., p. 339.

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"; éste 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.

El texto punitivo de 1991 regula normativamente el «Error de Prohibición» en su artículo 14° 2do, párrafo; lo cual no resulta óbice para afirmar su importancia, tal como lo conceptúa PEÑA CABRERA "esta verdad no niega que el conocimiento de la antijuridicidad sea un elemento conceptual básico de la culpabilidad y, por consiguiente, del delito, sino, es la constatación que sin la conciencia de lo injusto, el comportamiento del sujeto carece de culpabilidad porque, si algo da sentido y tangibiliza el reproche de culpabilidad es, precisamente, la conciencia de la antijuridicidad".

Por consiguiente, sólo 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 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; en 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 sólo 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 antijuridicidad (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 culpabilidad²⁰⁵⁸, 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 relevante²⁰⁵⁹ y, esto tiene que ver también con el principio de «legalidad».

6.2. Teorías que Fundamentan el Error de Prohibición

Al margen de una consideración de *lege tata*, es preciso dar listado a las diversas teorías que trataron de explicitar el contenido y las consecuencias del error de prohibición; toda vez que su confusión con el tratamiento del error de tipo genera consecuencias político-criminales de relevancia para con los propios fines del Derecho penal y conforme los dictados de la Justicia Material.

Por tanto, el análisis en referencia parte de su distinción con el error de tipo y los diversos grados de valor que se dan a su incidencia normativa.

a. Teoría Estricta del Dolo

Esta teoría tiene su origen en el denominado «*dolus malus*», toda vez que el dolo como elemento de culpabilidad, no sólo abarca la dirección de la conducta dirigida a la lesión del bien jurídico, sino también el conocimiento de la antijuridicidad. Es decir, para la teoría estricta del dolo, el conocimiento de la

2058 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 298.

2059 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 153; Posición contraria CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit., ps. 213-214.

antijuridicidad debe tener, psicológicamente, el mismo carácter e intensidad que el conocimiento de cualquier otro dato configurador del hecho delictivo, sea éste un simple elemento descriptivo del tipo de delito en cuestión, uno normativo o el presupuesto objetivo de una causa de justificación²⁰⁶⁰.

En un sistema así concebido, no existe un plano valorativo de diferenciación entre el Injusto y la Culpabilidad, pues al ser el conocimiento de la antijuridicidad el mismo del dolo, su concurrencia da lugar a la eliminación del dolo, como si sus estructuras fueran las mismas²⁰⁶¹; por tales motivos, el conocimiento de la prohibición, al igual que el referido a la descripción fáctica es el mismo, esto es, «actual» y no «potencial».

Si el error de prohibición es vencible o evitable, hay imprudencia, concretamente *culpa iuris* (imprudencia de Derecho, imprudencia en conocer el Derecho), con lo que sólo será punible si el tipo admite la comisión culposa; si el error fuera invencible, no habrá responsabilidad penal por falta de dolo e imprudencia²⁰⁶².

Son varias las consecuencias que se derivan de la teoría estricta del dolo, no sólo desde una perspectiva dogmática, sino también desde un punto de vista político-criminal; importa un igual plano valorativo de la tipicidad con la antijuridicidad, lo cual es en definitiva insatisfactorio, tal como se sostuvo en el apartado correspondiente.

Así, también se equipara el grado de conocimiento del dolo con el conocimiento del injusto, como si ambos puedan ser determinados a una misma escala, el hecho que el autor actúa sin conciencia del injusto, no dice para nada que haya actuado o no con dolo, la dirección volitiva de la conducta está determinada ya en la acción típica y, no como arguyen los partidarios de esta teoría desde un ámbito psicológico.

La aplicación de la pena del delito doloso debe hacerse depender sólo de si, desde el punto de vista de la misión del Derecho penal, puede ser tratado como un delincuente doloso alguien cuyas metas de actuación coinciden totalmente con las concepciones del legislador, pero que por negligencia desconoce la situación externa²⁰⁶³.

2060 MUÑOZ CONDE, F.; *El Error en Derecho Penal*, cit., p. 25.

2061 Para LABANUT GLENA, que es de posición contraria, el dualismo tradicional no tiene razón de ser: ambos tipos de error excluyen el dolo, por cuanto en uno y en otro caso el agente obra de buena fe, convencido de que no ejecuta una acción antijurídica, de que no obra contra la ley; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 132.

2062 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 465; JAVIER AGOSTINETTI, M.; *La culpabilidad*, cit., p. 494.

2063 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 92.

Las consecuencias de esta equiparación entre el plano psicológico y normativo son realmente inadmisibles señala MUÑOZ CONDE. Tratar el error de prohibición del mismo modo que el error de tipo conduce a dificultades probatorias insuperables en el proceso penal y a inadmisibles lagunas o atenuaciones de la punibilidad²⁰⁶⁴; (...) esta solución es sumamente discutible, no sólo por su presupuesto, esto es, de igualar el conocimiento de la tipicidad con el de la antijuridicidad, ya que el primero es actual, pues está referido a la realización misma, el otro en cambio no requiere ser actual -es indiferente que lo sea o no-, pues lo fundamental es la exigencia de una determinada conciencia al sujeto conforme a sus capacidades concretas al actuar -es un "conocimiento normativo"-, luego las estructuras de ambos son diferentes²⁰⁶⁵.

En tesis, se confunden ambos planos valorativos, con la consecuente pérdida de validez dogmática y la insatisfacción de finalidades político-criminales.

A fin de paliar los defectos antes mencionados, surge la denominada teoría "limitada del dolo". MEZGER, escribe, que el que no sabe que procede injustamente, no comete nunca un delito doloso. El problema, escribe, consiste en saber si para la culpabilidad básica es necesario el dolo también con referencia a la antijuridicidad del hecho o si el dolo puede ser sustituido por otros presupuestos (falta de "esforzamiento de la conciencia"), "actitud hostil al derecho", etc.)²⁰⁶⁶. Bajo esta premisa, la conciencia de la antijuridicidad implica la actitud que el autor adoptaba frente al Derecho, esto quiere decir su "enemistad" hacia el derecho, el delincuente por convicción, que por asumir convicciones ideológicas o políticas propias, no hace suyos los valores que se desprenden del ordenamiento jurídico, de tal manera que la enemistad hacia el derecho se excluía de la regulación del error de prohibición.

Las normas contienen definitivamente un mensaje ético-social, pero no siempre la normatividad contiene un fundamento de esta naturaleza, en virtud de la separación entre el Derecho penal y la moral. En consecuencia, como dice STRATENWERTH el hecho de que el autor actúe sobre la base de la convicción religiosa, moral o política que le obligue a transgredir normas jurídicas no afecta a la conciencia del ilícito²⁰⁶⁷.

El hecho de que el delincuente terrorista justifique su violento accionar en posturas ideológico-políticas no dice nada acerca del conocimiento del injusto, así también el individuo que sigue fervientemente los dogmas como testigo de

2064 MUÑOZ CONDE, F.; *El Error en Derecho Penal*, cit., p. 31.

2065 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 348.

2066 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 247.

2067 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 296.

Jehová, e impide que se le haga una transfusión de sangre a su menor hijo, para que le salven la vida, no tiene vinculación alguna con la conciencia de la antijuridicidad, cuestión muy distinta es que dichos valores se superpongan a los que guían el derecho positivo y que pueda de algún modo disminuir el grado de reproche; a menos que dichos valores hayan mellado de forma significativa su interiorización con respecto al derecho positivo; no puede confundirse «desprecio» con «desconocimiento», de quienes conocen de la prohibición, pero son indiferentes a su determinación.

No puede darse valoración alguna a la postura de ciertos delincuentes de menospreciar los valores que fundan el orden jurídico y, declararse «enemigos» del derecho, convicciones incompatibles en un orden democrático de derecho²⁰⁶⁸, aquello a la postre hubiese podido significar la atenuación de la pena, a convictos culpables de actos de terrorismo en nuestro país, que a todas luces poseen una intelectualidad lo suficientemente como para interiorizar los valores que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien algunos de estos problemas afectan la exigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad como expone ZAFFARONI, particularmente en el caso de condicionamientos culturales diferenciados que pueden considerarse verdaderos errores, está fuera de duda que la validez del orden jurídico no puede depender de la conciencia moral (de la ética individual) y que la llamada *conciencia de la antijuridicidad no puede identificarse con el concepto de conciencia moran*²⁰⁶⁹.

Además surgen dificultades dogmáticas insalvables, dice WELZEL. La conducta "hostil al derecho" no debe ser conducta dolosa (...); sin embargo, el autor que actúa como hostil al derecho (luego sin dolo) será castigado por hecho doloso en la sentencia²⁰⁷⁰. Claro que dicha concepción no puede ser utilizada para negar efecto alguno, a quien en realidad se encuentra incurso en un error de prohibición, a quien por defectos de socialización o por ser ajeno al orden jurídico nacional (extranjero) no conoce del injusto.

Ahora bien, esta teoría se ve en la necesidad de aceptar que en el dolo habría dos momentos cognoscitivos diferentes, uno referido a la tipicidad de carácter actual y otro dirigido a la antijuridicidad de carácter inactual (sólo la posibilidad)²⁰⁷¹; empero, los efectos de unos y otros, llevaban a los mismos re-

2068 Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, al afirmar que en estos supuestos (...) no está afectada la culpabilidad individual, al no estar disminuida en absoluto la posibilidad normal del sujeto de determinación por las normas (dato decisivo que desde el concepto normativo de culpabilidad que me parece preferible), sino que el "error" se debe a una actitud de ánimo de bloqueo ante lo jurídico-voluntaria, si no predispuesta; *El Error de Prohibición*. cit., p. 352; en contra CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit., p. 215.

2069 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 648.

2070 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 224.

2071 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 349, Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso*

sultados político-criminales de la teoría estricta del dolo, de penar a título de imprudencia el error de prohibición vencible o inevitable, incompatible con una perspectiva de *lege lata*.

b. Teoría Estricta de la Culpabilidad

Una posición normativa de la Culpabilidad (reproche personal), habría de incidir en una reformulación del error de prohibición, pues si el dolo y la culpa forman parte de la tipicidad, la conciencia del injusto nada tiene que ver con ello, en vez de ello se comprende en la culpabilidad, en cuanto al conocimiento de la antijuridicidad por parte del autor. Se abandona el concepto de *dolus malus* y diferencia claramente el dolo del conocimiento de la antijuridicidad, cobrando fuerza la distinción entre error de tipo, que afecta el dolo ubicado en el tipo subjetivo, y el error de prohibición, asentado en la culpabilidad²⁰⁷².

El conocimiento de los elementos que dan lugar a la tipicidad, y que tienen que ver con el dolo, es distinto al conocimiento de la prohibición, normativa, (...) el conocimiento de la antijuridicidad no tiene, por tanto, que ser actual, puede ser simplemente potencial, importando no tanto la conciencia de la antijuridicidad en el momento del hecho, como la posibilidad de haberla tenido, si se hubiere esforzado en ello el sujeto²⁰⁷³.

Conforme lo anotado, las consecuencias jurídicas que desencadena el error de prohibición importa una mayor incidencia en la respuesta punitiva; pues si bien el error sobre la antijuridicidad inevitable no es punible al cancelarse el reproche individual, en el caso del error de naturaleza evitable la consecuencia jurídica sólo alcanza una atenuación de la respuesta penal, la cual será facultativa o imperativa, dependiendo de la regulación normativa de cada país.

El conocimiento de la antijuridicidad no debe ser actual, sino que basta con un conocimiento "potenciar"²⁰⁷⁴. Por regla general el autor habrá tenido esta posibilidad cuando del conocimiento de la antijuridicidad material de su hecho, haya deducido por lo menos la posibilidad de que el mismo sea punible²⁰⁷⁵, (...) podía y debía haber adquirido ese conocimiento²⁰⁷⁶. Para CEREZO MIR, en cambio, el conocimiento de la antijuridicidad no es preciso que sea un conocimiento

de Derecho Penal..., cit., p. 465; MUÑOZ CONDE, F.; *El Error en Derecho Penal*, cit., p. 32.

2072 AGOSTINETTI, Javier M.; *La Culpabilidad*, cit., p. 494; ZAFFARONI, E.R.: *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 648.

2073 HASSEMER, W.; Citado por MUÑOZ CONDE, F.; *El Error en Derecho Penal*, cit., p. 33.

2074 ASÍ, BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la teoría del Delito*, cit., p. 88.

2075 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 154.

2076 MUÑOZ CONDE, F.; *El Error en Derecho Penal*, cit., p. 35.

reflexivo; es suficiente, como en el elemento intelectual del dolo, una conciencia reflexiva o acompañante²⁰⁷⁷.

En definitiva, una concepción así elaborada, importa una corrección político-criminal en cuanto a las consecuencias jurídicas, con arreglo a una consideración de Justicia material; no olvidemos que según la teoría estricta del dolo el error de prohibición evitable es punible a título de imprudencia, lo que en mayoría de los casos deviene en una impunidad de la conducta, en vista de la formulación de *numerus clausus* que el legislador ha determinado en el ámbito de los injustos imprudentes²⁰⁷⁸.

La teoría de la culpabilidad es la que ha posibilitado, por tanto, que el conocimiento de la prohibición se haya convertido en una estructura relevante para la punibilidad de un hecho y haya dejado de ser un simple postulado de *lege ferenda*²⁰⁷⁹.

WELZEL, escribe que objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica; ésta le es reprochable al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podía convertirse en contramotivo determinante del sentido. Al autor le resulta más fácil la posibilidad de autodeterminación conforme a sentido cuando conoce positivamente de la antijuridicidad, indiferente de si esta conciencia es actual al momento de comisión del hecho o pueda actualizarse de inmediato²⁰⁸⁰. Por eso, en este caso, el reproche de culpabilidad reviste el máximo de gravedad²⁰⁸¹.

Más difícil le resulta al autor, cuando sólo conoce la antijuridicidad, pero podía reconocerla con un poco más de cuidado. Si hubiera podido conocer lo injusto -anota el autor alemán- de su hecho a través de un mayor esfuerzo de conciencia, consultas y otras formas semejantes, le debe ser reprochado, aunque en medida menor en relación al primer caso²⁰⁸².

El reproche culpable, el juicio de «imputación individual», supone una valoración concreta y particular del autor que infringió la norma de prohibición o de mandato, el hecho de haber obrado antinormativamente sin conocer de su prohibición disminuye en esencia la magnitud de la culpabilidad.

Mientras más alejado haya estado el autor de poder vencer el error en el cual estaba incurrido, más será latente la cancelación de la culpabilidad; por eso,

2077 CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit., p. 217.

2078 ASÍ, LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 467.

2079 MUÑOZ CONDE, F.; *El Error en Derecho Penal*, cit., p. 35.

2080 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 231.

2081 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 231.

2082 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 231.

cuando la vulnerabilidad es mayor, cuando pese a los esfuerzos realizados el autor no haya podido vencer la ignorancia normativa, la exención de pena será inminente ante una disminución significativa de la posibilidad de «motivabilidad normativa» que sólo puede alcanzarse con la interiorización de los valores que fundan el orden jurídico; no obstante, si el autor no se encuentra en una situación ya de por sí marginal, en cuanto a su grado de comprensión normativa, se le debe imponer una pena, pues la culpabilidad está presente, aunque de todos modos en menor magnitud.

La teoría estricta de la culpabilidad también lía sido objeto de críticas, entre éstas su concepción del injusto y la introducción de elementos cognoscitivos diferentes de los normativos²⁰⁸³. Conforme el listado de valores, debe hacerse una distinción entre el conocimiento de los hechos que dan lugar a la tipificación penal de aquel conocimiento que importa la conciencia del injusto; sin duda, la actualización de los datos que dan lugar al conocimiento de los elementos normativos exige mucho más que los meramente descriptivos, en cuanto a una comprensión más allá del ciudadano medio, pero ello no debe llegar a confundir con el conocimiento de la prohibición penal. Así, por ejemplo, reseña Muñoz CONDE, es casi imposible determinar si el error sobre la existencia o la cuantía de una deuda tributaria en el delito fiscal es un error de tipo o un error de prohibición, pues este elemento del delito en cuestión es, al mismo tiempo, que elemento (normativo) del tipo, un elemento integrante de la antijuridicidad²⁰⁸⁴.

No en pocos tipos penales, ambos elementos se confunden de forma fortuita, pensamos, el tipo penal de secuestro es un ejemplo paradigmático de ello, al prescribir que el que sin derecho, motivo ni facultad justificada priva de libertad a alguien, quiere decir esto, que quien cree tener algún derecho erróneamente de hacerlo, está actuando bajo un error de prohibición y un error de tipo a la vez. Son las propias técnicas de tipificación que provocan esta confusión sistemática, que debe ser resuelto por el intérprete no sólo desde una proposición dogmática acabada, sino también desde resultados político-criminalmente satisfactorios.

Quien creía, tener la facultad de privar de libertad a un individuo, habiendo recluso a un supuesto delincuente por un mes en su propio domicilio, configurándose un error vencible, no puede ser tratado bajo las reglas del error de tipo, pues importaría su impunidad, sino bajo la ordenación del error de prohibición, que da lugar a una punición atenuada; en todo caso, la solución pasa

2083 BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 349; Para ZAFFARONI, basta el conocimiento del profano, técnicamente llamado conocimiento paralelo en la esfera del lego: *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, cit., p. 651.

2084 MUÑOZ CONDE, F.; *El Error en Derecho Penal*, cit., p. 36.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. M.; *El Error de Prohibición*. cit., ps. 345-346.

por una valoración caso por caso, no sólo desde una consideración puramente normativa, sino también desde la persona misma que incurre en el error.

En el marco de una «teoría de la culpabilidad», se distingue la postura «limitada», que si bien coincide en casi todas las consecuencias jurídicas que se reconocen en la postura «estricta», entran en franca discusión en cuanto al error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, es un dilema que separa gran parte de la doctrina dominante.

La teoría restringida de la culpabilidad, brinda un tratamiento distinto a los dos supuestos del error de prohibición indirecto: al error sobre la existencia y sobre los límites de una causa de justificación los considera como un supuesto de error de prohibición; mientras que al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, lo considera como un error de tipo, que afecta al tipo del injusto pero no a la culpabilidad²⁰⁸⁵.

Por consiguiente, mientras la teoría estricta de la culpabilidad considera que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación debe resolverse bajo las reglas del error de prohibición: la teoría limitada o restringida de la culpabilidad considera que el error sobre dichos elementos da lugar a un error de tipo²⁰⁸⁶. En rigor esta última teoría se adecua a una sistemática del delito conforme a la teoría de los elementos negativos del tipo o bien de tipos de injusto y, en consecuencia, el error que recae sobre el conocimiento fáctico de una situación de justificación es considerado como error de tipo²⁰⁸⁷.

Para la teoría de los elementos negativos del tipo trata al error sobre los elementos o presupuestos de una causa de justificación -elementos negativos- como un error de tipo, pues en su concepción aquellos constituyen elementos -negativos- de este último²⁰⁸⁸.

Antes de pasar revista a ambas posiciones, somos de la consideración que nuestra legislación positiva soluciona estos casos, bajo las ordenanzas del error de prohibición.

Seguidores de la teoría limitada de la culpabilidad es DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien concibe el dolo como dolo objetivamente malo, es decir, como conocimiento (y voluntad) de la concurrencia de todos los elementos del tipo global del injusto (positivos y negativos) fundadores de la antijuridicidad específica

2085 AGOSTINETTI, Javier, M.; *La culpabilidad*, cit., p. 494.

2086 ASÍ, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 467; JAÉN VALLEJO, M.; *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*, cit., ps. 206 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.; *El Error en Derecho Penal*, cit., ps. 38 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; *El Error de Prohibición*, cit., ps. 348 y ss.; ROXIN, C.; *Acerca del Error en el Derecho Penal*, cit., p. 143.

2087 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 649.

2088 JAÉN VALLEJO, M.; *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*, cit., p. 206.

de la conducta, rechazando tanto la idea de un dolo pretendidamente neutro (pues debe abarcar también la no concurrencia de los presupuestos objetivos o materiales de causa de justificación o atipicidad) como la de un dolo subjetivamente malo (pues no ha de abarcar el carácter antijurídico de la conducta, sino sólo de los elementos fundadores de la prohibición)²⁰⁸⁹.

Si el error es objetivamente vencible, habrá imprudencia respecto de la realización de los presupuestos fundadores de la prohibición dice LUZÓN PEÑA. Pero si el error sobre la presencia de elementos de una causa de justificación es objetivamente invencible, es decir que se incurre necesariamente en el mismo, pese a emplear todo el cuidado y atención exigible al hombre medio ideal, la conducta, aunque prohibida a *posteriori* una situación o resultado desvalorado, no está prohibida, ya que *ex ante* se ha observado estrictamente la norma de cuidado objetivo en la actuación²⁰⁹⁰.

De entrada, quienes sostienen esta argumentación se basan en un tipo fundador (*ratio essendi*) de la antijuridicidad, por lo que el dolo no sólo abarca los elementos constitutivos del tipo pena, sino también aquellos que dan lugar a la antijuridicidad, lo cual supone llevar a un mismo plano valorativos dos niveles de imputación ya de por sí distintos. De todos modos, ROXIN, sosteniendo que en este error, como el error de tipo, es un error sobre los hechos. El autor no yerra primariamente en cuanto a la prohibición, sino no ve la realidad correctamente, no está "al tanto". Por ello, en el error sobre las circunstancias justificantes se habla de un "error de tipo permisivo" porque el autor, si bien no se equivoca sobre el tipo en sentido de "tipo delictivo" sí lo hace en cuanto al "tipo" de una proposición permisiva -p.ej. de la legítima defensa-²⁰⁹¹.

Es de verse, entonces, que los fundamentos de la teoría restringida de la culpabilidad, sin equiparar todas sus consecuencias a la teoría de los elementos negativos del tipo, parte de proposiciones convincentes en cuanto a su sustentación dogmática, pero llegan a soluciones político-criminales insatisfactorias. Dándose con un ejemplo: ciertos lugares de Lima son en realidad focos vivientes de peligrosidad, en cuanto a la posibilidad de ser objeto de un delito, sobre todo en la noche, quien está caminando por un pasaje peligroso y por el solo hecho de que se le toque el hombro, provoca una reacción de por sí agresiva, unas lesiones al supuesto malhechor quien en realidad era un viejo amigo que quería saludarlo, puede decirse en este caso, que el autor yerra sobre los elementos fácticos, o no es que acaso cree -de forma equívoca- estar obrando lícitamente,

2089 DÍAZ, Y GARCÍA CONLLEDO, M.; *El Error de Prohibición...*, cit., p. 349; Así, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno...*, cit., ps. 329-330.

2090 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 477.

2091 ROXIN, C.; *Acerca del Error en Derecho Penal*, cit., p. 143.

esto es, amparado bajo un precepto permisivo, por lo que su conocimiento tiene que ver con la conciencia del injusto.

Así, MUÑOZ CONDE al señalar que la persona que dispara en la oscuridad contra quien considera erróneamente su agresor, actúa dolosamente, sabe que puede matarla y quiere o admite esa posibilidad. Castigarla con pena del homicidio imprudente, caso de que el error sea vencible, es volver a la teoría del dolo, es decir, es negar que en este caso exista dolo y con ello cuestionar la diferenciación, exigida por la teoría de la culpabilidad, entre dolo y conocimiento de la antijuridicidad, que, sin embargo, sigue manteniendo en los casos de error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación²⁰⁹².

JAÉN VALLEJO distinguiendo el error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación y el error de tipo, señala que en el primero el autor sabe perfectamente lo que hace y lo quiere, aunque crea que lo hace en alguna de las situaciones que dan lugar a una causa de justificación; en el error de tipo, el autor ni siquiera sabe lo que hace. En este último caso, el autor no conoce las circunstancias del hecho a las que se vincula la prohibición²⁰⁹³. Sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una causal de justificación o crea erróneamente que concurre una causal de justificación que no está reconocida como tal por el derecho; en todos estos casos incurre en error sobre la antijuridicidad de su realización dolosa típica²⁰⁹⁴.

No resulta indispensable ser «finalista», para llegar a esta conclusión basta con armonizar la sustentación dogmática con los cometidos político-criminales para llegar a la conclusión que un error sobre la concurrencia de un precepto permisivo tiene incidencia sobre la misma categoría jurídica, que da lugar a la conciencia de la prohibición.

El CP peruano, como se sostuvo, sigue la suerte de la teoría estricta de la culpabilidad en el segundo párrafo del artículo 14²⁰⁹⁵, que reza de la siguiente manera “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”; de lo cual se colige, que el error invencible elimina completamente el reproche personal, mientras que el vencible sólo tiene la posibilidad de morigerar

2092 MUÑOZ CONDE, F.; *El Error en Derecho Penal*, cit., ps. 39-40; ASÍ, ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, cit., p. 649.

2093 JAÉN VALLEJO, M.; *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*, cit., p. 209.

2094 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 235; BACIGALUPO, E.; *Lineamientos de la Teoría del Delito*, cit., ps. 90-91; En contra BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 349.

2095 ASÍ, VILLA STEIN, JAVIER; *Derecho Penal. Parte General*, 2da. Edición, San Marcos, Lima, 1998; PEÑA CABRERA, R.; *Estudio Programático de la Parte General*, cit., p. 481; CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit., p. 229.

(*atenuar*) la pena (inclusive por debajo del mínimo legal), ante una disminución significativa, del juicio de «imputación individual».

Resulta preferible que la atenuación sea de naturaleza prescriptiva, a fin de evitar arbitrariedades e injusticias, que pudieran presentarse en la administración de justicia, mayor garantía adquiere la libertad individual cuando las instituciones dogmáticas son de aplicación imperativa.

En lo que respecta al «error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación», si bien de *lege lata* no se da la salida, consideramos de común idea con lo antes dicho, que debe seguirse las reglas del error de prohibición, pues quien ejercita una defensa putativa, creyendo que se encuentra incurso bajo la regulación de un precepto permisivo, yerra sobre la licitud de su conducta y no sobre los hechos que dan lugar a la tipificación penal²⁰⁹⁶.

6.3. Error de Prohibición Vencible

A efectos de delimitar el error «vencible» del «invencible», se han partido de varias premisas; entre ellas 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 adecuadamente²⁰⁹⁷.

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 hecho²⁰⁹⁸. Una concepción así entendida supone no sólo 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.

2096 El Planteamiento Doctrinario de los Magistrados de la Corte de Lima sobre el Error de Tipo y el Error de Prohibición en los delitos de Violación y Tráfico Ilícito de Drogas, toman de posición la teoría de las Consecuencias Jurídicas de MUÑOZ CONDE, cit., p. 19.

2097 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 155.

2098 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 155.

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)²⁰⁹⁹; (...) 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 conducta²¹⁰⁰.

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.

Por otro lado, apunta STRATENWERTH, no puede ser que el individuo deba cerciorarse de esa conformidad sólo cuando ya tenga cualesquiera dudas al respecto²¹⁰¹. 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 conocer²¹⁰².

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 disposiciones²¹⁰³.

2099 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; *El Error de Prohibición...*, cit., ps. 359-360.

2100 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal*, cit., p. 307.

2101 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; *El Error de Prohibición...*, cit., p. 361.

2102 CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit., ps. 218-219; así, JAKOBS, G.; *Conocimiento y Desconocimiento de la Norma*, cit., p. 72; ROXIN, C.; *Acerca del Error en Derecho Penal*, cit., p. 133.

2103 ROXIN, C.; *Acerca del Error en el Derecho Penal*, cit., p. 133.

En la mayoría de los casos, el autor tendría que haberse procurado los conocimientos jurídicos necesarios mucho antes del hecho²¹⁰⁴; 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 desarrollo de esa actividad social (conducir un vehículo de motor, el ejercicio de una profesión, el desarrollo de una determinada actividad económica)²¹⁰⁵.

Por consiguiente, si el agente se esforzó en conocer todas estas disposiciones legales y, pese a ello incurrió en error de prohibición, éste 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 derecho²¹⁰⁶; proposición eminentemente normativa²¹⁰⁷, 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 sólo 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 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 cuidado²¹⁰⁸.

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 sólo incumbe al máximo

2104 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 310-311.

2105 CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit., p. 219.

2106 JAKOBS, G.; *Conocimiento y Desconocimiento de la Norma*, cit., p. 73.

2107 ASÍ. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; *El Error de prohibición*. cit., ps. 361-362.

2108 ROXIN, C.; *Acerca del Error en el Derecho Penal*, cit., p. 135.

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 PP²¹⁰⁹), se puede hablar 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 éste 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 de sus dudas en cuanto a su juridicidad, de los esfuerzos de aseguramiento del autor²¹¹⁰, (...) no haya estado en condiciones de una total claridad sobre el injusto²¹¹¹; 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 jurisconsulto²¹¹². 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)²¹¹³.

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 misma²¹¹⁴.

2109 Incorporado por el Decreto Legislativo N° 959 del 17/08/04.

2110 Así, ROXIN, C.; *Acerca del Error en el Derecho Penal*, cit., p. 134.

2111 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 352.

2112 STRATENWERTH G.; *Derecho penal...*, cit., p. 310.

2113 JAKOBS, G.; *Conocimiento y desconocimiento de la norma*, cit., p. 76.

2114 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 156.

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 individuo tenía más posibilidades de advertir y salir del error en que se veía comprometido.

En el ámbito de los delitos sexuales, no sólo 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 años²¹¹⁵, con evidente vulneración al criterio sistematizador del bien jurídico y al principio de «ofensividad».

En la resolución recaída en el Expediente N° 322001-Amazonas, se expone lo siguiente: *“El procesado espontáneamente ha referido que desconocía que tener relaciones con una menor de catorce años era delito; sin embargo, este error de prohibición era vencible, pues por sus cualidades personales él podía haberse informado al respecto”*²¹¹⁶.

6.4. 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, sólo 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.

2115 La Ley N° 28704 del 05/04/06.

2116 En: Jurisprudencia Penal. Asesor: URQUIZO OLAECHEA, cit., p. 165.

JAKOBS, aglutina tres casos de desconocimiento inevitable de una norma: primero, de los casos en los cuales una persona actúa 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 técnicosociales, es decir, normas que, sin determinar la forma social, deben garantizar la posibilidad de administrar —en sentido amplio— la sociedad²¹¹⁷.

Dicho lo anterior, el «error de prohibición invencible» no puede circunscribirse a un ámbito psico-social, 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 sólo cuando fuera imposible la formación de dudas, sino también cuando el sujeto posea 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 sanción²¹¹⁸.

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 posea 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 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 culpabilidad²¹¹⁹.

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

2117 JAKOBS, G.; *Conocimiento y Desconocimiento de la Norma*, cit., p. 65.

2118 ROXIN, C.; Citado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; *El Error de Prohibición*, cit., p. 362.

2119 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 156.

no pueda alegarse un desconocimiento, cuando al autor le era exigible dicho conocimiento²¹²⁰.

ROXIN, citando un ejemplo del tráfico rodado, apunta que en ese momento (*el autor*²¹²¹) no tuvo ya ninguna posibilidad de adquirir el conocimiento de las prohibiciones. Pero sería muy injusto absolverlo mediante un error de prohibición invencible²¹²². En la mayoría de estos casos, el autor tendría que haberse procurado los conocimientos jurídicos necesarios mucho antes del hecho²¹²³. 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 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 error es inevitable cuando el autor no ha podido obrar de otra manera (WELZEL), sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad (JAKOBS), sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo (ROXIN), o porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello (RUDOLPHI)²¹²⁴.

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 culpabilidad²¹²⁵.

2120 Así, JAKOBS, G.; *Conocimiento y Desconocimiento de la Norma*, cit., p. 70.

2121 Las cursivas son mías.

2122 ROXIN, C.; *Acerca del Error en Derecho Penal*, cit., p. 139.

2123 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 310-311.

2124 En BACIGALUPO, op. cit., ps. 307 y ss.

2125 La valoración de que si el autor actuó antijurídicamente inmerso en un error de prohibición inevitable no es de fácil probanza en el transcurso del Proceso Penal. Tanto la Teoría del Dolo como la Teoría de la Culpabilidad introdujeron diversas limitaciones, debido a que la fundamentación de un elemento subjetivo, así como su comprobación como expresión de una actitud del autor, es muy difícil de comprobar, criterios que desembocaron en un menor número de absoluciones fundadas en el Error de Prohibición inevitable. El

6.5. Justificación Político-criminal para la Exclusión de Pena

En un orden democrático de derecho, las valoraciones son punto clave para la respuesta estatal, más aún de un orden jurídico que despliega los efectos de mayor contundencia afectiva en los bienes jurídicos de un individuo.

Ciertamente, el Derecho penal descansa en valoraciones racionales que confieren legitimidad a la sanción punitiva, no puede darse una respuesta unificada a la contravención de una norma por parte de un ciudadano; v.gr., el empresario acaudalado que cuenta con la asesoría de grandes bufetes de Abogados y omite su declaración tributaria de acuerdo a su ingreso patrimonial no puede ser tratado igual que aquel comerciante, que sin contar con educación secundaria ingresa a la actividad comercial y por ignorancia omite consignar ciertos datos en su declaración tributaria.

No puede presumirse por entero el conocimiento de las normas por parte de todos los ciudadanos, en el devenir comunicativo de las normas influyen una serie de factores que imposibilitan que un individuo tenga un conocimiento potencial del contenido del injusto, por eso no puede hablarse concretamente de cognoscibilidad normativa sino de interiorización del injusto, de hacer suyo los valores que se desprenden del ordenamiento jurídico; (...) el problema de la relación del sujeto y el ordenamiento jurídico no puede ser de conocimiento sino de conciencia de los valores del sistema²¹²⁶.

BGHsT resolvió que "En los estados psicológicos que determinan la inimputabilidad, el desconocimiento de la antijuridicidad es consecuencia de un destino inevitable del autor, y no puede fundamentar el reproche de culpabilidad, y esto lo diferencia con el Error de Prohibición". Quien actúa típicamente, bajo un error de prohibición inevitable, tiene éste la capacidad de comprender la norma y de adecuar su conducta en base a dicha comprensión normativa, debe ser pues imputable; en la Inimputabilidad es irrelevante si el sujeto estuvo o no en capacidad de conocer el carácter antijurídico del hecho; BACIGALUPO, siguiendo a la doctrina alemana, señala que la cuestión de la evitabilidad del Error de Prohibición presupone lo siguiente: a) Razones, para pensar en la antijuridicidad, es decir, circunstancias en las que haya cabido preguntarse por la infracción de la norma, y b) La posibilidad de obtener una correcta información sobre el Derecho, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento. Las razones se deben referir a circunstancias del hecho que proporcionen al autor un indicio de posible antijuridicidad ¿El actuar es ya una razón para pensar en la antijuridicidad? El BGHsT señala al respecto "no todo error de prohibición excluye el reproche de culpabilidad". Las carencias de conocimiento son en cierta medida subsanables. Las personas, como entes libres pertenecientes a una sociedad jurídicamente organizada están ligadas a las reglas que de su organización política emanan, es decir, están de cierto modo determinadas a comportarse conforme a Derecho; las personas, por lo tanto, deben ser conscientes de lo que hacen y preocuparse de no realizar conductas que puedan lesionar intereses jurídicos de terceros.

2126 HORMAZABAL MALARÉE, H.; *El Código Penal Peruano y el Principio de Culpabilidad*, cit., p. 30.

Con ello no puede entenderse, que los «enemigos del derecho» puedan ampararse en esta eximente de pena, por no hacer suyos los valores del Estado de Derecho, pues ellos precisamente conocen de antemano de aquél, sólo que no les interesa respetarlos, al anteponer posiciones ideológico antagónicas a cualquier comunidad social que se rige por el respeto irrestricto de los bienes jurídicos fundamentales.

En resumidas cuentas, la pena presupone no sólo la realización de un riesgo no permitido con conciencia y voluntad (dolo), debiéndose añadir la conciencia del injusto, como presupuesto definidor de la relación Estado-ciudadano, bajo el enlace de la normatividad.

El legislador fundamenta la falta de merecimiento de pena en virtud del Principio de Responsabilidad, una verdadera relación normativa exige que la norma sea recabada por los destinatarios (ciudadanos) en base a la función garantista que ejerce el tipo penal (*nullum crimen sine lege*): Posibilidad de conocimiento en el sentido de la Teoría de la Culpabilidad; los ciudadanos sólo son responsables penalmente en la medida de su capacidad funcional motivadora, de esta manera la punición del error vencible, tiene lugar porque el autor pudo haber tenido la conciencia de la antijuridicidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, de acuerdo a una asunción de deberes normativos.

De acuerdo a lo expuesto, a fin de delimitar con claridad los diferentes efectos que se dan del error de tipo y el error de prohibición, es que la legislación positiva acoge en toda su amplitud la teoría de la culpabilidad, que tuvo por principal ventaja diferenciar el error sobre las circunstancias que dan lugar a la tipificación penal de aquellos que inciden directamente sobre la prohibición penal. Añadiendo una mayor garantía político-criminal, de evitar la impunidad ante el supuesto del error de prohibición vencible, pues pudiéndose haber motivado conforme a lo dispuesto a la norma no lo hizo, por tanto se disminuye el reproche de imputación individual.

Igual orientación político-criminal recibe el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, donde el error sobre las circunstancias concomitantes tiene que ver directamente con la licitud de la conducta; por consiguiente, la valoración positiva del desconocimiento normativo, comporta una garantía fundamental de un Derecho penal democrático que pretende actuar con justicia ante la diversidad de supuestos que se configuran con la infracción normativa.

Parafraseando a MUÑOZ CONDE, diremos, que al conceder relevancia al error de prohibición, al desconocimiento de la antijuridicidad, el moderno Estado democrático de Derecho se encuentra dispuesto a negociar con el ciudadano los ámbitos de relevancia de sus prejuicios y hasta el punto de eximir, o por lo menos atenuar su responsabilidad por la infracción realizada, pero sin que ello

suponga tener que modificar en nada la vigencia objetiva de las normas jurídicas²¹²⁷.

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.

6.6. 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 típica²¹²⁸; 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. 112º-113º 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. 202º).

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

2127 MUÑOZ CONDE, F.; *El Error en Derecho Penal*, cit., ps. 138-139.

2128 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 352; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; M.; *Error de Prohibición*, cit., p. 367.

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 Corrección²¹²⁹.

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 constitucional²¹³⁰, siguiendo un criterio jurisprudencial que no constituye precedente vinculante; empero, si éste 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 CPE²¹³¹), 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, ésta es expulsada del ordenamiento jurídico (facultad legislativa negativa), por lo tanto ya no se daría el supuesto in comento.

2129 En la resolución recaída en el Expediente N° 224-98-Arequipa, se expone lo siguiente "(...) tratándose de la creencia errónea sobre la autorización del acto, nos encontramos ante un caso de error de prohibición indirecto (es decir, error sobre la concurrencia de una causa de justificación; consentimiento válido del titular) Que, el tratamiento legislativo del error nos enfrenta ante dos alternativas: o es vencible o invencible. Este último extremo dispone la adopción, por el imputado, del cuidado necesario para vencer el error y no obstante ello, no vencerlo. Es decir, exige más que sólo el cumplimiento del deber de cuidado (...)" El Planteamiento doctrinario de los Magistrados de la Corte de Lima sobre el Error de Tipo..., cit., p. 53.

2130 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 fundamentadores 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.

2131 Concordante con los artículos 98° y ss. de la Ley N° 28237 (CPC).

e. **Error sobre los Presupuestos Objetivos de una Causa de Justificación**²¹³².-

"Ciertamente, los presupuestos objetivos o fácticos de una Causa de Justificación son, ante todo, elementos fácticos, 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"²¹³³.

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 antijurídico²¹³⁴; 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).

6.7. Toma de Posición

No resulta posible, -en sociedades atrasadas y altamente diferenciadas- en capas sociales- que todos los ciudadanos conozcan y reconozcan la validez fáctica de la norma, en virtud de los diversos matices que puede presentar un determinado sistema social, sean éstos sociales, culturales, religiosos, educacionales, etc., todo ello impide una uniforme comprensión del ordenamiento jurídico.

2132 Se definen como un error de tipo negativo; la prohibición debe determinarse atendiendo al peligro objetivo *ex ante* de la acción.

2133 MUÑOZ CONDE, F. y otro; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 405.

2134 MUÑOZ CONDE, F. y otro; *ibidem*.

Se presume que las leyes son conocidas por todos en óbito a su publicación, pero en sociedades jerarquizadas y estratificadas, la comunicación normativa se presenta de manera desigual.

Un Estado Social de Derecho, demanda que la relación normativa se realice de una forma fluida y coherente, como garantía del Principio de Legalidad.

Al ciudadano no se le puede tratar como un mero instrumento al servicio de la comunidad, es por ello, que las reglas del error permiten graduar la comprensión del Injusto.

Cuando la norma no es conocida por el destinatario no puede influir en su comportamiento, por ende, es inútil como norma de determinación. Para JAKOBS "no existe una lesión de la vigencia de la norma jurídica penalmente relevante sin culpabilidad"²¹³⁵.

Una norma para poder desplegar sus efectos motivadores, debe ser en primer orden conocida, sólo así puede ser considerada como un verdadero Injusto, pues llega a la esfera cognitiva de los destinatarios; en tanto que una conducta pese a haber lesionado un bien jurídico, por no haber sobrepasado el «Riesgo Permitido», excluye la antijuridicidad.

El error como cualquier problema vinculado al cumplimiento de un deber de cuidado en el conocimiento de una realidad fáctica o normativa, es el contexto como debe concebirse la «Vencibilidad del Error»; primero, se debe conocer las normas para luego cumplirlas.

La «Invencibilidad del Error» tiene que ver sólo con el cumplimiento de la diligencia debida para el hombre ideal en cada posición jurídica. "Sólo existen prohibiciones en las que se impone a alguien realizar algo en una determinada situación, y tal prohibición concreta es la que debe conocer el sujeto para que se le obligue". El deber sólo puede emanar de una relación normativa plena como exigencia de la función comunicativa entre la norma y el ciudadano²¹³⁶, en cambio, las situaciones de inimputabilidad son circunstancias personales que condicionan la posibilidad de establecer deberes jurídicos.

Al valorarse el juicio o conciencia de la antijuridicidad en un momento diferenciado, permite establecer una delimitación con la culpabilidad en sentido estricto. De esta forma se hace viable la posibilidad de que un inimputable pueda ser eximido de pena por no tener conciencia del injusto y así evitar la imposición de una medida de seguridad.

2135 La culpabilidad, por lo tanto, condiciona la lesividad del hecho, es decir, la antijuridicidad material.

2136 La integración del orden jurídico en la conciencia de los ciudadanos hacen viable la función de prevención general positiva o integradora que basa su sustento axiológico en el reconocimiento por parte de la comunidad social hacia el orden jurídico.

7. EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

7.1. 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 socio-económico 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 pre-incas 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 ellas, 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 culto²¹³⁷. 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 los españoles llegó la escribaldad. Se pretendió imponer el modelo del libro, que es ajeno a la "naturaleza" del poblador indígena. Lo que es peor, en base a la escribaldad se construyó el Estado oficial: primero el virreinal; luego, el republicano²¹³⁸. 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 español²¹³⁹.

Conforme lo anotado, 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 sólo 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 Antiplano que se ubican en las zonas más altas 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 universo²¹⁴⁰? 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

2137 BELAUNDE, Víctor Andrés; *La Realidad Nacional*. Tercera edición, Lima - Perú, cit., p. 19.

2138 BIONDI, Juan/ ZAPATA, Eduardo; "En el Perú prima lo oral y no la cultura escrital". En: Perú 21, jueves 07 de diciembre del 2006, cit., p. 28.

2139 BELAUNDE, V.A.; *La Realidad Nacional*, cit., p. 107.

2140 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...*, cit., p. 555.

evitar un Perú fragmentado y dividido. Reconocer la multiculturalidad no quiere decir solamente ver a los compatriotas de otras regiones 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 sólo 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 integración²¹⁴¹.

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 esta 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 existente²¹⁴².

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 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

2141 GUERRA CERRÓN, María Elena; *Hacia una Justicia de Paz*. Un asunto de interés Nacional. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005, cit., p. 20.

2142 GUERRA CERRÓN, M. E.; *Hacia una Justicia de Paz*. cit., p. 26.

ambiguas y vacíos que sólo favorecen a los grupos de poder de estatus socio-económico y político²¹⁴³.

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 llave de la Provincia del Collao el 26 de abril del 2004, con ocasión del asesinato del Alcalde de la localidad antes mencionada.

Se entiende por Ajusticiamiento Popular -escribe TORRES TORRES- a aquel fenómeno o acto violento, por el cual grupos sociales enardecidos hacen justicia con sus propias manos a sujeto o sujetos que advierten cometiendo alguna falta o delito, que en muchos casos culminan con la extinción de la vida humana, basados en costumbres ancestrales²¹⁴⁴. Todo lo cual importa la degradación de las bases coexistenciales de una sociedad democrática, la involución de una sociedad a métodos que se fueron erradicando paulatinamente con la introducción del Derecho penal y del Derecho procesal penal como mecanismos racionales para combatir la criminalidad.

Como bien expone GUERRA CERRÓN, el nombre del pueblo no se puede imponer códigos particulares que finalmente quiebran la convivencia pacífica²¹⁴⁵.

¿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

2143 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, cit., p. 94.

2144 TORRES TORRES, C. H.; *Derechos Humanos y Ajusticiamiento Popular*, en., p. 96.

2145 GUERRA CERRÓN, M. E.; *Hacia una Justicia de Paz....* cit., p. 51.

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 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 bio-tipológicas, 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 todo²¹⁴⁶. 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 (*Lebertseinführungsschuld*).

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 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

2146 MUÑOZ CONDE, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal*, cit., ps. 29-30.

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 semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo"²¹⁴⁷.

Es de verse, por tanto, que la diversidad cultural o la condición socio-económica 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 «semi-civilizado» es el aborigen 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 1988²¹⁴⁸.

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 peligroso²¹⁴⁹.

2147 Así, BASÍLICO, R.; *La Comprensión de la Norma como Garantía del Sistema Penal...*, cit., p. 584.

2148 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I., cit., p. 427.

2149 CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit., p. 230.

7.2. Descripción Cultural del Perú y la Actuación de las Rondas Campesinas en la Lucha contra la Subversión

El Perú es un país multiétnico, multirracial y pluricultural, esto es, nuestro territorio nacional comprende a una serie de poblaciones, tribus, y comunidades campesinas que si bien se encuentran unificados bajo un solo orden soberano, detentan valores y costumbres distintas. Sin embargo, desde los inicios de la República se pretendió configurar la vida de nuestra sociedad bajo un cuerpo normativo unificado, que tienda a regular de manera homogénea todas las relaciones intersociales que se suceden en nuestro territorio patrio.

La soberanía de una Nación se manifiesta claramente en la producción de una normatividad nacional, como expresión de la necesidad de regular la vida en sociedad y de preservar la coexistencia pacífica entre sus miembros, con el objetivo de procurar el bien común de todos los ciudadanos; empero, la norma se dirige a un destinatario determinado, que puede presentar una diversidad de caracterizaciones socio-culturales, por lo tanto, las normas pueden tener eficacia sobre algunos, pero, no en otros, quienes por motivos estrictamente culturales no reconocen estas normas como suyas, pues contradicen o vulneran las normas culturales que rigen la convivencia de su propia comunidad. Pueden en todo caso conocer el derecho positivo nacional, pero el arraigo de sus normas costumbristas, neutraliza cualquier posibilidad de motivabilidad normativa conforme los valores del monismo jurídico.

El «Estado Constitucional de Derecho», significa que impera la legalidad, el sometimiento de los ciudadanos de conformidad con la normatividad vigente, para procurar un orden social justo y de respeto a las libertades ajenas. No obstante ello, el principio de igualdad que se consagra en nuestra Constitución Política, también significa, que se distinga a la persona conforme a sus desigualdades²¹⁵⁰, y estas desigualdades se manifiestan en el reconocimiento de una Nación pluricultural que debe tener pleno respeto por los valores intrínsecos que se identifican en determinadas comunidades campesinas y nativas que se encuentran localizadas en nuestras zonas agrestes de nuestra selva, amazonía y en la cordillera de los Andes.

De conformidad con el artículo 2º inc) 18 de la Constitución Política, se consagra el derecho a la identidad étnica y cultural de los pueblos y comunidades que se asientan en todo lo largo y ancho de nuestra geografía nacional. Este reconocimiento constitucional, implica también que el orden jurídico en su conjunto dote de eficacia legal dicho reconocimiento en aras de establecer márgenes de inclusión y de integración social.

2150 Así, BASÍLICO, R.; *La Comprensión de la Norma como Garantía del Sistema Penal...*, cit., p. 576.

En el campo de la función jurisdiccional, este mismo Cuerpo de Leyes, en su artículo 149º, reconoce que las autoridades campesinas y nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona. Y, para tal fin -dispone el precepto- la ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y las demás instancias del Poder Judicial.

Conforme lo anotado, la Constitución reconoce la «Jurisdicción Campesina o Nativa», pero, no como una jurisdicción paralela y distinta a la jurisdicción común, sino preservando la unidad de la función jurisdiccional que se ejerce por el Poder Judicial, se integra esta Jurisdicción Especial bajo los mismos cánones y valores que orientan toda la actuación del Sistema Nacional de Justicia. La norma es clara, pues, se establece una coordinación activa entre el Fuero Común y esta jurisdicción especial; en la medida que el Estado de Derecho si bien reconoce la identidad cultural, está en la obligación de preservar valores que deben regular a todos los miembros de una sociedad democrática.

Las «Rondas Campesinas» ejercieron una labor fundamental a lo largo de la década de los noventa, pues, se encargaron de realizar una labor coadyuvadora y pro-activa en la lucha contra la subversión. Se trata de formas de autodefensa campesina organizada socialmente para enfrentar actos de delincuencia o de violencia en general, principalmente en la sociedad andina²¹⁵¹.

En momentos en que la actividad subversiva había llegado a límites de expansión -sumamente peligrosos-, se constituyeron las Rondas Campesinas como un arma de contención ante la pretendida intención de estos grupos terroristas de controlar -política e ideológicamente- a muchos pueblos y comunidades campesinas, a fin de reivindicar la lucha armada en todos los confines del territorio nacional. Para tal cometido, el Estado proporcionó armamentos para que los Ronderos puedan ejercer con eficacia, las labores de auto-defensa, prevención y represión ante las incursiones subversivas. Sin embargo, como en toda lucha armada, producto muchas veces del ambiente de pánico colectivo, se produjeron excesos y se afectaron derechos y bienes de terceros inocentes.

Ante tal situación, se sancionó la Ley de Amnistía N° 27599 para los miembros de las Rondas Campesinas y/o comunales procesados por tenencia ilegal de armas y secuestro desde el 05 de abril de 1992 hasta el 15 de diciembre del 2001, exceptuando de su ámbito de aplicación la comisión de delitos de lesa humanidad. Esta ley de amnistía se sancionó, en una coyuntura marcada por la violencia estructural, en razón de la lucha que se desplegó contra la subversión; más llegada la calma y la pacificación social, se debía

2151 GUERRA CERRÓN, M.E.; *Hacia una Justicia de Paz...*, cit., p. 43.

recomponer el estado de cosas a su estadio anterior, en tal entendido, el restablecimiento de las reglas del Estado de Derecho, donde únicamente, los organismos estatales competentes son los encargados de perseguir, investigar y sancionar los hechos delictivos. Mas la realidad hace suponer, que los órganos estatales competentes no están en capacidad de ejercer las labores de justicia en muchos lugares de nuestro país, por defectos materiales, logísticos y operacionales, entonces, parece que ese mismo Estado de Derecho no está en capacidad de hacer valer estos derechos y someter a todos los ciudadanos al imperio de la ley.

Se sostuvo en párrafos anteriores, que la Constitución reconoce la Jurisdicción Campesina y Nativa con apoyo de las Rondas Campesinas, pero, sin embargo a la fecha no se ha avanzado en lo referente a su marco normativo organizativo. No basta su reconocimiento constitucional, sino que al igual que el Fuero Militar, se necesita la dación de una Ley Orgánica que regule su actuación jurisdiccional, para no comprometer conflictos de competencia y para salvaguardar la tutela de los derechos fundamentales y de las libertades individuales.

En puridad nuestro país aplica de cierto modo un «monismo jurídico» en una Nación que debe respetar las diferencias culturales y los valores comunitarios, pues, si el derecho positivo no está en condiciones de regular de forma idónea los procesos sociales que se gestan en estas comunidades, lo que se propicia es la exclusión, marginación y discriminación social, situación inaceptable en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

En consecuencia, la elaboración de marcos normativos conducentes a reafirmar y reconocer estos valores culturales, es una obligación primordial del Estado peruano, así como sentar las bases de un Fuero Campesino y Nativo orientado a administrar justicia en estas regiones, pero ceñido a los valores fundamentales que inspiran una sociedad democrática.

Nuestro CP de 1991, se erige como democrático en cuanto establece límites normativos a la intervención del poder penal coercitivo del Estado; y, en tal virtud, consagra como principio fundamental el "hecho punible" como presupuesto fundamental que legitima la imposición de una pena al infractor de una norma jurídico-penal. Se erradica entonces, la falsa consideración antropológica que caracterizaba al CP de 1924, que se manifestaba a través de un «Derecho Penal de Autor»; empero, una democratización del derecho penal habría de implicar también el reconocimiento de la «identidad cultural», el decaimiento de la motivación normativa cuando los valores culturales identificables en la personalidad intersubjetiva del agente chocan frontalmente con el derecho positivo nacional, en tal razón, el agente a pesar de conocer que esta conducta es prohibida por el derecho positivo, no está en capacidad de conducirse conductivamente conforme dicha comprensión normativa.

Importa un defecto de motivación que incide sobre la culpabilidad, que amerita una exención de pena o en su defecto una atenuación de la misma, situación que es rotulada de *lege lata* como el «Error de Comprensión Culturalmente Condicionado», que dado su carácter personal es regulado en la PG del CP.

7.3. Las Rondas Campesinas y el ejercicio de la función jurisdiccional comunal

La Nación peruana está constituida por un vasto territorio que se extiende por una geografía accidentada, dando lugar a una división por Regiones, éstos a su vez albergan a millones de peruanos, que si bien se encuentran unidos por un solo país, no necesariamente responden a una identidad cultural propia y singular. Dicha distinción cultural es reconocida por la propia Ley Fundamental, cuando consagra que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación; a tal efecto, se garantiza el derecho de algunos peruanos de mantener su derecho consuetudinario, los valores que han ido cultivando durante muchos años, teniendo el derecho a preservarlo de generación en generación.

En la STC del Tribunal Constitucional N° 3343—2007-PA, se expone en el apartado 27, lo siguiente: “Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, de lo que debe comprenderse, es a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia. Si bien este tipo de cláusulas proponen una tutela adecuada al individuo, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para la defensa de las minorías étnicas”.

En el apartado 29 de la sentencia mencionado, en lo que respecta al *derecho a la identidad étnica* se sostiene que (...) consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado a ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad del grupo. Esto es, el *derecho a la etnia a existir*, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho “supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y

pluralismo cultural [...]” (Häberlee, Meter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, Madrid; 2000, p. 34).

Resulta importante citar el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de 1989, que guarda plena correspondencia con el desarrollo de la doctrina sancionada por el máximo intérprete de la constitucionalidad normativa, tomando en cuenta la prevalencia jurídica de dichos instrumentos internacionales según la pirámide kelseniana plasmada en la Ley Fundamental.

Producto de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo preámbulo se declara lo siguiente:

“Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales”.

La proclama constitucional contenida en el inc. 19) del artículo 2º ha de ser concordada con la estipulación que se recoge en el artículo 149º (*in fine*), cuando se reconoce el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de la Rondas Campesinas dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

La jurisdicción «Comunal o Campesina» como se le quiera llamar, no sólo encierra un espíritu cultural o una aspiración humana, sino también las consecuencias traída a mas por el «monismo jurídico»; por aquel conjunto de normativas que se expiden por el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, que si bien son válidas según el orden de valores que se desprenden del Estado de Derecho, no es menos cierto que en ciertas situaciones no se integran a una verdadera realidad «nacional»; reglar un conjunto de dispositivos legales no sólo requiere de un procedimiento democrático en la decisión, sino también de

analizar sus repercusiones en todos los ciudadanos, no sólo de aquellos que habitan en las grandes ciudades.

Una Ley, como un artículo de la codificación punitiva, puede resultar contraria a los valores costumbristas de una Comunidad Nativa y/o Campesina. Se produce una conflictividad normativa entre el Derecho Nacional y el Derecho Consuetudinario, donde la solución ha de partir de criterios que tome en cuenta dos aspectos a saber: -primero, la integración cultural que debe preservar el Derecho positivo, la identificación de los diversas comunidades campesinas y nativas mediando la sanción de normativas que tiendan a regular las relaciones de sus miembros; y, en segundo lugar ese límite que no puede ser desbordado en base al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Históricamente, anota YRIGOYEN FAJARDO, la falta de respeto del pluralismo cultural y legal se ha traducido en diversas formas de marginación y represión de la diferencia, incluyendo la ilegalización de los sistemas normativos indígenas y campesinos y de otros colectivos, la criminalización de prácticas culturales distintas a los referentes del derecho oficial, y la represión de autoridades indígenas y comunales que administran justicia de acuerdo a sus normas, valores y principios²¹⁵².

Lo anotado, resulta de relevancia en mérito al estado actual de las cosas, en el sentido de que una porción significativa de pobladores no se encuentra identificado con el Sistema Nacional de Justicia, en la medida que las normas del Derecho positivo vigente no recoge adecuadamente métodos y fórmulas de valoración susceptibles de poder solucionar pacíficamente la conflictividad social que se suscita en el interior de sus comunidades. El acceso a la tutela jurisdiccional efectiva es uno de los escollos principales de la problemática en cuestión, que en nada coadyuva a la construcción de una democracia plural y representativa: la defraudación de las legítimas expectativas de los comuneros, ronderos y campesinos desencadena fricciones, celos, desconfianza, hasta el punto de propiciar focos incesantes de violencia, cuando dichos ciudadanos acuden a la justicia de *propia mano*, derramando la sangre de culpables ya veces de inocentes. No es el caso de justificar estos fenómenos de *ajusticiamiento selectivo*, sino de explicar la complejidad de factores que anudan en esta penosa situación, que hace retroceder a nuestra civilización a periodos donde la violencia era contenida con violencia.

Lo dicho adquiere especial relevancia en la temática que nos ocupa, pues si es que el Tribunal Supremo les reconoce a las Rondas Campesinas, «funciones jurisdiccionales», importa conferirles una potestad muy delicada y compleja,

2152 YRIGOYEN FAJARDO, R.; *Hacia un reconocimiento de las Rondas Campesinas y el Pluralismo Legal*. Publicada en Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes. No 59-60. Edición Especial, Vol. 1, 2002, Sicuani, Cusco, Instituto de Pastoral Andina, cit., p. 1.

entendiendo que su actuación en los casos concretos requiere de una deliberación intelectual y cognoscitiva, en procura de proteger los bienes jurídicos en conflicto. Es en tal virtud, que su aceptabilidad demanda de criterios muy rigurosos, amén de evitar excesos, abusos y lo más lamentable, la vulneración de derechos fundamentales.

Un real Estado Constitucional de Derecho no puede admitir y consentir estadios de tal naturaleza, donde se pretende restaurar la paz social a través del uso del tormento, de la tortura, del suplicio y todo mecanismo que atentan contra la dignidad humana. Sin embargo, ese mismo Estado –jurídica y políticamente organizado–, no puede desconocer a esa gran masa de peruanos que aun mantienen sus propias costumbres, donde pervive otra cosmovisión de las cosas, sabedores que el monismo jurídico²¹⁵³ que se pregona desde la capital y otras urbes, se constituye en una simbolización programática de buenas intenciones, pero carente de poder solucionar los conflictos que toman lugar en dichos territorios.

El Derecho penal es una violencia institucionalizada, necesaria e indispensable para garantizar la paz y seguridad jurídica de cualquier Nación, cuya legitimidad reposa sobre el constructo basilar de la teoría del *bien jurídico*, legitimando la reacción punitiva ante toda conducta humana que genere un estado de disvalor, en otras palabras dicho: como respuesta ante los ataques de mayor perturbación a la convivencia pacífica de los comunitarios.

El *ius puniendi* por tanto no puede constituirse en un resorte automático de sanciones y reacciones coactivas, 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 15º del CP. Debiendo quedar claro, que los comuneros, nativos y otros no son sujetos inimputables, lo que se presenta es un problema de *introyección normativa*, de interiorización de los dispositivos legales que se engendran del Sistema Unitario de juridicidad de la República.

2153 A decir de GUERRA CERRÓN, el monismo es una forma de pensamiento o concepción que identifica al derecho con el Estado. Aquí se entiende al derecho como sinónimo de Estado entonces sólo hay un derecho. En sociedades como la nuestra hay una generalizada imposición del «monismo» como sistema de pensar y actuar; *Hacia una Justicia de Paz. Un asunto de interés nacional*, cit., ps. 21-22.

La pacificación social que debe garantizar el Derecho penal puede que en algunos casos produzca más violencia y resentimiento social, de aquella que pretende contener. Dicha situación puede tomar lugar cuando a pobladores que siguen ciertas costumbres, que han constituido sus propias normas de conducta y a su vez de procesamiento penal, se les impone coactivamente los mecanismos contenidos en el Derecho nacional. Fue precisamente por ello, que la Carta Política instituyó la Justicia Comunal y Nativa, más dicha consagración constitucional no fue desarrollada cabalmente por una ley específica, los intentos políticos no llegaron a bien puerto. Sin embargo, se sancionó la Ley N° 27908 – Ley de Rondas Campesinas²¹⁵⁴ así como su Reglamento - DS N° 25-2003-JUS, habiéndose dispuesto en su primer articulado lo siguiente: *“Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca”*.

Por su parte, los artículos: 2° y 3° del Reglamento de la Ley, prescriben lo siguiente: *“Son Rondas Campesinas, las organizaciones sociales integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas, dentro del ámbito rural.*

Son Rondas Comunes, las organizaciones sociales integradas por miembros de las comunidades nativas.

La Ronda Campesina o Ronda Comunal, tiene por finalidad contribuir al desarrollo, la seguridad, la moral, la justicia y la paz social dentro de su ámbito territorial, sin discriminación de ninguna índole, conforme a la Constitución y a las leyes. Colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial.

Las Rondas constituidas al interior de las Comunidades Campesinas o Nativas, colaboran con éstas en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales”.

De la normativa invocada, se colige una serie de incidencias en el marco del reconocimiento y actuación de las Rondas Campesinas en el desarrollo de la justicia y la paz social dentro de su ámbito territorial. Habiéndose determina-

2154 Su origen se asocia al crecimiento desmesurado del abigeato en la sierra norte del país y la escasa presencia de la administración de justicia, siendo que en diciembre de 1976 se forma las Rondas Campesinas en el caserío de Cuyumalca, provincia de Chota, departamento de Cajamarca con el fin de combatir la delincuencia y el abigeato; así, YRIGOYEN FAJARDO, R.; *Hacia un reconocimiento pleno de las Rondas Campesinas...*, cit., p. 1.

do su rol colaborador, coadyuvante de dichas asociaciones en el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas. Es sobre este rol que las Salas Penales de la Corte Suprema han emitido recientemente un Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 (doctrina legal), referido a la función jurisdiccional de las «Rondas Campesinas»; aspecto muy importante tomando en cuenta que las personas que integran dichas rondas en ciertas oportunidades realizan actos que formalmente son constitutivos de Secuestros, Usurpación de Funciones, Coacciones, etc.

En todo caso, a lo que se quiere llegar es a fórmulas dogmáticas, que con corrección y justicia puedan solucionar pacíficamente la variedad de circunstancias (hechos típicos) que acontecen en los parajes y territorios regentados por las Rondas Campesinas.

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 urbanas. Señala la autora que las rondas campesinas responden a un determinado contexto social y político en un mo-

mento coyuntural histórico, sin embargo a través del tiempo han permanecido y se han hecho fuertes hasta lograr su reconocimiento legislativo²¹⁵⁵. 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 –nacidas 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 2º 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 5º, 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 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 esta 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

2155 GUERRA CERRÓN, M.E.; *Hacia una Justicia de Paz...*, cit., p. 43.

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 adelante²¹⁵⁶. 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 acuerdos²¹⁵⁷.

2156 Respetable es la postura de GUERRA CERRÓN, desde una vocación pacifista y consolidada de la justicia de paz en nuestro país, quien se encuentra en desacuerdo con la corriente que propugna el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas. Señala que siempre estará en contra de la creación y reconocimiento de diversas figuras que finalmente lejos de cumplir su objetivo puedan llegar a debilitar instituciones o instancias como la Justicia de Paz. Si en un lugar no hay Comunidad Campesina y Nativa y a falta de una autoridad comunal con facultades jurisdiccionales se cuenta con Ronderos, entonces la solución está en elegir democráticamente a su Juez de Paz; *Hacia una Justicia de Paz...*, cit., ps. 45-46; no deja de ser aceptable su propuesta, sabedores que los ronderos en varias ocasiones al tomar la justicia de propia mano, han cometido execrables abusos y violentas acciones contra los derechos fundamentales de las personas, sin embargo puede que la elección de un Juez de Paz no concilie con la cosmovisión de los miembros de las rondas campesinas, lo que allana dicho camino.

2157 YRIGOYEN FAJARDO, R.; *Hacia un reconocimiento pleno de las Rondas Campesinas...*, cit., p. 2.

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 reacción 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 éstas 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 1º 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 recocer 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 aquéllas deben revelar cierta singularidad y distinción conforme a otras comunidades, si éstas 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 estructuras²¹⁵⁸.
- 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

2158 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*, cit., p. 172.

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 costumbre²¹⁵⁹, 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 juez²¹⁶⁰; quien ha de interpretar y aplicar 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 ATIENZA²¹⁶¹.

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 Ronda Campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el interior de ésta.

2159 SENTIS MELENDO, S.; *El Juez y el Derecho*, cit., p. 206.

2160 SENTIS MELENDO, S.; *El Juez y el Derecho*, cit., p. 215.

2161 ATIENZA, M.; *El sentido del Derecho*, cit., p. 63.

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 derechos²¹⁶².

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 consumativo²¹⁶³.

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, 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

2162 YRIGOEYEN FAJARDO, R.; *Hacia un reconocimiento pleno de las Rondas Campesinas*, cit., p. 8.

2163 Al respecto tendrían que ser analizadas las reglas que sobre dicha temática se han reglado en el CP.

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 1º 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 encauzado por la Jurisdicción Común. Segundo, el agente debe ser conciente 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; sólo 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 investigativa²¹⁶⁴; (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 habersele reconocido las garantías mencionadas, supone atentar gravemente contra los aspectos elementos 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.

2164 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., pss.

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 15º 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 punitiva²¹⁶⁵. 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

2165 Se expone en el Plenario (Fundamento 15), que las prescripciones del artículo 15º 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].

haberse reconocido a las Rondas Campesinas *facultades jurisdiccionales*; señalándose en el Fundamento 13 (B), la aplicación de una causa de justificación, en especial la prevista en el artículo 20º.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 361º 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.

7.4. El Derecho Penal Cultural en el Perú y su Regulación en el CPP

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 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 sancionadas²¹⁶⁶.

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

2166 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. cit., p. 544.

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 disidente, 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 comprensión²¹⁶⁷. 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 incompatibles²¹⁶⁸.

Conforme lo anotado, 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 argentino²¹⁶⁹- 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 conciencia²¹⁷⁰.

¿Quién es el autor por convicción? Aquel que no hace suyos los valores propios del ordenamiento jurídico, por estar fuertemente 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

2167 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 704.

2168 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 704.

2169 Vide, ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 704.

2170 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, cit., p. 704.

por convicción se encuentra en un error culturalmente condicionado²¹⁷¹, pese a que la *lege lata* así lo sugiera (art. 15º).

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.

¿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

2171 CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit. ps. 230-231.

acerca de los factores que llevan a un individuo a delinquir en sociedad, pero en este caso la interrogante debe incidir en factores socio-culturales; 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 familiar²¹⁷², mas si el individuo ya se encuentra integrado

2172 En la sentencia recaída en el Exp. N° 2456-99-Junín, la Primera Sala Penal Transitoria, en cuanto a un supuesto delito contra la libertad sexual (inc. 3 del artículo 173° CP), sostuvo lo siguiente: “(...) que *sin embargo la conducta del encausado debe ser analizada teniendo en cuenta sus condiciones personales, la forma y circunstancias de la realización del evento, y sobre todo considerando el medio social en que se desenvuelve, relevándose el hecho de que es hijo de una nativa Ashaninka del Valle de Pangoa de la Selva de Satipo, que ha vivido en una comunidad nativa en su niñez, habiendo por ello interiorizado las costumbres propias de su pueblo, donde las mujeres están en capacidad de tener pareja luego de su primera menstruación, lo que significa que mantienen relaciones sexuales siendo muy jovencitas, (...), apreciándose que en estas comunidades, la mujer al contraer una pareja no sale del hogar o de la familia, la que se ve incrementada con el ingreso del conviviente nativo, quien debe trabajar para la familia, de allí que dentro de los Ashaninkas, la mujer sea entregada a un varón siendo muy joven para lograr que éste ayude a la familia de la mujer, todo ello nos lleva a la aplicación del artículo quince del Código Penal, que consagra el error de comprensión culturalmente condicionado, es decir el error en que cae quien por su cultura, por pertenecer a un grupo social, no puede interiorizar o no puede comprender, porqué la sociedad occidental y cristiana prohíbe mantener relaciones sexuales con una mujer que ya menstrua y puede tener hijos (...)*”. En la ejecutoria -en parte transcrita- luego de toda la valoración enunciada, la apreciación del error de comprensión

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 sólo 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 que 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 aborígen, 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), sólo si el agente tuvo conciencia que su conducta fue antijurídica, pero no comprendió las razones por las que el Derecho oficializado la castigaba²¹⁷³.

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 del 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, sólo 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

culturalmente condicionado, no tiene la suficiente eficacia como para poder eliminar el reproche culpable, desplegando únicamente efectos atenuantes, es decir, si el agente se hubiera esforzado seriamente hubiese podido comprender el carácter injusto de su conducta.

2173 ARMAZA GALDÓS, J.; *El condicionamiento cultural en el Derecho Penal peruano*, cit., p. 553.

un niño a fin de realizar un ritual religioso, no podrá admitirse una irrelevancia típica, deberá ser reconducido al artículo 15°, siempre y cuando se concurren 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.

7.5. Descripción Multicultural

La realidad nacional presenta espinosos problemas en orden al pluralismo cultural existente.

58 grupos étnicos, incluyendo el Quechua y el Aymara, diseminados en los Andes y en la selva a tal punto que seis de ellos están en trance de extinción, integran y complican, aún más, el panorama cultural²¹⁷⁴. Todo este abanico de complejidades histórico-culturales, nos muestra una Nación compuesta por varios grupos culturales -que conservan y acuñan diversas costumbres y modos de vida en comunión social- realidad que dificulta gravemente, que las normas jurídicas puedan ser recepcionadas, comprendidas y amoldadas a los comportamientos de los pobladores nacionales sin ningún tipo de distingo. El problema cultural no es reciente, data desde 1532, año en el cual los colonizadores hispanos arriban a las tierras del entonces "Imperio Incaico", sociedad europea que negó la identidad cultural avanzada y progresista del Perú Milenario.

La verdad es que los europeos se toparon con un mundo que no entendieron y, en consecuencia, al negarse a mirarlo desde adentro, desde la realidad americana, interrumpieron el dinamismo cultural de las unidades étnicas²¹⁷⁵, pues, parece que la mente del colonizador venía impulsada con la finalidad de destruir, de socavar las estructuras sociales y culturales de los pueblos nativos. Fue así, que paulatina y progresivamente, los conquistadores hispanos resquebrajaron los valores culturales y las costumbres de las comunidades indígenas, destruyendo sus ídolos y su vasta mitología.

En particular. CORNEJO POLAR, destaca que las culturas puestas en contacto, sobre todo cuando ha tenido lugar en un proceso de colonización, es imposible que mutuamente se traduzcan con éxito. Es imposible que se homogeneicen. Hay signos y códigos propios de cada cultura que no pueden ser convertidos, entendidos ni homologados en los términos y sistemas de la otra cultura. Es lo que ocurre entre la cultura hispana y la cultura quechua. CORNEJO POLAR encuentra que la causa de esa separación se halla en la técnica que sustentan los pro-

2174 Cfr. MONTAYA, Rodrigo; *Al borde del naufragio: Democracia, violencia y problema étnico en el Perú*, Lima, 1992, pp. 24 y 50.

2175 PEÑA CABRERA, Raúl; cit.

cesos comunicativos, en los modos de inscripción en que las culturas registran y fundan sus experiencias vitales, sus prácticas cotidianas. La técnica que rige los actos comunicativos en la cultura hispana es la escritura, cuya unidad mínima y más representativa es la letra alfabética. La que rige las culturas nativas es la oralidad, condensada en la voz (...) ²¹⁷⁶.

Sin embargo, muy aparte que los puentes comunicativos no eran los adecuados para permitir una fusión cultural homogénea, la historia se encargó de mostrarnos el encuentro de dos mundos, uno de ellos plagado de una violencia étnico-cultural, un pueblo motivado por conquistar no sólo las tierras sino también por despojar de su acervo cultural a un pueblo fuertemente arraigado en su Derecho Consuetudinario.

Desde esa larga data, se configura en nuestro país una palpable marginación y exclusión de las culturas indígenas. Este contexto situacional, es el resultado de una práctica discriminatoria, clasista asistemática que recae sobre los diversos grupos culturales, que se encuentran afincados en los lugares más recónditos del territorio peruano -a los que BASADRE denominó el "Perú Profundo-. Ante ello se alza como válida la siguiente interrogante ¿Es realmente el Perú una verdadera Nación? Lamentablemente, siendo consecuentes con nuestras ideas la respuesta será negativa.

Una Nación no representa únicamente el contenido de la metáfora «sociedad jurídica y políticamente organizada», acepción que tal vez se asemeja más a la idea de Estado, en un sentido lato es el sentimiento de unidad, de reconocimiento y de identificación mutua entre los ciudadanos, como eje fundamental de las relaciones intersociales de una comunidad democrática. El Perú es un crisol de permanente mestizaje, es más, el Inca Garcilaso de la Vega fue el primer mestizo que se sentía indio en España y español en Indias porque "en ambas Naciones tengo prendas", decía.

La llamada Independencia del Perú en 1821, no produjo cambios favorables para las comunidades indígenas y grupos étnicos, no obstante que a la sazón constituían la mayoría de la población ²¹⁷⁷; para aquel tiempo el Perú se encontraba integrado por un mestizaje producto de la fusión de la raza indígena con la española, así como de los denominados "criollos" -nacieron en tierras peruanas pero eran de origen hispano- que, fueron finalmente los gestores reales del triunfo independentista. No obstante, respirarse nuevos vientos libertarios, la raza indígena continuó siendo sometida y sojuzgada por la Oligarquía naciente en la nueva República del Perú, clase indígena y campesina que fue desprotegida por el Derecho positivo. Recién con la Constitución Política de 1979 se

2176 Citado por SANTIAGO LOPEZ M.; *"La voz y la letra en la literatura peruana"*. En: Ensayo. 07/04/ 2003, Lima.

2177 PEÑA CABRERA, Raúl; cit.

reconoce a los aborígenes analfabetos el derecho a elegir (Wahlrecht), pero, no justamente el de ser elegidos, catalogándose al indio en aquella época como un ciudadano de segunda categoría.

Reivindicando un derecho político conculcado, la Carta Política de 1993 corrige esta flagrante discriminación, otorgando a todos los ciudadanos el goce de su capacidad civil a ser elegidos y a elegir libremente a sus representantes (art. 31° *in fine*). Se reconoce el Régimen Agrario de las Comunidades Campesinas y Nativas (arts. 88°-89°) así como el reconocimiento de la jurisdicción de las autoridades Campesinas y Nativas, dentro del ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, con el apoyo de las Rondas Campesinas (art. 149°). En palabras de BERNALES BALLESTEROS "No dudamos que la intención de los constituyentes ha sido de resolver constitucionalmente la crónica dificultad de acceso a la administración de justicia, al que están negados importantes sectores de la población. Sin embargo, la medida obligará a que la ley a que hace referencia el dispositivo constitucional sea rigurosa y precisa en los mecanismos de coordinación con los juzgados de paz y demás instancias del Poder Judicial"²¹⁷⁸.

"Este es el drama del Perú contemporáneo que como un pecado de la conquista -dijo MARIATEGUI- busca afirmarse en una República "sin el indio y contra el indio"²¹⁷⁹. Este es el Perú, un ámbito territorial extenso, compuesto por la costa, sierra y selva, regiones que albergan a una confluencia de pueblos, etnias y culturas, que debido a su diversidad y heterogeneidad costumbrista, no crea un clima propicio para una identificación nacional, presupuesto fundamental para el progreso de una Nación.

La proclama libertaria de 1821, imbuida e importada de la Revolución Francesa de 1784 y de la gesta independentista de las 13 Colonias en 1776 (USA): "igualdad, libertad y fraternidad", quedó como una mera frase prosaica y abstracta de contenido, debido a que nunca se cristalizó en nuestras tierras, igualdad que nunca llegó a los pueblos y comunidades indígenas. Lamentablemente, nos hemos caracterizado por ser una sociedad que más aprecia lo extranjero que lo nacional, como muestra de una cultura alienada, que no sabe valorar el elemento humano nacional así como apreciar la vasta riqueza cultural que se remonta hace varios miles de años: "pueblos añejos que se afincaron y desarrollaron en los parajes más recónditos de nuestra costa y serranía, que cultivaron sus tierras, idolatrarón sus propios dioses, crearon sus propias costumbres, así como un acervo cultural sólido; son pues, muchos los santuarios,

2178 BERNALES BALLESTEROS, Enrique; *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*, cit., p. 683.

2179 MARIATEGUI, José Carlos; *"El rostro y el alma del Tahuantinsuyo"*, en *Mundial*, Año VI, N° 274, Lima, 1925.

restos arqueológicos, arquitectónicos, mausoleos que dejaron como muestra viviente y perenne las culturas Incas y Pre incas a las nuevas generaciones".

Como se describe en la literatura peruana en la actualidad tenemos conflictos de etnias, de cultura, lenguaje, etc. La sociedad peruana ha entrado, a fines de siglo, en un proceso de movilización donde ha habido un ascenso social de clases más bajas y se ha producido una mezcla, una integración. Ha acontecido un desplazamiento significativo de las capas sociales más bajas producto de la apertura económica, política y cultural de aquellos miembros de subsistemas que antes se encontraban situados en una situación marginal. Tal hecho viene precedido por una virtual expansión económica, por la cual han podido ascender a las clases sociales privilegiadas a las cuales en un pasado no muy remoto era de difícil accesibilidad, pues nuestro sistema social era regido por oligarquías pertenecientes a familias aristocratizadas o plutárquicas. Hoy en día vivimos un mundo de aperturas en todos los subsistemas sociales, como conquista irrefutable del Estado Social de Derecho.

PEÑA CABRERA describe de forma enunciativa, las características más relevantes de la sociedad peruana:

1. La conciencia de exclusión, hace que la marginación germine y arribe a respuestas divergentes difíciles de converger. Con urgencia se necesita la implantación de una política integracionista, que tal vez, la nueva administración que va a recaer sobre los Gobiernos Regionales pueda cristalizarse.
2. La identidad local aparece más imbricada que la identidad nacional. El Perú profundo se encuentra alejado de lo que se considera el Perú oficial (Lima), el castellano como lengua oficial -a pesar de que tanto el Quechua como el Aymara son consideradas también lenguas oficiales- se ha impuesto ante éstas, producto del centralismo existente en la capital (actualmente Lima alberga el 60% de la población total del país). Esta masiva y escalonada migración del campo a la ciudad ha traído a colación consecuencias negativas:
 - a) Sobrepoblación, por ende, escasez de recursos naturales.
 - b) Desempleo y subempleo.
 - c) Escasez de viviendas y expansión urbana desordenada (asentamientos humanos).
 - d) Marginalidad.
 - e) Subcultura, se crean nuevos antivalores que predominan en las relaciones intersociales.
 - f) *Praxis* violentista, se vive una lucha diaria entre los miembros de la sociedad, se ha perdido la naturaleza solidaria, pacífica y armoniosa del ser humano, nos hemos retrotraído a estadios previos a la civiliza-

ción. En suma, centralismo y concentración en las grandes ciudades, son dos de las grandes taras que aquejan a nuestro alicaído país²¹⁸⁰.

3. La conciencia peruana "aparece fracturada" y según MONTROYA, revela que esta convicción está en el inconsciente colectivo de los peruanos herederos de la civilización Inca. Esta fractura produce un dolor muy grande²¹⁸¹.
4. El conocimiento de la realidad geográfica y, sobre todo, los factores culturales, plantean la tarea de forjar un Perú unitario, pero dentro de la diversidad, es decir, respetando la identidad cultural de los pueblos. Esta búsqueda y respeto a la diversidad constituye el eje fundamental para la construcción de una verdadera democracia, sistema que encuentra su basamento en el respeto mutuo y en la tolerancia de sus miembros.

7.6. Adecuación Normativa a la Problemática en Cuestión

La pluralidad cultural, -manifestada por la diversidad de pueblos indígenas y comunidades campesinas-, que estructuran 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 sólo 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".

Conforme lo anotado, 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-.

2180 Un correctivo pacificador parece ser una Política de Estado descentralista, desconcentradora del poder gubernamental a través de la delegación progresiva a las Regiones, de sus propias riquezas, recursos en aras de que estas nuevas administraciones generen sus propias fuentes de riqueza: de este modo podremos lograr -en un futuro no muy lejano- un desarrollo sostenido de la Nación (crecimiento del PBI) complementado con los ingresos que se generen producto de la inversión nacional y extranjera.

2181 Cfr., p. 391.

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 cultural; 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 Perú"²¹⁸².

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 culturales²¹⁸³; éste 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 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.

2182 BERNALES BALLESTEROS, Enrique: "La Constitución de 1993 - Análisis Comparado", con la colaboración de Alberto Otárola Peñaranda, Editora RAO, quinta edición, 1999, p. 682.

2183 PEÑA CABRERA, R.; op. cit.

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 socio-cultural, 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 aún 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)²¹⁸⁴, omisión de

2184 La sentencia recaída en el RN N° 975-04-San Martín, se estableció lo siguiente (Considerandos segundo y tercero), con respecto al delito de secuestro supuestamente cometido por integrantes de Rondas Campesinas, *“Que en el presente caso los procesados en su condición de integrantes de las rondas campesinas de los centros poblados de (...), teniendo conocimiento que los presuntos agraviados (...) admitieron (...) ser los autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato que se habrían cometido en sus territorios, decidieron sancionarlos de acuerdo a sus costumbres condenándolos a “cadena ronderil”, esto es pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presenten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades. Que en tal sentido la conducta de los procesados no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado en el artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú que a la letra dice (...) no habiéndose advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres”*. Pese a reconocerse el factor “cultural”, en la ejecutoria se da prioridad al ejercicio del cargo, como una causal justificante, de acuerdo a lo normado en el inciso 8) del artículo 20° del CP, basándose estrictamente en el precepto 149° de la Ley Fundamental, mas se señala que no concurre el dolo, cuando el análisis positivo de un estado de exención justificante no elimina los elementos subjetivos del injusto. Empero, hasta la fecha no hay un desarrollo legal que regule de forma taxativa el modo, forma y límites del ejercicio de la jurisdicción campesina, por lo que resulta de cierto modo arriesgado esta solución, basada tal vez en una interpretación analógica *in bonam partem* de una causa de justificación; de todos modos, los actuados en el presente, podrían haberse resuelto sin problemas en base al artículo 15° del CP. Al respecto, Francisco CHIRINOS SOTO, que de forma escéptica, señala lo siguiente “(...), establecer el contenido y los alcances del derecho consuetudinario, sobre todo en un país como el nuestro, latino, adherido a las corrientes de una justicia legal y codificada, constituye un esfuerzo de incierto resultado; *La Constitución. Lectura y comentario*. Editorial Rodhas, Lima, 2006, cit., p. 412; a nuestro modo de ver las cosas, ese esfuerzo sí resulta necesario, para una Nación nítidamente dividida por no encontrar rumbos comunes, que la labor es compleja no debe dudarse, pero ello no puede hacer claudicar una misión de primer orden, de un Estado que debe garantizar una justicia racional y ponderada para todos los peruanos, excluir los valores de estos pueblos significa ratificar la exclusión social que estos peruanos padecen injustamente. Al respecto se han presentado proyectos muy interesantes en el Congreso, que ameritan el inicio de una gran discusión nacional.

denuncia (art. 407º) justicia por propia mano (art. 417º), 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 delictuosa²¹⁸⁵. Siendo así, escribe el autor, habrá la posibilidad de eximir de pena al agente²¹⁸⁶; 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 venible cuando la conducta afectara a derechos fundamentales de la persona²¹⁸⁷, circunscribiendo a las ofensas más graves. Para ZAFFARONI, la regla en cuestión no puede sostenerse con valor absoluto²¹⁸⁸.

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.

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 condicen 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

2185 ARMAZA GALDÓS, J.; *El Condicionamiento Cultural en el Derecho Penal Peruano*, cit., p. 546.

2186 ARMAZA GALDÓS, J.; *El Condicionamiento Cultural en el Derecho Penal Peruano*, cit., p. 546.

2187 CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit., p. 238.

2188 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 706.

poder socio-económicos, de las grandes empresas multinacionales y de los grupos de poder.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, cabe rechazar cualquier intento de pretender atribuir a los miembros de las comunidades indígenas y campesinas, la calidad penal de «inimputables», de excluir cualquier posibilidad de fundar la valoración jurídico-penal en el estado peligroso que revelarían ciertas descripciones étnicas, el error de comprensión permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso²¹⁸⁹; reconduciendo la problemática a una carencia de motivabilidad normativa como fundamento material de la culpabilidad; por lo tanto, no puede ser sometido a una Medida de Seguridad, al no tratarse de personas mentalmente deficientes, sino que por sus patrones culturales no están en posibilidad de internalizar las normas que se desprenden del ordenamiento jurídico-nacional.

Pobladores, que manifiesten dichas características, son susceptibles también de ser calificados como inimputables como cualquier ciudadano; importan dos juicios de valoración de diverso contenido jurídico-penal.

La falta de motivación normativa se funda en lo enraizado, que se encuentra en el interior del individuo, las normas o valores culturales de su pueblo, que en cierta medida le impiden valorar el carácter antijurídico de su comportamiento.

Dicho lo anterior, el merecimiento de pena diluye indefectiblemente, tanto por razones de prevención general como especial, así también por criterios político jurídicos y político-sociales, que a su vez sostienen el llamado error de comprensión culturalmente condicionado, pero parafraseando a GUERRA CERRÓN, éste no es suficiente, aún falta que los Magistrados, en general, interioricen qué es lo que significa que el Perú sea un país multicultural y la implicancia de ello²¹⁹⁰.

La verdadera integración social pasa por acoger normativamente aquellos vacíos que permiten la inequidad e injusticia del Estado, para con los sectores de la población nacional -excluidos-, del sistema de garantías que fluye del ordenamiento jurídico.

2189 Así, ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 705; BASÍLICO, R.; *La Comprensión de la Norma como Garantía del Sistema Penal...*, cit., p. 587; CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit., p. 232.

2190 GUERRA CERRÓN, M. E.; *Hacia una Justicia de Paz...*, cit., ps. 40-41.

Una reformulación normativa que debe ser complementada, con una eficaz Administración de Justicia, que pueda resolver la conflictividad social, en sujeción a los valores y costumbres, propios de las comunidades nativas y campesinas; siempre y cuando sean compatibles con el contenido sustancial de los derechos humanos, tal como lo concibe la Ley Fundamental en su artículo 149°.

El Estado, representado en este caso por quienes deben hacer cumplir la ley, debe valorar la interrelación de culturas²¹⁹¹. La necesaria integración, para consolidar la unidad nacional, debe hacerse, (...), buscando la convergencia en el respeto de los derechos fundamentales²¹⁹².

Por otro lado, una Justicia -en realidad democrática-, necesita que dichos magistrados sean "ciudadanos" pertenecientes a dichas comunidades, pues sólo ellos están en capacidad de aplicar con justicia y corrección, los valores que se compaginan en el Derecho consuetudinario en armonía con los principios del derecho positivo vigente.

La Dra. GUERRA CERRÓN ha realizado un estudio concienzudo sobre la problemática en cuestión, apuntando lo siguiente "Un tema que resalta es que el Juez de Paz no está obligado a conocer las normas objetivas, y mucho menos aplicarlas, ya que, en principio, los Jueces de Paz son conciliadores natos que resuelven los conflictos teniendo en cuenta la idiosincrasia de los pobladores. Los usos, costumbres y tradiciones se han convertido en normas que a través del tiempo han sido legitimados por la comunidad y que se identifican con su cultura. Los Jueces de Paz sí deben conocer necesariamente los derechos fundamentales y constitucionales para protegerlos y evitar que sean vulnerados. Deben conocer cuáles son sus derechos, obligaciones, limitaciones y ámbito de competencia²¹⁹³.

Urge una reforma legislativa en este sentido, a fin de conciliar la política criminal con la política social y la política jurisdiccional a la vez, como universos que se integran en un proyecto de alcance nacional: de reducir los márgenes de exclusión social y de ofrecer soluciones punitivas racionales a la criminalidad que se gesta en los pueblos y comunidades de nuestro país.

2191 BASÍLICO, R.; *La Comprensión de la Norma como Garantía del Sistema Penal...*, cit., p. 587.

2192 CEREZO MIR, J.; *La Regulación del Error de Prohibición...*, cit., p. 239.

2193 GUERRA CERRÓN, M. E.; *Hacia una Justicia de Paz...*, cit., ps. 49-50.

CAPÍTULO XVIII

LA NO EXIGIBILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO DISTINTO

Sumario: 1. Consideraciones Preliminares. 2. Evolución Histórica. 2.1 *Teoría Psicológica de la Culpabilidad*. 2.2 *Teoría Final de la Acción*. 2.3 *La Posición Sistemática de la Exigibilidad ¿Una Categoría Intermedia: Responsabilidad por el Hecho?*. 2.4 *Toma de Posición*. 3. El Estado de Necesidad Disculpante. 3.1 *Naturaleza Jurídica*. 3.2 *Requisitos*. 3.3 *Restricciones*. 4. Miedo Insuperable. 4.1 *Generalidades*. 4.2 *Requisitos*. 4.3 *El Error*.

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 trasladada a un juicio de imputación individual, el reproche que recae 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 psico-motrices 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, decaendo 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 reprobación 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 sólo 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 queda 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 sólo 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 sólo 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 placer²¹⁹⁴.

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,

2194 RUDOLPHI, H. J.; *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, cit., p. 84.

la compensación de la infracción que pone en peligro la vigencia de la norma, perturbando incluso la paz jurídica en vez de restaurarla²¹⁹⁵.

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 comportamientos lícitos y, por ello, también la punibilidad de tales conductas²¹⁹⁶.

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 mismo²¹⁹⁷.

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, ésta 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 pena²¹⁹⁸.

La exigibilidad busca establecer si el agente pudo o no adecuar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico²¹⁹⁹; (...) 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 acción²²⁰⁰;

2195 FREUND, G.; *Sobre la Función Legitimadora de la Idea de Fin en el Sistema Integral...*, cit., ps. 99-100.

2196 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 311; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 248; POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 338.

2197 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 249.

2198 FRISCH, W.; *Delito y Sistema del Delito*, cit., p. 221.

2199 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*. Vol. I, cit., p. 232.

2200 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, cit., p. 712; Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 562.

como marco valorativo que permite al intérprete de la Ley establecer márgenes reales de obediencia normativa, conforme a parámetros racionales de exigencia.

La aparición de la exigibilidad —como criterio regulador— no se puede decir que obedezca a un hecho fortuito, sino a la evolución epistemológica de la culpabilidad, conforme a una concepción normativa. Con GOLDSCHMIDT, se establece que la culpabilidad supone la infracción de un deber normativo, pero FREUDENTHAL, como expone CEREZO MIR, da un paso más y propuso el reconocimiento de la inexigibilidad de otra conducta, adecuada a la norma, como una causa general, supralegal, de exclusión de culpabilidad²²⁰¹. MEZGER concebía a la “no exigibilidad” como una causa de exclusión de la culpabilidad tanto en el ámbito del dolo como en el de la culpa²²⁰².

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 una juicio «individualizador» del análisis de culpabilidad, de que el juez pueda adentrarse al 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 normativo²²⁰³; 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 Especial²²⁰⁴.

2201 CEREZO MIR, J.; *El Delito como Acción Culpable*, cit., p. 24; Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 649.

2202 MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 272; Ver, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, VI, cit., p. 230.

2203 Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal*, VI, cit., p. 232.

2204 Así, el artículo 127º del CP (Abandono de persona en peligro), nótese que en este caso, el autor (sujeto activo) no tiene en realidad una posición de Garante, sino el deber de actuar se funda en un deber de solidaridad de naturaleza comunitaria; pues la construcción típica establece que la omisión parte de un estado de necesidad no provocado por el autor “*encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado grave e inminente peligro (...)*; y más adelante determina el nivel normativo de exigibilidad “*(...) omite prestarle auxilio inmediato o pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero*”; esto quiere decir, que la exigencia del mandato normativo se condiciona a la inconcurrencia de un peligro serio para el autor, serio no será cuando el ciudadano no presta el auxilio para evitar ensuciar su atuendo. La exigibilidad se determina en todo caso, en la ausencia de peligro para los bienes jurídicos fundamentales, pues su concurrencia afecta una motivación normal arreglada a derecho; Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., ps. 650-651; Cfr., PEÑA CABRERA Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 305-310.

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, surge 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 derecho²²⁰⁵.

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 derecho²²⁰⁶.

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 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 sólo uno de los factores que deciden sobre la responsabilidad jurídico-penal²²⁰⁷.

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-especiales²²⁰⁸. Posición que ha suscitado ciertas críticas.

2205 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, cit., p. 232.

2206 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 312.

2207 ROXIN, C.: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 91.

2208 RUDOLPHI, H. J.; *El Fin del Derecho Penal del Estado...*, cit., p. 85.

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 reprochabilidad²²⁰⁹.

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 pena²²¹⁰.

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 sólo por los hechos que le pertenecen en cuanto producto de su motivación normal)²²¹¹.

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 racional²²¹².

¿Resulta necesario la inclusión de la categoría de la «responsabilidad», a fin de dar cabida a los «estados de inexigibilidad»? 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

2209 STRATENWERTH G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 314; Ver AMELUNG, Knut; *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*, cit., ps. 104-107.

2210 Para ZAFFARONI, el fundamento del estado de necesidad exculpante es la notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación constelacional en que realiza la acción, lo que neutraliza la posibilidad de reproche; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 715; descarta, entonces, cualquier posibilidad de remisión a los fines de la pena.

2211 MIR PUIG, S.; *Introducción a las Bases del Derecho Penal...*, cit., p. 139.

2212 MIR PUIG, S.; *Introducción a las Bases del Derecho Penal...*, cit., p. 139.

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.

Conforme 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 sólo 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 aconsejan²²¹³.

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

2213 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*, cit., p. 8; así, RUDOLPHI, H.J.; *El fin del Derecho Penal del Estado*, cit., p. 84; FRISCH, W.; *Delito y Sistema del Delito*, cit., p. 221; Para CEREZO MIR, en las causas de inculpabilidad basadas en la idea de no exigibilidad de otra conducta se da, sin duda, una menor gravedad de lo injusto, del desvalor de la acción y en ocasiones del desvalor del resultado y la exclusión de culpabilidad, o de la culpabilidad jurídico-penalmente relevante, lleva implícita la referencia a un criterio generalizador; *El Delito como acción culpable*, cit., p. 48; Ver al respecto, ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 716.

necesidad disculpante o miedo insuperable, con la consiguiente confusión entre éstos 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"²²¹⁴.

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 teleológica diferenciada; la no exigibilidad de una conducta distinta a la cometida va a impedir la formulación del juicio de reproche culpabilista, puesto que ésta es distinta a la efectuada como principio informador del Derecho penal y del ordenamiento jurídico en general²²¹⁵.

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"²²¹⁶.

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.

Para MUÑOZ CONDE "la no exigibilidad de otra conducta no es privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico"²²¹⁷.

2214 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático...*, cit., p.

2215 DEL ROSAL / VIVES ANTON; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 689.

2216 SCHÜNEMANN B.; *La Función de Delimitación de Injusto y Culpabilidad*, pp. 205 y ss. En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. J. M. Silva SANCHEZ / B. SCHÜNEMANN / J. DE FIGUEIREDO DIAS. J. M. Bosch Editor - S.A., Barcelona.

2217 MUÑOZ CONDE y otro; *Derecho Penal. Parte General*; cit., ps. 399-416.

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 obvie de la pena y no así con respecto a la medida de seguridad, la libertad humana es el contenido material que anida todo el sistema de punición²²¹⁸.

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»²²¹⁹. Para poder comprender mejor esta categoría sistémica, analizaremos cuál ha sido su tratamiento en la evolución del saber jurídico-penal.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

2.1. Teoría Psicológica de la Culpabilidad

Postura doctrinal, no suficientemente idónea, para explicar con suficiencia y de dotar de significado dogmático a las «Causas de Exculpación»; si la Culpabilidad era entendida como un mero nexo psicológico entre el injusto cometido y el autor, no podía fundamentarse cómo excluir la culpabilidad en situaciones como el «Miedo Insuperable», situación en la que no puede demostrarse la concurrencia de tal elemento; éste no supone la ausencia de dolo o de culpa.

En cambio, la Teoría Normativa de la Culpabilidad apeló al criterio valorativo de la reprochabilidad. FRANK, precursor de esta posición teórica, habla en este sentido de «circunstancias concomitantes». Cuando llegan a resultar totalmente anormales, no cabe el reproche y se excluye la culpabilidad.

GOLDSCHMIDT, desde una posición imperativa de la norma, ideó el concepto de norma de deber, dirigido a motivar el comportamiento interno del sujeto, como contrapuestas a las «normas de Derecho» prohibitivas de la conducta externa; mientras que la infracción de estas últimas determinaría la antijuridicidad, la infracción de las «normas de deber» fundaría la reprochabilidad necesaria para la culpabilidad.

2218 Vide, al respecto, ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., ps. 712-713.

2219 En MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN; ps. 608 - 617.

2.2. Teoría Final de la Acción (WELZEL)

Concebía a la culpabilidad en base «al poder actuar de otro modo», sustentación que le impidió comprender coherentemente, la exclusión de la responsabilidad por el hecho, a situaciones como la del Estado de Necesidad Exculpante.

En tal situación, no es preciso que el sujeto deje de tener la posibilidad (libertad) de actuar conforme a Derecho, sino que basta que hubiese reaccionado como el término medio de los hombres²²²⁰.

En esta hipótesis, confluye una disminución notable del poder actuar de otro modo (Culpabilidad) y una disminución del Injusto de la acción por la salvación de un bien jurídico (WELZEL).

Las «Causas de Exculpación» no tienen la virtud de excluir la culpabilidad, sino que se constituyen en una disculpa, debido a una disminución del injusto y del grado de reproche atribuible (Culpabilidad).

Esta tesis no es coherente con un empleo correcto, que delimite coherentemente el Injusto de la Culpabilidad, de que el Derecho renuncie a la imposición de una pena por la insignificancia del Injusto culpable que subsiste.

En definitiva, las Causas de Exculpación no pueden encontrar su sustento legitimador, a partir de una culpabilidad basada en el «poder actuar de otro modo» por su carácter indemostrable, sino en una ausencia de responsabilidad penal, que presupone una situación motivacional, en la cual no sea exigible evitar el injusto a un hombre normal: «Le falta al autor la capacidad de adoptar su decisión con arreglo a las leyes de una motivación normal»²²²¹.

Las Causas de Exculpación deben derivarse de un déficit de motivación normativa, ante determinadas situaciones excepcionales -que producen una presión psicológica intensa-, en las cuales el hombre normal hubiera sucumbido, por lo tanto el Derecho renuncia a la pena por no poder exigir al ciudadano comportarse de forma estoica o de heroísmo puro; ello negaría la naturaleza ontológica, es decir, imperfecta del ser humano.

Surgen también razones de prevención general (decae la necesidad del castigo) y de prevención especial; no resulta necesaria la pretendida resocialización, al verse involucrado el agente en una situación excepcional, que difícilmente volverá a repetirse, de cara a futuro.

2220 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 545 y ss.

2221 MIR PUIG, S.; *Ibidem*.

2.3. La Posición Sistemática de la Exigibilidad - ¿Una Categoría Intermedia: Responsabilidad por el Hecho?²²²²

Sustentada inicialmente por MAURACH en la doctrina germana y por JIMENEZ 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”²²²³.

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 dominante 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 reprochabilidad.²²²⁴ 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 valoraciones²²²⁵. 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 ésta.

2222 Posición doctrinal asumida por BACIGALUPO, que ubica a las Causas de Exculpación, producto de la no Exigibilidad en una posición intermedia entre las Causas de Justificación y la Culpabilidad en sentido estricto; *Principios de Derecho Penal*, cit.; ps. 278-287; En contra, WOLTER, J.; *Las causas constitucionales de exclusión del Tipo...*, cit., p. 8.

2223 BACIGALUPO, E.; *Ibidem*.

2224 Para este autor, la disminución de la ilicitud, significa siempre al mismo tiempo disminución de la culpabilidad.

2225 En este sentido A. KAUFMANN, citado por BACIGALUPO; *Ibidem*.

La argumentación de KAUFMANN, da por probado, lo que en realidad hay que probar²²²⁶.

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 prohibida²²²⁷. 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 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

2226 Este autor, fiel a los conceptos esgrimidos por la teoría final de la acción, justifica la necesidad de concebir al Injusto como contrariedad a una norma imperativa. Para este autor la culpabilidad debe comprender: capacidad de acción (*Handlungsfähigkeit*) y capacidad de motivación; el sujeto debe estar en condiciones de dejarse motivar por el deber, KAUFMANN "capacidad para cumplir el deber, coincide con la capacidad de motivación por la norma", tal como es concebida la teoría de la culpabilidad de WELZEL. Según esta posición teórica sólo cuando el sujeto tenga el deber de hacer o de omitir algo, surgirá pues, la capacidad de motivabilidad normativa. En realidad y en esto se equivocaron los partidarios del Finalismo, los deberes personales derivados de la existencia de una norma sólo surgen cuando se cumplen todos los requisitos de la Relación Normativa. Aceptar que existe un deber jurídico de realizar algo cuando el sujeto desconoce en forma invencible la vigencia de la norma o que por determinadas circunstancias de déficits psicopatológicos (imputabilidad) el sujeto no está en posibilidades de comprender el alcance de la norma, de esta forma no se va a poder obtener lo que a él se requiere (amoldar su comportamiento conforme a Derecho); aquello supone renunciar de hecho a una visión instrumental-directiva de la norma (...autor). El error en el cual incurren los partidarios de una visión imperativa de la norma, es de seguir operando con un concepto de norma valorativa, interpretándose que ya la norma promulgada refleja la lesividad del hecho, que es un componente esencial de la antijuridicidad. La efectividad de las normas dependerá pues de la posición en concreto del individuo, que en realidad conozca la norma y que se encuentre el condiciones psicofísicas convenientes para adecuar su conducta conforme al directivo de conducta, es decir, la dación de las normas formula una instrumentalización en abstracto y en concreto en relación con los individuos.

2227 Citado por WOLTER, J.; *Las Causas Constitucionales de Exclusión del Tipo...*, cit., p. 6; Ver, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 249.

injusto penal inicialmente indicado en el tipo, llegándose a una situación similar a la que se da en determinadas hipótesis de atipicidad²²²⁸.

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 categoría²²²⁹; se advierte por lo tanto, que la prescindencia de pena, tiene más que ver con la ilicitud del hecho que con la culpabilidad del 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 antijuridicidad²²³⁰. 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.

2228 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La Categoría de la Antijuridicidad en Derecho Penal*, cit., p. 361.

2229 Citado por DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La Categoría de la Antijuridicidad en Derecho Penal*, cit., ps. 376-377; Así también, JAVIER AGOSTINETTI, M.; *La Culpabilidad*, cit., ps. 480-481.

2230 CEREZO MIR, J.; *El Delito como Acción Culpable*, cit., p. 49.

2.4. Toma de Posición

La disminución de lo ilícito no depende de la culpabilidad; antijuridicidad y culpabilidad son dos categorías autónomas y de valoración independiente, la no exigibilidad tendrá efectos eximentes aún en aquellos individuos declarados inimputables, aunque pueda hablarse de un menor contenido del injusto en algunos casos.

Retomar como fundamento de la exclusión de culpabilidad en el estado de necesidad exculpante la situación reductora de la autodeterminación y no el menor injusto, evita contradicciones insalvables, al tiempo que previene cualquier confusión entre culpabilidad e injusto, asevera ZAFFARONI²²³¹.

A nuestra consideración, dicha delimitación en un plano de valor dogmático, se salva también con la específica sustentación, de que en estos casos se trata de una capacidad de motivación normativa «anormal», que reduce notablemente el grado de reproche individual, con el añadido de una complementación con los fines preventivos de la pena.

Las llamadas «Causas de Disculpantes», nada tienen que ver con la cuantificación de la culpabilidad *strictu sensu*, pues proceden aún cuando el autor no resulta siendo culpable.

El hecho o no de ubicar estas causas disculpantes en una categoría intermedia o de apreciar su valoración en la misma categoría dogmática de la culpabilidad, a nuestro juicio no merece relevancia alguna²²³².

Lo que sí adquiere relevancia, es que su valoración debe ser previa al juicio de la culpabilidad concebida en sentido estricto (imputación individual), pues, resultará en realidad irrelevante realizar el juicio de culpabilidad cuando ya se había demostrado que el sujeto se encontraba en una situación de excepcionalidad que produjo una perturbación en su capacidad de motivabilidad normativa, acción antijurídica que pudo evitar realizar: en consecuencia permanece subsistente el carácter de Injusto pero sucumbe indefectiblemente el merecimiento de una sanción punitiva tan drástica, como lo es la pena²²³³, por motivos político-criminales, en armonía con los fines preventivos de la pena.

2231 ZAFFARONI, E. R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 717.

2232 Señala SCHÜNEMANN que la "Responsabilidad por el Hecho" se halla aún sometida a discusión, sea como estudio previo a la culpabilidad en el sentido de MAURACH: op. cit., p. 45; AMELUNG las considera como propias causas de exclusión del Injusto penal, diferenciadas en el plano del Injusto por GÜNTHER.; AMELUNG KNUT, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Atehenaum, Frankfurt M., 1972.

2233 ROXIN, acerca de la categoría de la responsabilidad por el hecho, señala que no es necesario que los casos de Estado de Necesidad Disculpante y los excesos de Legítima Defensa, deban ser agrupados en una categoría intermedia. ROXIN entiende la antijuridicidad como el sentido del "ámbito de solución de los conflictos sociales" y la culpabilidad

Finalmente, no se trata de una «cláusula general supralegal de exclusión de pena», pues su admisión está condicionada a los supuestos previstos en la Ley, a una comprensión reglada de constelación de casos.

“Un Derecho Penal Democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. En consecuencia, las conductas que implican la realización de grandes sacrificios, no son exigibles”²²³⁴.

3. EL ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE

3.1. Naturaleza Jurídica

El «estado de necesidad disculpante», se comprende normativamente bajo el estado de inexigibilidad, donde el autor, a fin de 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.

(responsabilidad) es In esencial, como una cuestión de la necesidad de sanción, que debe responder de acuerdo con los fines de la pena. ROXIN piensa, que en el Estado de Necesidad Disculpante, la renuncia a la pena se fundamenta en una reducción de la ilicitud, sino en la ausencia de razones preventivas que la impongan. ROXIN ve precisamente como dice SCHUNEMANN, en el estado de necesidad exculpante un caso paradigmático de la ampliación de la culpabilidad en sentido estricto hacia el escalón sistemático de la responsabilidad, en cambio GIMBERNAT mantiene la calificación de causa de justificación, manteniéndose en el terreno de la teoría unitaria.; citado por BACIGALUPO, ob.cit; SCHUNEMANN; cit., p. 230 y ss.; a nuestro entender, el decaimiento de necesidad de pena tiene que ver con el fin preventivo especial de la pena: el sujeto estuvo sometido en una situación excepcional, que difícilmente lo volverá a vivir, por ende, no es necesitado de rehabilitación y por motivos de prevención general: la sociedad no demandará la aplicación de una sanción ante tales circunstancias; podríamos también fundamentarlo en razones de política criminal, el Estado renuncia a la pena porque ésta -en dichas circunstancias- pierde su efecto penalizador; JAKOBS es de posición semejante al aceptar que la necesidad de reacción penal es un problema de culpabilidad, en cuyo ámbito debe tener lugar la sistematización de la importancia de la infracción de la norma. La explicación de la Disculpa fundada en el Estado de Necesidad, debe deducir “observando el fin de la pena”. Reúne en una Única categoría, eximentes que se fundamentan en la disminución de lo ilícito con otras que nada afectan la ilicitud. En síntesis, el hecho no es sancionado penalmente, a pesar de que el autor pudo haberse comportado de manera distinta; en consecuencia, era capaz de motivación (imputable) y tenía conciencia de la desaprobación jurídico-penal de su comportamiento (Error de prohibición). En base, al Principio de Accesoriedad Limitada, los partícipes intervinientes no serían eximidos de pena, pero si ellos actúan también bajo el mismo contexto disculpante, sí operaría la no punibilidad. Por consiguiente, en los Estados de Disculpa, se produce una disminución muy acentuada de la libertad de decisión que caracteriza al autor individual.

2234 Así, POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 345.

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 distinto²²³⁵, la notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación concreta de la acción²²³⁶.

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 equivalentes²²³⁷. 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.

En principio, opera sobre bienes e intereses de igual rango prelativo²²³⁸, 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-, aquél 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

2235 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 563.

2236 ZAFFARONI, E. R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 715.

2237 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 650.

2238 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, son de la opinión que nada impide que también aquí opere como Causa de Justificación, pues no se trata sólo de comparar el valor de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar al otro era la única vía adecuada, dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria; quien en un incendio, procura la salida de algunos en desmedro de otros, actúa justificadamente, por más que la vida de los demás sea, desde un punto de vista jurídico, igualmente valiosa; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 409; el caso de un médico, que ante las circunstancias de carencias materiales, sólo está en la posibilidad de suministrar medicación a algunos pacientes, eligiendo a los más necesitados, podrá resultar que los que no la recibieron fallezcan, entonces, puede considerarse dicho comportamiento la única opción que tenía el galeno, por ende, su comportamiento sería justificado y no habría necesidad de evaluar una posible aplicación del estado de necesidad disculpante: Para GIMBERNAT el Estado Disculpante debe ser tratado como una Causa de Justificación: FS für WELZEL, 1974, pp. 485 y ss.

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 (...) ²²³⁹. El clásico ejemplo, del náufrago que impide a otro náufrago 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 ²²⁴⁰; 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 ²²⁴¹. De todos 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.

2239 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 353.

2240 Vide, al respecto, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 250; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 563; ZAFFARONI, E. R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 718.

2241 ZAFFARONI, E. R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 717. Para STRATENWERTH, la problemática en cuestión resulta dudosa, *Derecho Penal...*, cit., p. 315.

En todo caso rige el «principio de proporcionalidad», esto quiere decir la adecuación entre el mal causado y el daño que se pretende evitar²²⁴². 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.

Para PEÑA CABRERA “el apartamiento del peligro es la clave para disminuir la cantidad del Injusto de la acción y, consecuentemente, la afectación importante del contenido de culpabilidad que carga el sujeto en su vinculación con el hecho”. La conducta desvalorada o lesionante de algún bien jurídico, debe ser el resultado del estado motivacional producido por el peligro amenazante, sobre intereses propios o de persona vinculante al mismo.

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 preponderante, des-valor 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 peligro²²⁴³, en atención a una diversidad de circunstancias (Deber de Garante²²⁴⁴) o si éste fue el provo-

2242 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 317.

2243 Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 251.

2244 El siniestro acontecido en Julio del año 2002, en la discoteca “Utopía” del distrito de Surco, que cobró varias víctimas, así como un número considerable de heridos, fue originado por dos riesgos concurrentes; primero por los dueños del local que no contaba con las medidas de seguridad necesarias para poder asegurar la vida de sus visitantes: no contaba con puertas de emergencia, suficientes y debidamente señaladas, asimismo sus extintores se encontraban desperfectos, más aún por carecer de licencia de funcionamiento respectiva. Por lo tanto se les imputa la ausencia de medidas de seguridad necesarias para evitar la propagación del incendio y garantizar la salida del público. En estos casos se les puede imputar el riesgo producido por ser garantes y haber incumplido sus deberes al lesionar la norma de cuidado. En cuanto al segundo riesgo creado por el malabarista del fuego, éste fue producto de un obrar negligente aunque éste confiaba que el recinto detentaba con todos los mecanismos de seguridad necesarios para evitar riesgos ante la iniciación de un posible peligro (Principio de Confianza). Por consiguiente, estos intervinientes responsables, no podían realizar una acción de salvaguarda de sus bienes en desmedro de las personas concurrentes a la discoteca. A los primeros se les imputa el resultado por comisión por omisión imprudente y al iniciador del incendio por un delito culposo comisivo (art. 273° del CP); un caso parecido aconteció en España, es el caso Alcalá (TS de 17 de Junio de 1995), en el cual nos relata Gimbernat, que perecieron más de 80 personas y resultaron lesionados numerosos clientes, se produjeron esos resultados catastróficos porque los titulares de la empresa, condenados por homicidios, lesiones y daños imprudentes,

cador 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 éstos 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 riesgo²²⁴⁵.

3.2. 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 denota una extensión más amplia²²⁴⁶.

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

infringieron masivamente los preceptos administrativos en relación con las medidas de prevención de incendios que debían ser instalados en el local; (...), no se habla instalado en la medida exigida ni extintores ni bocas de riego- y facilitar una rápida evacuación de los clientes -las salidas de emergencia, en contra de lo prescrito en el Derecho de policía, eran demasiado escasas y demasiado estrechas-; que, por consiguiente, todas estas normas extra-penales persiguen mantener lo más bajo posible el peligro para las personas y para las cosas en el caso se declare un incendio y que tan incendio es el que surge de un cortocircuito como el que tiene su origen en una mano asesina que prende fuego como una cerilla a una cortina no ignifugada; Omisión *impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa*, cit., ps. 14-15.

2245 ZAFFARONI, E. R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II. cit., p. 716; LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 651.

2246 A diferencia del Código Penal español (art. 20.5°), que no reconoce ninguna limitación respecto a los bienes o intereses jurídicos que pueden ser susceptibles de salvamento en una situación de necesidad. Al igual como lo prescribe el Código Penal alemán, parágrafo 35, los bienes que también pueden ser salvados, son los pertenecientes a un pariente o persona cercana.

el caso del bien "libertad", sólo será de aplicación la llamada "libertad ambulatoria", esto es, la libertad personal²²⁴⁷, 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 anterior²²⁴⁸.

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 salvación²²⁴⁹; 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 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).

3.2. Restricciones

Cuando el autor estuviese obligado a soportar el peligro o cuando éste 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.

2247 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 316.

2248 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 563; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 316-317; ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 718.

2249 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 251.

Asimismo, aparecen en todo caso determinadas relaciones de carácter institucional, legal o contractual. -v.gr., deberes de garantía²²⁵⁰-, 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».

4. EL MIEDO INSUPERABLE

4.1. 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, éste 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

2250 Según la teoría de la "Fundamentación Formal", propugnada por BAUMANN, WELZEL, y JIMÉNEZ DE ASÚA, se aduce que el deber de garante halla su sustento en tres fuentes: 1. En la ley, como precepto o norma jurídica de carácter general. 2. Del contrato, como manifestación de voluntad dirigida a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y, 3. La injerencia, el hecho de intervenir a través de acciones riesgosas en bienes ajenos, lo que genera un deber de actuar o de salvaguarda.

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 motivabilidad²²⁵¹. Basta que falte al autor la capacidad de adoptar su decisión con arreglo a las leyes de una motivación normal²²⁵².

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 culpabilidad²²⁵³; 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"*.

2251 Así, Javier AGOSTINETTI, M.; *La Culpabilidad*, cit., ps. 494-495; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*.

2252 PAREDES VARGAS, César Augusto: *La Eximente de Miedo Insuperable*. En: Libro Homenaje al profesor Raúl PEÑA CABRERA, T. I. cit., p. 869.

2253 El Miedo Insuperable es concebido por parte de la doctrina española, como un estado particular del Estado de Necesidad Excluyente de la responsabilidad por el hecho (Regulación superflua: FERRER SAMA, QUINTANO RIPOLLÉS); BACIGALUPO, E.; *Principios de Derecho Penal*, cit., ps. 290 y ss.

Esta regulación prevé la situación de quien sufre la incidencia de factor externo que le provoca temor, basado en un mal real o imaginario, que debe ser insuperable, es decir, que no deje otra posibilidad de actuar²²⁵⁴.

Se advierte una cierta homogeneidad en el marco de la construcción normativa del miedo insuperable, pero nótese que sólo 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.

MIR PUIG, escribe que: «El Miedo Insuperable no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto».

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 mental que supone la vivencia del miedo (JIMENEZ 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).

2254 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 222 y ss.

El hecho de explicar la naturaleza del miedo, desde una concepción psicológica, provoca la confusión antes anotada²²⁵⁵; 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.

Parafraseando a PEÑA CABRERA "el miedo puede provenir de un peligro objetivamente real, aunque también por la visualización de un peligro no existente (irreal), pero, percibido como tal por el sujeto, que acorde con las circunstancias concomitantes produzcan en el sujeto la representación errónea de un peligro *ex ante*"²²⁵⁶.

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 causarlo²²⁵⁷; 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-²²⁵⁸.

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 BENITEZ desplaza esta eximente de una noción psicológica a una normativa, para dejar su confusión del Estado de Necesidad y asimismo de la grave alteración de la conciencia; ante tal percepción norma-

2255 Al respecto vide, DÍAZ PALOS, F.; *La Jurisprudencia Penal ante la Dogmática Jurídica y la Política Criminal*, cit., ps. 102-103.

2256 GIMBERNAT, sostiene, sin embargo, que se trata de una Causa de Justificación, ello se debe -según su opinión- a que la culpabilidad sólo falta cuando el sujeto no es motivable por la norma y ello no sucede en el Miedo Insuperable. Pero, según la posición tomada, ninguna causa de exclusión de responsabilidad penal supone la absoluta imposibilidad de motivar, sino sólo la anormalidad en la motivación; cuando la motivación es totalmente imposible, no tiene sentido ni siquiera prohibir el hecho. En cuanto al mal amenazado, para que opere la eximente, debe ser lo suficientemente idóneo e intenso en la representación del autor en la situación en concreto, es decir, *ex ante*, que produzcan en su ánimo una profunda perturbación que de modo inevitable lo conduzca contra su voluntad a realizar el hecho.

2257 BACIGALUPO, E.: cit., ps. 290-291.

2258 Para BACIGALUPO, la significación práctica del miedo y naturalmente de esta eximente queda totalmente anulada: habiendo ya una eximente que excluye la pena con menos requisitos, carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de aquéllos; *Principios de Derecho Penal*, cit., p. 290.

tiva, 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, éste 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; vgr., 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 definición²²⁵⁹.

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 temporal²²⁶⁰; 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 culpable, 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; ésta 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)²²⁶¹.

2259 POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 347; Así, BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 354.

2260 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 317.

2261 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 354.

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 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 padece²²⁶².

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 socio-cultural, 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.

2262 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., ps. 222 y ss; POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 347; GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 317-318; MELENDO PARDOS, M.; *La no Exigibilidad...*, cit., p. 885.

PAREDES VARGAS, que ha analizado el tema en profundidad en la doctrina nacional, es de la opinión que lo que debe ser objeto de discusión y análisis son las premisas o instituciones normativas a partir de las cuales se defiende 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 conducta²²⁶³.

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.

4.2. Requisitos

- a) El miedo previsto en la norma, es un estado normativo de naturaleza individual, producto de situaciones externas concomitantes a la comisión del injusto penal, mas no endógenas o patológicas, ya que éstas afectarían a la Imputabilidad (juicio de culpabilidad en sentido estricto)²²⁶⁴ Son estímulos externos producto de acontecimientos externos.

Como bien señala MIR PUIG "el miedo no tiene porqué llegar a consistir en una situación subjetiva cuya vivencia prive al sujeto de su lucidez o fuerza de voluntad, al modo de una especie de trastorno mental transitorio, no se le debe confundir con terror sino como un temor insuperable, no se exige una perturbación angustiosa del ánimo"²²⁶⁵.

2263 PAREDES VARGAS, C.A.; *La Eximente de Miedo Insuperable*, cit., p. 877.

2264 Así, HINOSTROZA PARIACHI, C.; *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 186.

2265 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 615.

- b) El miedo debe ser «Insuperable», difícilmente superable debido a la magnitud de su efecto psicológico, se diferencia con la grave alteración de la conciencia que se concreta en el sujeto individual, y no como en este caso, que también toma consideración la persona concreta en la situación concreta, pero el autor conserva márgenes de conducción conforme a derecho. La poca intensidad objetiva no puede pretender el amparo de la eximente en comento. Un cuadro patológico que haga más vulnerable al individuo, deberá evaluarse en el campo de la Imputabilidad y no en los estados de no Exigibilidad; lo que interesa para evaluar la configuración de esta eximente, es la objetivación del hecho como tal, según las características personales del sujeto, así como de las particularidades del evento en concreto.

Siendo así, el miedo debe tener la suficiente intensidad para doblegar la voluntad del autor —pero debe quedar latente la posibilidad de obrar de modo distinto—; por otra parte, el miedo debe haber paralizado totalmente las facultades psíquicas del sujeto, de no ser así, estaríamos frente a una eximente incompleta (art. 21° del CP).

- c) El miedo Insuperable, además de ser real, debe significar una amenaza latente -de un mal igual o mayor- en comparación al Injusto penal cometido por el autor bajo el contexto del miedo. La producción del acto desvalorado debe ser consecuencia inmediata del miedo que altera la voluntad del autor (nexo de inmediatez).

Sin embargo, el miedo puede estar latente en el marco de una situación duradera sin que sea necesaria la concurrencia de una amenaza concreta de lesión, (...) la eximente de miedo insuperable puede aplicarse también en los casos de “peligro futuro o duradero”, en los que no quepa esperar en el transcurso del tiempo una mejora de las posibilidades de defensa o evitación del peligro²²⁶⁶; v.gr., la esposa (concubina) que constantemente es maltratada -física y psicológicamente- por su marido, ya de por sí afectada en su esfera emotiva, no ha de esperar una actitud concreta de amenaza de lesión (pues en tal caso se configura una legítima defensa), sino que la propia permanencia de dicho estado puede eximir de responsabilidad ante el despliegue de una conducta antijurídica, lesiva a los bienes jurídicos de un tercero.

El hecho de ser impulsado bajo la amenaza y el miedo que ésta produce, impide exigir una proporción exacta de la reacción agresiva. Ejemplo: La amenaza del agente delictivo de ultrajar sexualmente a su hija, si es que el padre no le entrega las llaves de la bóveda del banco en el cual trabaja, es pues una amenaza que causa un miedo lo suficientemente intenso para doblegar su voluntad.

2266 PAREDES VARGAS, C.A.; *La Eximente de Miedo Insuperable*, cit., p. 879.

El mal amenazante no puede ser consecuencia de una actividad o decisión lícita, pues el hecho de recibir una respuesta legal que emana de la autoridad competente, que cause un estado de afectación a un bien jurídico, de ningún modo puede admitir como disculpa una reacción agresiva, producto del miedo que ésta genera, como consecuencia normal de verse privado de un bien jurídico²²⁶⁷. El imputado que es condenado a pena efectiva de carcelería, al final del procedimiento penal, por más que haya comparecido a la instancia jurisdiccional en un régimen de libertad, debe esperar ya una probable decisión de condena, que ya de por sí la convierte en una situación previsible, incapaz -por tanto- de generar una reducción en la capacidad de motivación normativa, que da lugar al miedo insuperable; no sería admisible la eximente *in examine*, si el condenado a fin de eludir su encarcelamiento propina lesiones graves o la muerte de sus custodios.

De igual modo, que en el caso del estado de necesidad disculpante, para apreciar el miedo insuperable el autor no debe estar obligado a soportar la amenaza del mal, esto es, la realización de ciertas profesiones u oficios, generan ciertos deberes en cuanto a la salvaguarda de bienes jurídicos, por lo que la exigibilidad es mayor que ante un ciudadano común y corriente²²⁶⁸. El hecho que asuman actividades riesgosas, no los excluye de poder cobijarse bajo esta eximente, cuando la amenaza de lesión es muy intensa, pues tampoco puede exigirse acciones que supongan sacrificios innecesarios.

La relación de parentesco o el vínculo sentimental (amical) del sujeto pasivo del mal amenazante y del autor, es un presupuesto también importante para apreciar la eximente en cuestión, pues el temor de afectación a un bien jurídico, es también parte de la justificación axiológica del miedo insuperable. Tal vínculo existe, cuando dichos bienes son precisamente, los del propio autor: pero también cuando aquellos pertenecen a una persona con la que el autor está vinculado por ciertos vínculos de afecto que puedan fundamentar la resolución parcial del conflicto²²⁶⁹.

4.3. El Error

El error sobre la apreciación del mal amenazante, así cuando el sujeto cree erróneamente que concurre cuando realmente no es así, puede determinar la misma situación de «anormalidad motivacional» en el sujeto, exigida para la

2267 ASÍ, PAREDES VARGAS, C.A.; *La Eximente de Miedo Insuperable*, cit., p. 881; DÍAZ PALOS, F.; *La Jurisprudencia Penal ante la Dogmática Jurídica y la Política Criminal*, cit., p. 102.

2268 ASÍ, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 318.

2269 PAREDES VARGAS, C.A.; *La Eximente de Miedo Insuperable*, cit., p. 883.

exclusión de responsabilidad penal, siempre y cuando tenga una justificación racional.

La suposición errónea de una amenaza basada en apreciaciones puramente subjetivistas, aquella que sólo concurre en la mente del autor, provoca una efectiva falta de las condiciones necesarias que se exigen para poder fundamentar la responsabilidad penal. Mientras que el error sobre la responsabilidad penal es irrelevante, el error que origina una situación de falta de responsabilidad penal no puede dejar de estimarse como motivador de una situación de falta de responsabilidad penal²²⁷⁰.

No podrá aplicarse esta eximente disculpante, en el caso de que el sujeto se coloca ante tal situación de miedo -dolosa o culposamente (*aedo libera in causa*)-para cometer el delito o pudiendo prever su comisión, sólo entonces ante conductas previsibles y/o evitables. Cuando el error que motiva el Miedo Insuperable fuera vencible, no hay razón para dejar sin castigo la conducta dolosa o imprudente; sólo si ésta es invencible debe conducir a la impunidad²²⁷¹.

2270 Ibidem.

2271 Los excesos cometidos con conciencia del mismo, no producto del miedo o de su error sobre la apreciación del mismo, no tendrá ningún efecto atenuante ni excluyente de responsabilidad penal; los casos de excesos, deberán solucionarse según las reglas del error proveniente del desconocimiento de la desaprobación jurídico-penal.

CAPÍTULO XIX

CONCURRENCIA DE DELITOS Y CONFLICTO APARENTE DE NORMAS

Sumario: 1. Consideraciones Preliminares. 2. Unidad de Acción. 2.1 Casos de Unidad de Acción. 2.2 Unidad de Acción en Sentido Lato. 3. Las Figuras Concursales (Marco General). 3.1 Concurso Ideal de Delitos y sus incidencias normativas luego de la modificatoria efectuada por la Ley N° 28726. a) Naturaleza Jurídica. 3.2 Concurso Real de Delitos y su incidencias normativas luego de la modificación efectuada por la Ley N° 28730. a) Tratamiento Punitivo del Concurso Real de Delitos. 4. Delito Continuado. 4.1 Ámbito de Aplicación Normativo e Interpretación Teleológica. 4.2 Requisitos: a) Pluralidad de acciones u omisiones. b) Unidad de resolución criminal. c) Unidad de delito. 4.3 Tratamiento punitivo. 4.4 Cómputo de plazos prescriptorios. 5. El Delito masa. Tratamiento punitivo. 6. Concurso Real Retrospectivo. 6.1 Naturaleza jurídica. 6.2 Finalidad de la refundición de penas. 6.3 Requisitos. 6.4 El Concurso Real Retrospectivo, tras la Modificatoria efectuada por la Ley N° 28730. 7. Conflicto Apparente de Leyes Penales. 7.1 Introducción al Tema. 7.2 Principios: a) Principio de Especialidad - (*lex specialis derogat lex generalis*). b) Principio de subsidiariedad - (*lex primaria derogat legi subsidiare*). c) Principio de consumación - (*lex consumens derogat lex consumpta*).

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°, 46° y 46°-A; 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 problemática²²⁷².

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, sólo 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 pena²²⁷³.

La tendencia, tal como lo señala QUINTERO OLIVARES es que "...la totalidad de los sistemas penales occidentales coinciden en admitir que no es razonable ni útil mantener a un sujeto eternamente en prisión, por ello muchas legislaciones incorporan a su Sistema Penal, el Principio de Absorción o de Asperación y otros prevén unos límites a la acumulación de las penas"²²⁷⁴.

2272 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 534.

2273 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 300.

2274 QUINTERO OLIVARES; *Derecho Penal. Parte General*, cit. ps. 633-652; en relación a la Cadena Perpetua, a fin de adecuar esta sanción severa a los fines de la pena, en algunas legislaciones penales más avanzadas (USA, Alemania), se concede libertad a los condenados a esta pena, después del transcurso de un periodo de tiempo más o menos largo: "así se impone un límite a la acumulación de castigos". La tendencia es pues clara: "racionalizar la respuesta punitiva del Estado, engarzándola con los fines de la pena. En el Perú, tras el cuestionamiento por parte de los Organismos Internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos) y luego de la declaratoria de Inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, de algunos dispositivos de la Legislación Antiterrorista sancionada por el gobierno autocrático que gobernó nuestro país en el último decenio del milenio pasado, al haber declarado dicha sentencia, a la cadena perpetua como una pena "intemporal", produjo en todos los sectores de la sociedad un fuerte debate -no sólo acerca de su constitucionalidad- sino si ésta era legítima en consonancia con los fines propuestos para la pena, previstos tanto en la Constitución Política del Estado, el Código Penal, así como en el Código de Ejecución Penal; como es sabido, uno de los fines de la pena, es la rehabilitación, resocialización y reincorporación del penado a la sociedad, lo que en doctrina se denomina "prevención especial positiva"; en base a lo preceptuado, la cadena perpetua se constituye en una venganza incompatible del Estado que vulnera flagrantemente los principios que cimientan a una sociedad democrática, de esta forma el penado ya no es

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, sólo 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)²²⁷⁵.

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 concreto²²⁷⁶.

Conforme lo anotado, la distinción entre una y otra institución resulta fundamental como criterios a emplear, en el momento «determinativo de la pena»,

sujeto, sino objeto de una determinada política criminal del Estado, que quiere segregar y aislar a sus ciudadanos de por vida en aras de una supuesta "Seguridad Nacional". La dignidad humana importa una condición inherente al ser humano y ésta nunca se pierde, ni por el hecho contrastable de estar recluso en una prisión. Pues, lo descrito mostraba, cómo el Estado, a través de una legislación *per se* represiva, sometía sus fines (lucha contra la delincuencia terrorista) en desmedro de los derechos fundamentales del imputado, sanciones draconianas que vulneran los Principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas; la vuelta a un verdadero Estado de Derecho exige que se retomen los principios que informan a un Derecho penal Democrático, que es el de mínima intervención y de Humanización de las Penas; el Estado, a través del Decreto Legislativo N° 921 del 18 de enero del 2003, tomó conciencia de dicha situación, estableciendo un régimen jurídico a la Cadena Perpetua, con un procedimiento de Revisión cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad, lo cual consideramos un plazo de tiempo muy extenso tomando en cuenta el factor criminógeno de la prisión, así como la edad que haya podido tener el imputado al momento de imponerse la condena.

2275 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*. ARA Editores, Lima, 2004, cit., p. 536; POLITOFF L., S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 445.

2276 LASCANO, C.J. (h); *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 553.

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.

MUÑOZ CONDE opina "hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ejemplo, violación intimidatoria, robo con fractura) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (haciendo explotar una bomba se puede causar la muerte de varias personas). Son, pues otros factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción"²²⁷⁷.

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 des-

²²⁷⁷ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 477-494; POLITOFF L. S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 452.

cripción 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 indeterminado²²⁷⁸.

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".

Para MIR PUIG "La valoración en este caso ha de realizarse según el sentido de los tipos legales en cada caso vulnerado o sentido de los tipos correspondientes"; coincidimos plenamente en dicha idea, que para darle sentido jurídico-penal a la acción o las varias acciones que pueden ser desplegadas por un individuo, habrá que subsumirlas en los tipos penales, así como al Factor Final, es decir, a la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos²²⁷⁹, lo que finalmente nos conducirá a definir como acción típica -aquella que penetra en el ámbito nuclear de la tipicidad-.

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 humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho²²⁸⁰.

2278 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 537.

2279 En MUÑOZ CONDE, F. y otro; op. cit., p. 479, continúa el autor señalando que el robo en un banco. compra de armamentos, municiones, reglaje, Ingreso al recinto, mapas: en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa unifica y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo. Cada acto aislado puede ser regido por un factor final distinto, pero, sólo adquiere relevancia jurídico-penal, cuando se complementa con otros actos aislados; parte de la doctrina ha formulado el concepto de unidad natural de acción (Schmidhäuser), de acuerdo con éste, habrá acción cuando el hecho se presenta objetivamente como plural, pero desde un punto de vista valorativo resulta ser una única acción a los ojos del autor (Corro). Debe existir una continuidad objetiva conectada en el tiempo y en el espacio, que considere una vinculación suficiente para que estas acciones sean valoradas como un solo tipo de ilicitud. Ejemplo: El que se apodera de distintos frutos de un árbol, comete un solo hurto; en BACIGALUPO, E.; op. cit., ps. 238-250.

2280 MIR PUIG, S.; op. cit., p. 654; para llegar a tal cometido valorativo, adquirirá gran relevancia la estructura semántica de los tipos legales, definida por los elementos constitutivos, objetivos y subjetivos, así como por los elementos descriptivos y normativos, elementos que *per se* harán catalogar a la acción humana como jurídico-penalmente relevante; asimismo, los actos objetivados deben tener su correlato subjetivo, identificado con la voluntad criminal, inserta en la psique del autor.

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 acción²²⁸¹, (...) es indudable que las normas sólo pueden dirigirse a prohibir o a ordenar acciones, no resultados²²⁸²; 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 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 muertos²²⁸³.

Cada una de esas muertas conforma, separadamente, un delito de homicidio, cumple subjetiva y objetivamente las exigencias típicas respectivas²²⁸⁴; 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

2281 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 309.

2282 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 542.

2283 LASCANO, C.J. (h); *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 564.

2284 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 438.

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, 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 naturales²²⁸⁵; 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 delitos²²⁸⁶.

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, lo 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 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

2285 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 545.

2286 ASÍ, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 438-439.

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 sólo es punible el resultado, como manifestación de la conducta antijurídica.

¿Cómo apreciamos el concurso ideal en este caso? visto a modo de ejemplo: el conductor que conduce su vehículo en estado inadecuado, pues sus llantas se encuentran sumamente gastadas, pierde el control y dominabilidad del mismo, producto de un pinchazo, en tal virtud, sale despistado de su carril e ingresa al contrario, colisionando primero con un primer vehículo y luego con otro, producto del primer impacto; es así, que apreciamos un concurso ideal de delitos, en la medida que el segundo impacto debe ser comprendido en la unidad de acción, que se determina cuando el autor vulnera su deber de cuidado, por lo que dicha continuidad da lugar a la resolución formulada. Sin embargo, si la pluralidad de resultados obedeció a una infracción de dos deberes de cuidado por parte del agente, se podrá admitir un concurso real de delitos; en el caso del conductor del vehículo que sobrepasa la velocidad permitida y así arrolla a un peatón y luego producto del estado de embriaguez en que se encuentra, no puede frenar el coche, por lo que arrolla a un segundo peatón, produciéndose una segunda muerte, se estará ante la figura de un concurso real de delitos homogéneo, constitutivo del delito de homicidio.

Finalmente, un «Derecho penal del acto» basado en una «Culpabilidad del acto», sólo 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 Demo-

crático de Derecho, bajo las salvedades que hemos esbozado en la capitulación en referencia²²⁸⁷.

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 efectos²²⁸⁸, 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 permanezca 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.

2287 Ver en referencia, Cap..., sobre la «determinación judicial de la pena».

2288 PEÑA CABRERA, R.; cit., STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 536; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 310; GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 437.

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 homicidio²²⁸⁹, 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 huir²²⁹⁰; sólo un aborto, cuando se lleva a cabo una intervención quirúrgica que consiste en varios actos individualizables²²⁹¹; 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 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.

3. LAS FIGURAS CONCURSALES (MARCO GENERAL)

El Concurso de delitos supone en realidad una ficción legal, pues en esencia el autor o partícipe realiza una conducta, que desde un punto de vista fisiológico, importa la descripción de varias acciones; movimientos corporales que dan lugar a una situación fáctica desvalorada por el Derecho penal, a partir de una construcción normativa que recoge una aspiración política criminal: penalizar con justicia al autor que contraviene de forma plural, una norma jurídico-penal o varias a la vez.

La adecuación de la sanción punitiva a los fines preventivos que se desprenden del Título Preliminar del CP de común idea con lo establecido en la Ley Fundamental; de que la pena sea constitutiva a una respuesta que conjugue los fines preventivos con el principio de humanidad, tal como lo consideró el legislador al determinar una pena privativa de libertad no mayor de 35 años; aspiración

2289 WELZEL H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 310.

2290 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 437.

2291 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 536.

preventiva que ha ido renovándose, anclando en una postura *punitivista*, luego de las últimas reformas producidas en nuestro país.

El sentido y naturaleza de la «figura concursal» cala profundo en los principios legitimantes del *ius puniendi*, a fin de revestir a la reacción penal a los cometidos del Derecho penal comprendidos en la Ley Superior; sin dejar de lado el aspecto procesal, pues la aplicación de estos conceptos se materializan en el seno del procedimiento penal.

Dicho lo anterior, el estudio *in examine* de estas figuras es esencial para una administración de justicia penal que pretende guiar sus fallos sobre el mandato de seguridad jurídica, de evitar una punición desproporcionada (principio del *non bis in idem*), de cerrar espacios de impunidad, así como la imposición de penas draconianas.

Lamentablemente el sentir perceptivo de la criminalidad por parte de la sociedad, ha redefinido las directrices político-criminales del legislador, dirigiendo el instrumento punitivo en un sendero en realidad *neo-criminalizador*, sin que ello implique la no admisión de ciertas reformas de por sí valederas; que ha producido en los últimos años reformas penales que manifiestan la predilección del legislador por el Derecho penal, como un arma de aplacamiento a las necesidades sociales por mayor seguridad ciudadana, sin entrar a reflexionar sobre su real alcance de idoneidad, menos sobre su ajuste legitimador.

El sistema de punición jurídico-penal en nuestro derecho positivo es de orientación finalista, se dirige a fines preventivos, tomados desde un doble baremo a saber: -desde el autor en sentido individual (*prevención especial*), la necesidad de ejercer una amenaza al colectivo por medio de la conminación legal en abstracto (*prevención general negativa*) o ahora se habla de reformar la vigencia fáctica del orden jurídico mediante un ejercicio de fidelidad hacia el Derecho (*prevención general positiva*).

Nuestro CP de 1991, se despojó de contenidos puramente retributivos y se adscribió a un sistema donde predominan los fines sociales de la ciencia, de incidir sobre la prevención del delito, pero, en sujeción estricta a los derechos inherentes a la personalidad del individuo.

Es de verse, que la pena importa un mal necesario en una sociedad humana, donde los individuos revelan una serie de déficit en su proceder conductivo, por lo que la sanción es un mensaje comunicativo que se traduce en una serie de significados para los sujetos involucrados. Empero, la sanción punitiva como descarga racional del Estado no puede alejarse de ciertos fines, a fin de preservar su legitimidad ante el colectivo.

Los principios de humanidad de las penas, de culpabilidad del hecho, de proporcionalidad, dicen más que un mero efecto contenedor del *ius puniendi*,

pues, suponen que los fines de la pena deben compaginarse en un ideal racional, de contenido humanista.

El ser humano en su configuración conductiva de vida en sociedad, comete actos socialmente indeseables, y estos actos no siempre se manifiestan en una unicidad de comportamiento natural, en tanto, sus fines ilícitos apuntan a veces a una serie de objetivos, que en su concreción significan la afectación sistemática de un solo bien jurídico o de varios bienes jurídicos. No es nuestra intención esbozar un planteamiento dogmático sobre la unidad de acto o pluralidad de actos que interesan al Derecho penal a fin de construir las fórmulas concursales, sino de penetrar en el ámbito de las justificaciones, de las aproximaciones de razonamiento y de ponderación, entre las exigencias de justicia, con las estrictamente preventivas.

El sujeto cuando infringe un tipo penal se manifiesta una sola vez contra las ordenaciones jurídico-penales, en tal medida, la racionalidad del sistema de punición, implica que la respuesta sea única, tanto en lo referente a la pena como en lo concerniente a la persecución penal que se plasma en el procedimiento.

Siguiendo dicha lógica, cuando el individuo se manifiesta de forma plural contra el orden legal, infringe varias normas penales, sea de forma múltiple sobre una de ellas o infringiendo varias de ellas, la reacción jurídico-penal también debería ser plural y acumulativa, sancionándolo mediante la suma de todas las penas fijadas para los delitos perpetrados; cuestión singular se manifiesta en el ámbito de la persecución penal, pues se rige por otros criterios. Sin embargo, dicho sistema no fue el que se adoptó en el Sistema Penal liberal-contemporáneo, sino que se acudió a fórmulas legales a fin de priorizar la rehabilitación del penado evitando la imposición de largas penas de privación de libertad, si es que se adoptaba un sistema acumulativo de penas, tal como acontece en el *Common Law*. Criterios de racionalidad que se ajustan a la dignidad humana y al principio de proporcionalidad de las penas, de forma que se instituyó un sistema de «absorción o de exasperación» de las penas, imponiéndose la pena conminada al delito más grave; así, las formas del Concurso real, Concurso ideal y delito continuado. Sistema de punición que ha sido relativizado, debilitado o dígame fraccionado, como resultado de las últimas reformas penales, dando lugar un sistema «jurídico-acumulativo» de penas.

Sin perjuicio de lo antes descrito, ya en la legislación comparada desde una perspectiva político-criminal más realista y no por ello menos garantista, se estableció criterios de diferenciación valorativa entre el «Concurso real» y el «Concurso ideal», pues, el primero de ellos supone una manifestación conductiva de mayor alcance antijurídico, en tanto, el autor comete varios hechos punibles en tiempos y espacios distintos, a diferencia de un Concurso ideal de delitos, donde el autor en base a una unidad de acción u omisión típica vulnera

uno o varios tipos penales, v.gr., quien arrolla en una sola conducta a varios peatones, distinto a quien lesiona a un individuo, y después de un tiempo priva de libertad a otro.

En palabras de BACIGALUPO, la unidad de acción con pluralidad de lesiones de la ley penal se denomina concurso ideal de delitos. La pluralidad de acciones con pluralidad de lesiones de la ley penal (lesión repetida de una o de varias leyes) recibe el nombre de concurso real o material²²⁹². Empero, también en el «Concurso ideal de delitos» existe una mayor intensidad del injusto, en tanto, el disvalor del resultado expresa una mayor ofensividad al bien jurídico tutelado.

Siendo así, somos de la idea, que de todos modos el Concurso real de delitos -tanto por una valoración jurídica como social- merece una respuesta jurídica penal más severa que el caso del Concurso ideal de delitos, tal como se puede apreciar de la reforma penal última, a través de la dación de la Ley N° 28726. De otra opinión es BUSCOS RAMÍREZ, pues para este autor no debería existir diferencia entre el concurso real e ideal, pues de lo que se trata en esos casos es que frente a varios delitos (y en el concurso ideal hay varios delitos), se establezca una pena proporcionada a la dignidad de la persona (que no sea inhumana)²²⁹³.

Convenimos, que el ajuste punitivo que puede resultar acorde con los principios legitimadores del Derecho penal no puede sobrepasar la pena justa y, la sanción justa es aquella que se condice con los fines preventivos de la pena y con el grado de reproche de imputación individual.

No se puede seguir *per se* un proceso acumulativo de penas, que puede llegar a opciones indeseables según los criterios ontológicos que limitan la descarga punitiva sobre la libertad individual; de hecho, resulta necesario fijar topes o límites jurídicos, que en este caso no puede rebasar el marco de penalidad máximo previsto en el artículo 29° del CP, caso distinto sucede en el caso de la pena de cadena perpetua, en mérito a su naturaleza «indeterminada».

Por lo dicho, la reforma penal producida en este ámbito de la PG (Leyes Nos. 28726 y 28730), si bien es manifiesto de una proyección, netamente de político-criminal, no deja de tener un matiz material valedero según el dato criminológico, que apunta a un ajuste punitivo, en orden a incidir de forma concreta en la prevención del delito. No parece justo para con la sociedad ni para la confiabilidad del sistema jurídico en general, que el agente que cometió varios secuestros en un lapso de tiempo determinado, sólo reciba una pena en su máximo límite como si hubiera cometido un solo delito.

2292 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 541; Así, LASCANO, C.J. (h); *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 552; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 548-549.

2293 Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, J.; ob. cit., p. 300.

De hecho que en el ámbito de la determinación de la sanción punitiva la tensión entre la libertad individual y la seguridad del colectivo es latente, por lo que es difícil determinar una pena que se condiga con ambos intereses, mas debe subrayarse, que la dignidad humana importe un límite inexorable que no puede ser vulnerado aún en defensa de un interés social legítimo.

En este ámbito «concursal», siempre resulta una problemática distinguir cuando estamos ante el «hecho» que estipula la norma para la calificación de la regla concursal.

De entrada debe descartarse cualquier tipo de consideración que realice la distinción en base a criterios empíricos, naturalísticos u ontológicos, lo que interesa al mundo del Derecho es la relevancia jurídico-penal, pues, un solo hecho en sentido «natural» puede quebrantar una pluralidad de normas, (...) mientras la noción de unidad de delitos es exclusivamente jurídica, pues viene dada por el sentido de los tipos legales, la unidad de hecho se refiere principalmente a un conjunto de sucesos del mundo exterior que ocurren en una misma dimensión espacio-temporal²²⁹⁴.

Por hecho debe entenderse “unidad típica”, es decir, actuación o manifestación de la voluntad, susceptible de integrar el supuesto de un tipo penal, que algunas veces puede consistir en varias acciones, el tipo a veces describe varias acciones, de ahí que no es conveniente identificar unidad *de hecho* con una *acción*²²⁹⁵.

Las figuras concursales adquieren materialización, cuando una sola acción en sentido jurídico-penal vulnera varios tipos legales -Concurso Ideal de Delitos- (art. 48°) y cuando con varias acciones -conexas por un mismo autor- se vulneran varios tipos legales -Concurso Real de Delitos- (art. 50°). Son casos en los cuales, una o varias personas cometen varios *injustos penales*, pero, que por distintas razones son tratadas punitivamente en un solo proceso.

Cuando una sola acción vulnera varios tipos penales (Heterogéneo) o vulnera al mismo tiempo el mismo tipo penal varias veces (Homogéneo), nos encuadramos en la figura del Concurso Ideal de Delitos, se encuentra regulado en el Art. 48° del Código Penal, que reza así: “*Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho...*”.

Para HURTADO POZO el Concurso Ideal de Delitos (Zusammentreffen von Strafbestimmungen) se configura mediante una sola acción (materialmente una

2294 POLITOFF L. Sergio/ MATUS A., Jean Pierre/ RAMÍREZ G., María Cecilia; *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2da. Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago - Chile, 2003, cit., p. 449.

2295 MIR PUIG, C.; *El Sistema de Penas...*, cit., p. 298.

sola o varias constituyendo normativamente una unidad), el agente roba, daña el patrimonio y viola el domicilio de una persona²²⁹⁶, en estos casos, la conducta desplegada por el autor viola varias veces una ley penal con una sola acción en sentido jurídico-penal.

Los Requisitos son:

- a) Unidad de acción en sentido jurídico-penal.
- b) Vulneración de varios tipos penales o del mismo tipo penal; y,
- c) Unidad de resolución criminal (unidad subjetiva).

La norma penal invocada hace referencia a la palabra «hecho», por ser considerada una connotación más lata que el término «acción»; no resulta suficiente con la configuración objetiva de una acción que infrinja varios tipos legales, se necesitará además de su coherencia con la estructura normativa de la tipicidad subjetiva, que se expresa en la dirección que ha impulsado al autor en su voluntad delictiva.

El Concurso Ideal puede ser «Heterogéneo» y «Homogéneo»; se configura el «Concurso Ideal Heterogéneo», cuando con una sola acción se vulneran varios tipos penales, es decir, la conducta desplegada por el autor puede ser subsumida en varios tipos legales. Ejemplo: el ingreso ilícito a un domicilio con el fin de ultrajar sexualmente a sus moradores: Violación de Domicilio y Violación a la Libertad Sexual.

En tanto, que el «Concurso Ideal Homogéneo» se configura cuando un solo tipo legal es infringido por el autor en varias oportunidades comprendidas en una misma acción²²⁹⁷; v.gr., causando la muerte de varias personas, haciendo explotar una bomba de largo alcance; verter veneno en la comida que va a ser servida a varias personas, produciéndose el resultado de una intoxicación masiva (lesiones), etc.

2296 HURTADO POZO, J.; *Método de Resolución de Casos Penales*, Derecho N° 46 - Diciembre de 1992, p. 254.

2297 En la Legislación Comparada se prevé la regulación del Concurso Ideal Impropio o Medial, cuando un delito es instrumentalizado para configurar otro, el cual es realmente el fin perseguido por el autor. En realidad se trata de varios hechos, pero, se encuentran relacionados por un fin teleológico, que se plasma en una voluntad criminal. Nuestro Código penal no hace alusión al respecto, sólo el Art. 108° (Asesinato) inc.2. señala "para facilitar otro delito", si de ambos hechos se desprende -que considerados aisladamente- constituyen ya un delito, serán tratados como un Concurso Ideal Propio (falsedad-estafa, lesiones-violación). En: MUÑOZ CONDE, F. y otro: op.cit., p. 482.

3.1. 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"²²⁹⁸; 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.

Al respecto, WELZEL escribe que es importante no olvidar, cuando se aborda el problema de concurso de delitos, que si el individuo y su conducta, entendida humana y no típicamente, constituyen un problema unitario, es necesario reaccionar penalmente de modo también unitario.

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 sentido²²⁹⁹; 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 concursal²³⁰⁰.

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 me-

2298 QUINTERO OLIVARES, G.; op. cit., ps. 641-642.

2299 MUÑOZ CONDE, F. y otro; cit., p. 482.

2300 PEÑA CABRERA, Raúl; cit.

canismo 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 la 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 Nos. 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 48°, 50° y 51° del CP, cuyas consecuencias punitivas podrían resultar lesivas a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

Finalmente, el párrafo segundo del Art. 48° 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 accesorias²³⁰¹.

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 delitos²³⁰², puede que este único hecho manifieste —naturalísticamente—, varios movimientos corporales, mas lo que interesa en este caso, es sólo 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.

2301 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.

2302 BUSTOS RAMÍREZ, J.; ob. cit., p. 301; Así, POLITOFF, S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 449.

En el supuesto de unidad de hecho, como apunta STRATENWERTH, el autor lesiona todas las leyes que concurren. Precisamente en esto reside la diferencia con el concurso de leyes; el contenido de ilicitud del hecho sólo puede ser reflejado adecuadamente aplicando las diferentes leyes²³⁰³.

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 jurídico²³⁰⁴.

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*"²³⁰⁵.

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 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).

2303 STRATENWERTH, Günther; *Derecho Penal. Parte General. El hecho Punible*. Traducción de la 2da. Edición alemana (1976) por Gladys Romero, EDESA, Madrid, 1982, cit., p. 359.

2304 ROMERO SOTO, Luis E.; *Concurso Aparente de Leyes. Hechos Copenados*. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1993, cit., p. 20.

2305 El artículo 75° del Código Penal Chileno, establece que corresponde aplicar "sólo" la pena del delito más grave, cuando un mismo hecho constituye dos o más delitos, o cuando uno es medio necesario para la comisión de otro". Recoge por lo tanto, el principio de absorción, pero de forma excepcional, en razón a las diversas fórmulas punitivas allí anotadas (Vide; al respecto, POLITOFF, S. y otros; *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., ps. 445 y ss.

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.

3.2. 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)²³⁰⁶, 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 acción²³⁰⁷.

Conforme lo anotado, el «Concurso Real de delitos» no sólo 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.

2306 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.

2307 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 557.

Cuando varias acciones o hechos, considerados de forma independiente, vulneren varios tipos legales, nos encontraremos ante la presencia de un Concurso Real de Delitos²³⁰⁸.

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 concurren 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 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 firme²³⁰⁹; 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 CP (*argentino*²³¹⁰), 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 proceso²³¹¹.

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 independientes²³¹².

Siguiendo el hilo conductor, diremos que la «pluralidad de resultados» no resulta de ninguna manera un criterio de distinción correcto, entre el Concurso

2308 En ese sentido HURTADO POZO al anotar, que cuando se cometen diversas acciones que se adecuan, al mismo o distintos tipos legales, será designado con el nombre de concurso real de delitos (Zusammentreffen von strafbaren Handlungen): el agente comete separadamente, dos homicidios o un hurto y una violación. "*Método de Resolución de Casos Penales*", p. 254.

2309 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General, II*, cit., p. 447.

2310 Las cursivas son mías.

2311 LASCANO (h), C.J.; *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 577.

2312 LABATUT GLENA, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 171-172.

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 éste último un criterio que permite encuadrar la figura del Concurso Real de delitos, la unidad «jurídica» resulta la base material del enfoque político criminal.

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)²³¹³; 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)²³¹⁴.

a. Tratamiento Punitivo del Concurso Real de Delitos

Al igual que el Concurso Ideal de Delitos, la imposición de la pena se rige por el Principio de Absorción: "...se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros", de conformidad con el Art. 48°. Si bien, la fundamentación en el trato punitivo dulcificado obedece a los mismos criterios preventivos y político-criminales a los expuestos en el Concurso Ideal de Delitos, su tratamiento e la legislación comparada se hace merecedor de una respuesta más severa, no tan benigna como la que se aplica en nuestra legislación penal²³¹⁵.

2313 Existen casos, en los que aún habiendo pluralidad de acciones, solamente se transgrede un precepto; son aquellos que están referidos a una tendencia conductiva del agente, que responden a un derecho penal del autor, como lo es el rufianismo, supuesto delictivo previsto en el art.180° del CP.

2314 Así, la ejecutoria contenida en el Exp. N° 1780-2000-Cono Norte: "*Los hechos punibles cometidos por el encausado constituyen delitos consumados, previstos en los artículos ciento ochenta y nueve inciso segundo y al artículo ciento ochenta y seis inciso segundo del Código Penal, siendo también de aplicación su numeral cincuenta del citado Código, pues se trata de un concurso real de injustos perpetrados durante la noche, lo que le da la gravedad a los mismos; que la consumación de estos se acredita con el mérito de las actas de registro personal (...)*"; En: Jurisprudencia Penal. Director: URQUIZO OLAECHEA, cit., p. 297.

2315 El Código penal español de 1995, art.73° (Concurso Real), rige el Principio de Acumulación; El CPA, prevé el sistema de pena única, gradúa la pena conforme los arts. 40 y 41; Lascano (h). C.J.; *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 579; en el caso del CPCH. el sistema que tiene vigencia general, es el de acumulación material de todas las penas; ello no es óbice. recalca GARRIDO MONTT, para que incorpore otros sistemas en carácter subsidiario o excepcional, como el de la acumulación jurídica (asperación) y el de la absorción de la pena; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 448.

Tomando en cuenta una postura en puridad *retributiva*, el Concurso Real de delitos importaba la suma material de todas las penas aplicables, conforme los delitos incurridos por el agente; sin embargo, la reacción punitiva no puede significar únicamente la respuesta hacia un hecho del pasado, sin interesar el presente, no sólo con respecto a la sociedad, sino también de la persona que delinque; es que el crimen es una fenomenología social cuyo contenido no puede ser abordado únicamente por el Derecho penal, sino por el resto de instrumentos de control social con que cuenta el Estado; toda vez que en un «Estado Social y Democrático de Derecho», el ajuste punitivo debe respetar el contenido material de los derechos fundamentales y la aspiración ius humanista que se desprende de la Ley Fundamental, de hacer todo lo posible para que el infractor se reintegre a la comunidad social, en respeto a los valores regulan la vida democrática de una Nación regida por el derecho y la razón.

No resulta empresa fácil defender un discurso humanista y respetuoso de las garantías fundamentales, cuando la realidad social revela una criminalidad inclemente, cada vez más proclive a los actos más atroces, por lo cual la política criminal necesita conjugarse con una cierta dosis de defensa de la sociedad, tal como lo proclama el artículo I del Título Preliminar del CP; y, es que en el «Concurso Real de delitos» la respuesta punitiva debe ser más intensa que en el Concurso Ideal de delitos, pues el autor desobedece el mandato normativo con mayor énfasis delictivo (pluralidad de hechos). Situación que de cierta forma, recoge la intención del legislador propuesta en la Ley N° 28730 del 13 de mayo del 2006; donde la acumulación en todo caso no puede ser «material», sino «jurídica».

Por lo demás, como expresa STRATENWERTH, la adición conduciría no sólo a graves injusticias, sobre todo, porque, por regla general, la privación de libertad es tanto más grave cuando mayor sea el lapso de privación ya transcurrido, mientras que las penas de multa, cuando más elevadas son, más obstaculizan la satisfacción de necesidades elementales; además, sería inevitable que se generaran consecuencias carentes de sentido político-criminal²³¹⁶.

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 aplicar²³¹⁷.

2316 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 555.

2317 BUSTOS RAMÍREZ, J.; cit., p. 301.

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 independientes, siempre y cuando no exista concurso aparente de leyes²³¹⁸.

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 distinto²³¹⁹.

Esta pluralidad de delitos se funda en el principio *“quot delicta, tot poenae”*²³²⁰.

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 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 infrac-

2318 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 360.

2319 LASCANO, Carlos Julio (h); *Unidad y Pluralidad Delictiva*. En: *Derecho Penal. Parte General*. Libro de Estudio. Director: Carlos Julio Lascano (h). ADVOCATUS. Córdoba, 2002, cit., p. 578.

2320 PEÑA CABRERA, R.; cit., p. 345.

ciones. 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 proceso²³²¹.

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"²³²².

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 sistema 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.

Conforme lo anotado, 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.

2321 POLITOFF, S.; y otros, ob. cit., p. 449.

2322 LASCANO, Carlos Julio (h); *Unidad y Pluralidad de Delitos*, cit., ps. 579-580.

En el caso de la inhabilitación no puede cumplirse en simultáneo con la ppl, cuando ésta 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 graves²³²³.

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 condicional²³²⁴-, el 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, ésta 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.

4. 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.

2323 Así, POLITOFF, S. y otros.; ob. cit., ps., 449-450.

2324 Arts. 48° y 50° del CEP.

El delito continuado escribe MUÑOZ CONDE es una ficción jurídica cuyo origen histórico se encuentra en la *praxis* jurisprudencial medieval de considerar que sólo había que imponer a los autores del tercer hurto²³²⁵, (...) o para impedir la estricta aplicación de leyes excesivamente severas, especialmente las que conminaban pena de muerte por ahorcamiento al autor de tres hurtos consecutivos²³²⁶.

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, etc²³²⁷.

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 pena²³²⁸ 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 permanente²³²⁹.

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 carácter²³³⁰, ajeno a un Derecho penal del acto, consideraciones criminológicas no pueden sostener la figura del delito continuado.

2325 Ibidem; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 537-538; POLITOFF L. S. y otros; *Leciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p., 452.

2326 LASCANO (h), C. J.; *Unidad y Pluralidad Delictiva*, cit., p. 571.

2327 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., ps. 440-441.

2328 A estas razones se les puede agregar otras, como: las dificultades probatorias que se pueden generar al tratar de instaurar diversos procesos en relación con hechos punibles cometidos, así como las cuestiones procedimentales; la instauración de un único Proceso Penal, conlleva economía procesal, congruencia decisoria, elementos que otorgan seguridad jurídica en las resoluciones que emanan en la administración de justicia criminal.

2329 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 311.

2330 ZAFFARONI, E. R.; *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, cit., 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 legal²³³¹.

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 temporal²³³². 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.

En la doctrina se ha cuestionado duramente la figura del delito continuado, bajo los argumentos de un tratamiento punitivo benigno hacia el autor, pese a haber cometido en varias oportunidades delitos independientes entre si y por las dificultades probatorias que éste presenta. Últimamente la figura de la relación de continuidad ha sido criticada en forma creciente como sujeta a reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho y cuestionable desde el político criminal²³³³.

Debe precisarse, que en el caso de nuestro derecho positivo, el delito continuado se encuentra regulado taxativamente en el CP, por lo que desde un punto de vista de estricta legalidad, la objeción carece de fundamento. Sin embargo, en la doctrina nacional los reparos no se hacen esperar, así BARRETO GUZMÁN, al objetar esta construcción dogmática -desde una perspectiva dogmática y procesal- señalando que el lugar donde el delito continuado complica la situación del procesado es en materia de prescripción, en donde se comenzarían a computar los plazos desde el cese del último acto que surge de la relación de continuidad²³³⁴; (...) al utilizar la figura del delito continuado la dogmática tendría que descartar todas las demás construcciones elaboradas alrededor de la teoría del delito; la figura del delito continuado, por ejemplo, vuelve inmanejable las reglas sobre el *iter criminis* y los criterios sobre autoría y participación²³³⁵.

2331 LASCANO (h), C.J.; *Unidad y Pluralidad Delictiva*, cit., p. 572.

2332 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 312.

2333 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 538.

2334 BARRETO GUZMÁN, Marco; *El Delito Continuado. Dificultades Dogmáticas y Procesales*. En: *Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*, cit., p. 102.

2335 BARRETO GUZMÁN, M.; *El Delito Continuado...*, cit., p. 103.

Sobre el primer punto, habrá que precisar lo siguiente: si bien en principio, el delito continuado fue incorporado legislativamente, para evitar puniciones draconianas, no es menos cierto que en el transcurrir del tiempo, la evolución epistemológica de la dogmática jurídico-penal habría de regular dicha figura conforme los fines político-criminales de un orden democrático de derecho.

Es de verse, que la prescripción es una institución jurídico-penal, a fin de revestir a la administración de justicia de seguridad jurídica y, de frenar una persecución penal a todas luces innecesaria, mas no para favorecer al imputado, de ser así estaríamos promoviendo la impunidad, incompatible con los valores del Estado de Derecho; por consiguiente, si el agente perpetra una serie de delitos en el tiempo, pero unidos bajo una unidad delictiva (dolo), está sistemáticamente desobedeciendo el mandato normativo, por lo que por motivos de orden preventivo, resulta justo que los plazos prescriptorios finalicen cuando cese la actividad delictiva. No es que en todo caso sucedería igual si a dichas infracciones normativas se le confiere la calidad de concurso real de delitos, el plazo prescriptorio de cada una de ellas correría su suerte por separado y, si el plazo prescriptorio se reduce en el tiempo, habrá que aplicar la ley penal más favorable, de conformidad con el artículo 103° de la Ley Fundamental, con arreglo a los artículos 6° y 7° del CP.

A nuestro entender, no existe problema alguno de dar cabida al delito continuado, al tratarse de grados distintos de perfección delictiva, que en algunos se haya alcanzado la tentativa y en otros la consumación, o la falta de agotamiento del delito²³³⁶. Mientras que en el caso de la autoría y participación, no creemos que exista problema alguno de aplicabilidad, la ley no distingue el título de la participación; pues entonces, si primero A interviene en el hurto a título de cómplice y, luego, actuando con co-dominio del hecho, su intervención es a título de autor, habría que admitir un delito continuado, siempre que aparezcan las infracciones normativas comprendidas en una unidad subjetiva. Para ello el cómplice debe actuar conociendo que el autor está cometiendo el delito de una forma continua²³³⁷.

El hecho de que los Tribunales de Justicia no estén aplicando con corrección, la figura del delito continuado, no es fundamento suficiente como para promover la supresión de ella, pues de ser así, muchas instituciones jurídico-penales deberían desaparecer de *lege ferenda*.

La necesidad del concepto es elemental, subraya ZAFFARONI: nadie puede aceptar como mínimamente razonable que quien hurta un juego de cartas a

2336 Así, GARRIDO MONTT que cita a ETCHEBERRY; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 442; Lascan (h), C.J.; *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 575.

2337 Así, BARRETO GUZMÁN, M.; *El delito continuado...*, cit., p. 102, En contra VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 653.

una carta diaria tenga una escala penal de un mes de mínimo hasta ochenta años de máximo (...). No parece recomendable que cada vez que aparece un concepto poco estable u oscuro se lo elimine, y se acepte con ello un poder punitivo irracional²³³⁸. Precisamente, la figura del delito continuado se erige en una forma de límite de la descarga punitiva, de acuerdo a un fin preventivo de la pena, y de aunar a una justicia penal basada en la unificación procesal, cuando se configura una unidad delictiva, de la antes descrita.

La consideración del delito continuado como un hecho o conducta única, proviene del reconocimiento de una desvaloración jurídica unitaria, respecto de un contenido de comportamiento humano final, que nada tiene de ficción -y menos de mera construcción jurisprudencial beneficiante-, sino que se basa en el dato óptico del elemento final y en el componente normativo que se obtiene comprobando que -a la luz de la prohibición- su consideración jurídica fraccionada no es racional y lleva a resultados absurdos en los casos concretos²³³⁹.

De todos modos, debemos rechazar cualquier tipo de construcción normativa²³⁴⁰ 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 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 Real²³⁴¹.

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*

2338 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 825.

2339 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 826.

2340 Es el caso del artículo 3° de la Ley N° 28008 (Ley de los delitos aduaneros), que da lugar al "Contrabando fraccionado".

2341 Tal como lo anotamos en líneas anteriores, la creación de esta figura responde a enjuiciar varias acciones -que por su mínima entidad antijurídica- merecen ser tratadas como un hecho global, por lo tanto es el elemento subjetivo (unidad de resolución criminal), el criterio diferenciador en esta figura, que para algunos se trata realmente de un Concurso Real Homogéneo: cuando con varias acciones se viola sistemáticamente un mismo tipo penal. Entonces, ¿No será que se acude a la creación del delito continuado a fin de evitar una actuación persecutoria múltiple por parte del Estado?

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”.

4.1. **Ámbito de Aplicación Normativa e Interpretación Teleológica**

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 personalísimos- son incompatibles con la continuidad delictiva en caso de pluralidad de ofendidos²³⁴².

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 seguridad²³⁴³; importarán todos aquellos injustos penales comprendidos en los Títulos I, II, III, IX y XIV-A²³⁴⁴ del Libro Segundo del CP; por tales motivos, la exclusión debe restringirse a aquellos ataques antijurídicos que de forma intensa atacan un bien jurídico personal²³⁴⁵.

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 atentar contra cada una de ellas se comete un

2342 LASCANO (h), C.J.; *Unidad y Pluralidad Delictiva*, cit., p. 575; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 313.

2343 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 305; Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 552.

2344 Delitos «contra la Humanidad».

2345 Ver al respecto ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, cit., ps. 828-829.

delito y el tipo queda agotado, colmado con cada muerte; la continuidad no es concebible²³⁴⁶.

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 jurídico personalísimo para negar de forma rayana, 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 social²³⁴⁷.

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.

4.2. 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 aquél 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.

Determinados delitos para su configuración delictiva necesitan la realización repetida de determinados actos positivos; ejemplo: la banda de ladrones,

2346 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 442.

2347 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 552; Así, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y otros; *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 265.

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 dinerarias²³⁴⁸. 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.

Al respecto señala PEÑA CABRERA "Las distintas acciones deben ser unificadas por una sola voluntad; la unidad subjetiva es aquí rectora, pero apoyándose en hechos objetivamente homogéneos"²³⁴⁹.

La Imputación Subjetiva debe extender todo el campo objetivo, integrado por todas las acciones típicas, consideradas como un solo delito²³⁵⁰.

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 sis-

2348 Así, LASCANO (h), C.J.; *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 573.

2349 PEÑA CABRERA R. *Derecho Penal*. Estudio Programático de la Parte General, cit.

2350 JESCHECK nos habla "del todo querido unitariamente"; de otro lado, en el "dolo de continuación", cada acto parcial debe ser la continuación de la misma línea psíquica del anterior (STRATENWERTH); se rechaza la posibilidad de un "delito culposo continuado", en virtud de la ausencia de un nexo psíquico; ver al respecto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal*. Parte General, cit., p. 652.

temática 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 autor²³⁵¹. 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 forma²³⁵².

Habiéndose concebido en la doctrina, para superar las objeciones desarrolladas, la "unidad de motivación" (aprovechamiento de la ocasión²³⁵³). 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)²³⁵⁴.

Finalmente, lo importante es establecer la unidad de conexión subjetiva, que puede partir de ambos supuestos, que determine una unidad de resolución criminal.

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 afirmación²³⁵⁵. 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 culposos, al carecer de una base existencial psíquica²³⁵⁶.

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.

La unidad no depende totalmente de la representación imaginaria del autor, sino que necesita de un fundamento racional -que tenga la suficiente idoneidad-para poder efectivamente lesionar o poner en peligro un bien jurídico

2351 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 827.

2352 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., ps. 443-444.

2353 WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán*. cit., p. 312.

2354 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 303.

2355 En contra VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 653.

2356 Así, WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán...*, cit., p. 315; ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 827; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 304.

protegido. El punto de vista del derecho no es el punto de vista del delincuente. Lo que para este último se presenta como una unidad, no es preciso que se le presente del mismo modo también a aquél. La circunstancia de que los delitos de un ratero o los de una banda de ellos o una cuadrilla de ladrones tenga su raíz en una sola resolución puede, sin duda, ser tomada en cuenta para la punición de los delincuentes, pero a los delitos cometidos no les quita nada de su significación independiente, ni los toma en elementos constitutivos de un delito únicos²³⁵⁷.

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"; vgr., 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 mueble²³⁵⁸; (...) 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 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 medio²³⁵⁹. Es una *voluntas criminis*, 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

2357 MERKEL, Adolfo; *Derecho Penal. La España Moderna*, Madrid s/f., p. 382.

2358 PEÑA CABRERA, Raúl; cit.; Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 442.

2359 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 652.

importó la sustracción del bien mueble (hurto) y, acto seguido se ejerce violencia física sobre la persona (robo), no sería admisible el delito continuado²³⁶⁰, 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 preponderante²³⁶¹.

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 sólo debe mediar un único medio comisivo.

4.3. Tratamiento Punitivo

La sanción jurídico-penal aplicable, será la que corresponda a la infracción criminal más grave, tal como lo dispone normativamente, el primer párrafo del artículo 49° del CP.

4.4. Cómputo de Plazos Prescriptorios

El paso del tiempo produce efectos devastadores en la vida del hombre, asimismo una administración de justicia penal que pretende revestirse de seguridad jurídica, debe poner fin a la persecución penal del Estado cuando se ha sobrepasado el tiempo legal para la activación de toda la maquinaria estatal, a fin de evitar resoluciones judiciales injustas y castigos punitivos de por sí inútiles; de tal forma surge la institución de la Prescripción, cuyo efecto más inmediato es el cese de la persecución penal, que puede estar referida a la acción penal y a la pena.

Determinar con precisión los plazos de prescripción resulta fundamental, amén de garantizar la realización de justicia, poniendo cortapisa a una pretendida impunidad, que se lograría mediante una interpretación antojadiza de la norma.

La Prescripción es una institución de carácter mixto, «material-procesal»; «Material», en la medida opera según la naturaleza jurídica del delito, y procesal, en virtud de que su operatividad práctica es ejecutada en el transcurso de un Proceso Penal.

Según lo previstos en el artículo 82° inc. 3, el inicio del plazo prescriptorio en el delito continuado se inicia en el momento en que terminó la actividad delictuosa.

2360 Así, LASCANO (h), C.J.; *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 573.

2361 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 304.

En consecuencia, en el momento en que el autor infringe por última vez la ley penal, en el momento en que se produce la vulneración de la norma, que supone la plasmación de los efectos nocivos hacia los bienes jurídicos de la víctima, violaciones sistemáticas de la ley penal, comprendidas en una unidad de resolución criminal; v.gr., el tipo penal de Falsedad Material previsto en el artículo 427° del CP; dicha modalidad delictiva indica que para su configuración típica, se debe elaborar un documento falsificado todo o en parte, que en su utilización se pueda producir un perjuicio hacia un tercero; no basta, pues con la elaboración del documento apócrifo, sino que como elemento objetivo de punición, se necesita la posibilidad de provocar un perjuicio al derecho de un tercero, por lo que aquél se verá afectado, cada vez que el agente ingresa el documento al tráfico jurídico, documento que puede ser público o privado, según los términos normativos del articulado en cuestión.

En base a las consideraciones expuestas, resultaría dogmáticamente falso, pretender iniciar el plazo prescriptorio a partir de la fecha de elaboración del documento; lo correcto, es iniciar el cómputo del plazo prescriptorio a partir de la última vez que el agente delictivo, ingresa el documento al tráfico jurídico, es en este instante típico, donde se vuelve a producir una afectación al bien jurídico tutelado como elemento *objetivo de punición*. No tendría razón de ser, que la delimitación del plazo sea fijado en un momento en que el bien jurídico era totalmente inmune a cualquier intento de lesión, ni siquiera la posibilidad de una real puesta en peligro, de llegar al umbral de ofensividad necesario; piénsese en el autor que guarda en sus gavetas un testamento falsificado, introduciéndolo en el tráfico jurídico 12 años después de su elaboración material, por lo que la prescripción de la acción penal sería inminente, por lo que su delimitación temporal debe fijarse con su ingreso al tráfico jurídico.

5. EL DELITO MASA

Figura creada por la ciencia penal española y prevista en el art. 69 bis del derogado CP hispano -introducido mediante la reforma de 1983- para castigar aquellos fraudes colectivos en los cuales aparece un número plural de afectados, en casos de delito continuado²³⁶².

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*".

2362 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 653-654: Así, GARRIDO MONTT, M.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 445-446.

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 socio-económico 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, desaparecen 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, etc²³⁶³.

En nuestro país, la acrecencia de un empleo permanente, resulta empleados 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 sólo 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 masi-

2363 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 654.

va -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 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 jurídicos²³⁶⁴.

Por consiguiente, el «delito masa» constituye en realidad un delito continuado, como una sub-especie de aquél, condicionado a la pluralidad de agravados, 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 reglas 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.

2364 Citado por BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 305.

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 pena²³⁶⁵.

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, prevaleciéndose 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.

a. Tratamiento Punitivo

Siendo mayor el contenido del injusto típico, en virtud de la pluralidad de personas afectadas, el legislador ha considerado conveniente aumentar la penalidad, en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave; se apela pues, a la prevención general negativa, aumentando su efecto conminatorio y disuasorio de la sanción punitiva, a fin de inhibir el estímulo anti-normativo.

6. EL CONCURSO REAL RETROSPECTIVO

6.1. Naturaleza Jurídica

La ciencia del Derecho penal sustenta la legitimidad de su intervención, en mérito a criterios de sustantividad material, que en 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, concon-

2365 SUAREZ GONZALEZ, C. y otros; *Comentarios al Código Penal*. cit., ps. 265-266.

dante con la Ley N° 10124²³⁶⁶, 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 penas (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*)²³⁶⁷, 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.

2366 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*.

2367 Presupuesto garantizador que se deriva del principio de legalidad, pues el ciudadano no sólo tiene derecho a conocer con anterioridad qué acciones u omisiones se encuentran criminalizadas (norma primaria), sino también, cuál es la sanción jurídica (norma secundaria) y ésta debe estar contenida en una dosimetría penal con marcos penales mínimos y máximos; la función garantista y comunicativa del tipo penal demanda que la relación normativa norma-ciudadano se desarrolle de forma válida y coherente.

6.2. Finalidad de la Refundición de Penas²³⁶⁸

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 hecho²³⁶⁹).

Dicho lo anterior, consideramos que el fin teleológico de esta institución radica en que el condenado no sea puesto nuevamente 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.

6.3. 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

2368 La refundición de penas o el denominado "Concurso Real Retrospectivo" es una institución propia del derecho penal sustantivo, pues se engarza con los fines de la pena, en este caso de la prevención especial positiva.

2369 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.

impuestas con anterioridad y en calidad de firmes en tomo a una penalidad única²³⁷⁰.

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 sentencias condenatorias, donde cada una de ellas, haya impuesto una pena concreta; es a partir de dicho dato a saber, que el condenado, puede petitionar 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 delito²³⁷¹.

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».

Un Estado que tiene como objetivo esencial la defensa de la persona humana debe hacer todo lo posible, para que todos aquellos que quebrantaron los principios mínimos de convivencia social tengan la posibilidad de reintegrarse y reincorporarse a la sociedad como individuos útiles para el funcionamiento de la misma.

Con acierto afirma SCHALL/SCHREIBAUER: «una sociedad que quiere mantenerse respetuosa con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder

2370 ROJAS VARGAS, F. *Jurisprudencia Penal Comentarla*. Tomo I. Gaceta Jurídica. 1999, p. 127.

2371 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.

a todo autor la posibilidad de resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad²³⁷².

Por consiguiente, el criterio rector que inspira esta institución es eminentemente garantista, es evitar que el penado sea objeto de una segunda criminalización innecesaria, asegurando así la meta resocializadora: "a menor estancia en prisión, menos efectos disocializantes", es decir, tanta pena como sea necesaria.

6.4. 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 sometida 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.*

Conforme lo anotado, 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 archivar 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, éste adquiere la calidad de Cosa Juzgada, por lo que no

2372 Citado por SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Estudios de Derecho Penal*. Biblioteca de autores extranjeros. N° 5. Edit. Grijley. Lima-Perú, septiembre del 2000. "Innovaciones tecnoprácticas de la Victimología en el Derecho Penal", p. 246.

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 sobresea 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, sólo 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 pe-

nal; v.gr., si el penado se encontraba purgando carcelería por una condena de siete años, se le sumará le 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 ésta, 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.

7. CONFLICTO APARENTE DE LEYES PENALES

7.1. 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; es 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 siste-*

mática y plural, la misma ley penal o varias a la vez, en cambio, en el caso del Conflicto aparente de leyes penales, sólo 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 sólo 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, éste debe subsumirse en un solo tipo penal, si bien en apariencia aparecen otros tipos comprendiéndolo: al abarcarlo uno, los restantes quedan marginados²³⁷³.

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 otro²³⁷⁴.

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 indiferencia²³⁷⁵.

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 así²³⁷⁶.

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 conjunta-

2373 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 457.

2374 LASCANO (h), C. J.; *Unidad y Pluralidad Delictiva...*, cit., p. 556; Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 541; WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 320.

2375 SOLER, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 175.

2376 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 656-657.

mente -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 éstas²³⁷⁷.

Esta categoría se da cuando un hecho tiene un encuadramiento típico múltiple que es tan sólo aparente, pues en definitiva se aplica sólo un tipo delictivo²³⁷⁸, o parafraseando a BACIGALUPO, cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor sólo ha cometido una única lesión de la ley penal²³⁷⁹.

Común denominador de las acepciones mencionadas, es que en el «conflicto aparente de leyes penales», como resultado de los criterios de interpretación, sólo 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"²³⁸⁰.

BACIGALUPO, sostiene que la denominación es equívoca, porque en esta situación no existe un concurso: lo que se enfrenta es un problema de interpretación de leyes penales ante casos concretos, que se produce porque el injusto contenido en el tipo aparece comprendido también en otro u otros tipos, que se encuentran entre sí en una relación, particular, sea de especialidad, de consunción o de subsidiariedad²³⁸¹.

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 ras-

2377 ZAFFARONI, E. R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 830.

2378 LASCANO (h), C.J.; *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., ps. 553-554.

2379 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 536.

2380 ROMERO SOTO, Luis E.; *Concurso Aparente de Leyes. Hechos Copenados*. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, cit., p. 4.

2381 BACIGALUPO, E.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 239.

gos distintivos (injusto y de la culpabilidad), 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 desplazados²³⁸², 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 ésta²³⁸³.

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 esta 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 éste; por otra parte cabe advertir que en cierto sentido toda la dogmática es interpretación de la ley penal²³⁸⁴.

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.

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)²³⁸⁵.

2382 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, 540.

2383 ZAFFARONI, E. R.; *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, cit., p. 831; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 540.

2384 ZAFFARONI, E. R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 831.

2385 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 657.

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 tipos²³⁸⁶.

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 acción²³⁸⁷.

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 penal²³⁸⁸.

ANTON ONECA escribe que en este tipo de concurso las disposiciones legales transgredidas no pueden ser aplicadas a la vez, siendo incompatibles, de modo que la aplicación de una excluye la de las otras²³⁸⁹. Bajo una primera apariencia, parecerá admitir la subsunción de un hecho en distintos tipos de delito, pero una valoración posterior obliga a aplicar solamente uno de ellos: "Una sola norma acapara el total del comportamiento del Injusto"; cualquier otra sanción, impuesta en nombre de otra norma, supondría la violación del principio *non bis in idem*, toda vez que el mismo hecho sería castigado dos veces²³⁹⁰; v.gr., que la acción homicida sea castigada por asesinato y parricidio a la vez o la apropiación de caudales o efectos del Estado, en cuanto tipificación simultánea por las figuras delictivas de peculado y de apropiación ilícita.

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, pero, realmente sólo una de ellas se adecua

2386 LASCANO (h), C. J.; *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 555.

2387 ROMERO SOTO, L. E.; *Concurso Aparente de Leyes...*, cit., p. 19.

2388 Esta figura jurídica no se encuentra regulada *expressi verbis* por nuestra legislación penal (así también el CP Colombiano), a diferencia de otras legislaciones, como la española, que la prevé en el art. 8° del Código Penal de 1995; Para HURTADO POZO se habla de concurso aparente de leyes (*scheinbare Konkurrenz*), cuando la acción del agente parece cumplir con las exigencias de diversos tipos legales, pero, en realidad sólo una de las disposiciones debe ser aplicada por abarcar todos los aspectos delictivos de la acción, cit., p. 254.

2389 ANTON ONECA, J.; *Derecho Penal, Parte General*; Cfr.

2390 QUINTERO OLIVARES, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 644; LASCANO (H), C. J.; *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 558.

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 jurisprudencial²³⁹¹.

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 consunción²³⁹². STRATENWERTH, de acuerdo a un planteamiento anterior, limita la aplicación a los criterios especialidad y de subsidiariedad²³⁹³.

ZAFFARONI, resuelve los casos de unidad de la ley por medio de tres principales fundamentos: especialidad, consunción y subsidiariedad²³⁹⁴. 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 alternativa²³⁹⁵.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, incluye como criterios interpretativos los principios de especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad²³⁹⁶. 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 normativa²³⁹⁷.

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

2391 La caracterización de las distintas formas que pueden alcanzar las relaciones de los tipos penales es considerada como de "discutida y sin ninguna esperanza" (STRATENWERTH).

2392 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 536.

2393 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 541.

2394 ZAFFARONI, E.R.; *Derecho penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 831.

2395 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 457.

2396 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 658-660.

2397 Así, ZAFFARONI, E.R.; *Derecho Penal. Parte General*, Vol. II, cit., p. 831.

palabras dicho: -la opción de tipificación legal que en mejor medida se ajuste al principio de legalidad.

7.2. 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 general²³⁹⁸.

El tipo específico cuando aprehende al hecho desplaza al genérico²³⁹⁹; (...) siendo necesario que uno de los tipos esté íntegramente contenido en otro; pero ello puede suceder en forma más o menos expresa²⁴⁰⁰; así en el caso de la Calumnia (art. 131 °) y la Injuria (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 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 Admi-

2398 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 457-458.

2399 LASCANO (h), C.J.; *Unidad y pluralidad delictiva*, cit., p. 560; Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 658.

2400 SOLER, S.; *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 190.

nistración de Justicia, como unidad de la administración estatal que sólo 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 diferentes²⁴⁰¹. 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°²⁴⁰², 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.

Esta relación de subordinación se presenta en la forma de encerramiento conceptual, pues no se concibe la realización de una acción que encuadre en el tipo especial sin que al mismo tiempo lo haga en el general, es decir, el parricida que da muerte a su padre, está cometiendo la conducta prevista en el artículo 106° (homicidio), pero con el añadido de tipificación del artículo 107° (parricidio). Se dice que la figura especial tiene una mayor adherencia a los hechos que la general, es decir, que contiene una descripción más pormenorizada de los mismos²⁴⁰³.

Conforme a lo anotado, el precepto especial contiene los mismos elementos constitutivos que lo definen como delito en relación al precepto general, pero agrega uno o varios elementos que le otorgan una relevancia específica. De similar opinión es QUINTERO OLIVARES al señalar que el especial reúne un número mayor de notas identificativas, reduce el número de supuestos en ella incluidos²⁴⁰⁴;

2401 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 542.

2402 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 362-363.

2403 ROMERO SOTO, L.E.; *Concurso Aparente de Leyes...*, cit., p. 24.

2404 QUINTERO OLIVARES, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 647.

v.gr., Homicidio Simple - Parricidio (nexo de parentesco); Violación Sexual - Estado de Inconsciencia; Robo - Robo Agravado (medios empleados, calidad del sujeto pasivo, etc.); consecuentemente, ante la confluencia de dos tipos legales, resultará preferible aquel que manifieste una mayor «especificidad».

La «relación de especialidad», no supone necesariamente, que el tipo penal preponderante (desplazante), conlleve una penalidad 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 privilegiado²⁴⁰⁵; 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 típica²⁴⁰⁶, 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 hecho²⁴⁰⁷; 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 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».

2405 SOLER, S.; *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 191.

2406 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 105-108.

2407 Así, ROMERO SOTO, L. E.; *Concurso Aparente de Leyes...*, cit., p. 29; BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 538.

Ahora bien, se dice que el principio de especialidad puede operar de forma interpretativa, tanto en el caso de tipificaciones que revelan una homogeneidad del bien jurídico tutelado, como de aquellos que revisten un bien jurídico diferenciado. Los bienes jurídicos afectados por la relación o principio de especialidad pueden ser distintos, es decir, que si se afectan, por ejemplo la fe pública y el patrimonio, en un caso como el de uso de documento privado falso con ganancia para el usuario y perjuicio patrimonial para otro, no es ello razón esencial para eliminar la relación de especialidad que haya entre dos bienes diferentes afectados por el comportamiento²⁴⁰⁸.

En el caso de nuestro derecho positivo vigente, se producen también las incidencias dogmáticas anotadas; v.gr., los tipos penales del artículo 197° inc. 1) (estafa procesal) y el supuesto de hecho previsto en el artículo 416° (inducción a error a funcionario público), manifiestan conductas típicas de gran similitud comprensiva; cuya delimitación no es en realidad de mayor simpleza; en el primero de ellos, el agente introduce a un proceso judicial documentación falsaria a fin de inducir al juzgador, a dictaminar una resolución judicial favorable a sus intereses, que suponga necesariamente el desplazamiento patrimonial de un tercero o la imposibilidad de que se vea gravado en su acervo patrimonial, incidencia delictiva que también afecta a la administración de justicia, pues se utiliza la judicatura de forma ilegal para la obtención de un beneficio de por sí ilícito (delito pluriofensivo); mientras que la segunda de las conductas implica la conducta maliciosa del autor, de provocar en el juzgador (jurisdiccional o administrativo) el dictado de una resolución, mediante la introducción de instrumentos de prueba apócrifos o mediante declaraciones de voluntad no concordantes con la realidad.

Dicho lo anterior, en ambas modalidades típicas se manifiesta el error como elemento nuclear que da vida al injusto penal, donde la delimitación deberá centrarse en la incidencia antijurídica que recae en mayor medida en alguno de los bienes jurídicos tutelados, pues si es el patrimonio de un tercero el afectado de forma preponderante, será la figura preferible el tipo penal de Estafa procesal, pero si es la majestad de la administración de justicia la mas afectada, habrá que optar por el delito de Inducción a error a funcionario público. De todos modos, consideramos que existe un elemento que da una especificación clara en uno u otro sentido, si el hecho no da lugar a la expedición de resolución alguna, no podrá ser el tipo penal del artículo 197°, pues es un delito de resultado, mientras que el segundo es un tipo distintivo de peligro concreto, no pudiendo descartarse la tentativa de estafa procesal, siempre y cuando la intención deliberada del agente haya sido la obtención de un beneficio patrimonial ilícito; mas en el caso del artículo 416°, basta para la realización típica, de cualquier artificio

2408 ROMERO SOTO, L. E.; *Concurso Aparente de Leyes...*, cit., p. 25.

destinado a provocar el error en el funcionario público, sin la necesidad de un fin lucrativo.

También se identifica este fenómeno dogmático, entre los tipos penales de Falsedad Material (art. 427°) y el de la Ley penal especial (Ley N° 28008), defraudación de rentas de aduana, bajo el supuesto de utilización de documento falsificado, pues este último primará siempre y cuando, la elaboración falsaria del documento (público) sea destinado a declarar un valor que no se condice con la realidad de las mercaderías importadas o exportadas; situación que también podría dar lugar al principio de consunción.

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 valioso²⁴⁰⁹.

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 interferencia²⁴¹⁰.

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 especialidad²⁴¹¹.

2409 ROMERO SOTO, L. E.; *Concurso Aparente de Leyes...*, cit., p. 36.

2410 JESCHECK, H.; citado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 659-660.

2411 SOLER, S.; *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 193.

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 sólo como un elemento constitutivo o circunstancia agravante y no como delito-tipo (subsidiariedad tácita)²⁴¹²; de forma que la relación de subsidiariedad se da tanto de forma expresa como de forma tácita.

Los casos de subsidiariedad expresa -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 interpretativa²⁴¹³.

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 manera²⁴¹⁴.

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 que ingresa el documento falsario al tráfico jurídico, 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 equivocadamente 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 *funcionarial*; 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

2412 SEBASTIÁN, S.; *Derecho Penal. Parte General...*, cit., ps. 192-193.

2413 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 538-539; Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 660.

2414 ROMERO SOTO, L. E.; *Concurso Aparente de Leyes...*, cit., p. 38.

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, que 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 protegido²⁴¹⁵.

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 criminal²⁴¹⁶.

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 co-penados 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 consumado²⁴¹⁷. A nuestro parecer, el tema de los actos posteriores co-penados adquiere una mayor concreción, como se verá más adelante.

Puede darse relación de subsidiariedad expresa en el conflicto producido entre los tipos penales de Falsedad material (art. 427°) y el de Falsificación de

2415 CARO CORIA, C.; *El delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 155.

2416 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 208-210.

2417 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 660.

sellos y timbres (art. 434°), delimitación típica que se determina en base al objeto material del delito.

Acerca de los límites de la subsidiariedad expresa, ROMERO Sara escribe que para que exista este tipo de relación entre dos disposiciones penales, se necesita que en ambos casos el sujeto activo sea el mismo, que sea también idéntico el objeto material, que se trate del mismo sujeto pasivo y que haya unidad del episodio criminoso²⁴¹⁸; la identidad del bien jurídico tutelado es un factor esencial para la configuración de la «subsidiariedad expresa».

La relación de subsidiariedad tácita, como se apuntó líneas atrás, se determina conforme a una vía interpretativa, cuyas zonas de delimitación con la relación de especialidad, son en realidad difícil de marcar, donde el núcleo puede dar lugar en el nivel de intensidad tuitiva. Para ello es preciso tener en cuenta que la relación entre un tipo penal y otro deben ser de tal naturaleza que la relación de ambos mediante una única acción no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal²⁴¹⁹.

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 entrecruza 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 cuenta²⁴²⁰.

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 ha convertido en el instrumento de preferencia del legislador, cuando ciertos hechos fenoménicos en la sociedad, lo conducen a

2418 ROMERO SOTO, L.E.; *Concurso Aparente de Leyes...*, cit., p. 42.

2419 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 539.

2420 SOLER, S.; *Derecho Penal. Parte General...*, cit., ps. 195-196.

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 del ofendido, donde el autor, no fue conciente 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, sólo 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 culposo 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 obstáculo 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. Con-

trariamente, el asesinato por lucro es la finalidad perseguida por el autor, toda vez que producida la muerte de la víctima, éste 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 arrebatárle 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 ultiman, para poder cometer el delito de hurto, debiéndose admitir un Concurso real de delitos²⁴²¹; 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 contundentes como para matarla²⁴²². Bajo tal situación, el Homicidio Culposos, 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

2421 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 62-66.

2422 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 253-256.

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 principios 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 leyes²⁴²³. 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 tutelén bienes jurídicos distintos²⁴²⁴.

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 condición típica

2423 ROMERO SOTO, L. E.; *Concurso Aparente de Leyes...*, cit., ps. 44-45.

2424 ASÍ, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, cit., p. 550.

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 ambos²⁴²⁵.

Para algunos penalistas este principio no es más que una subforma del Principio de Especialidad (Antolisei)²⁴²⁶.

Se dará una «relación de subsidiariedad» cuando un tipo penal sólo sea aplicable en tanto no resulte aplicable otro, la cual puede estar expresamente prevista en la ley o deducida en base a esta interpretación. En defecto de la norma principal, se aplica la norma subsidiaria; v.gr., cuando el grado de relevancia de la aportación criminal es de menor grado en relación con la del autor, ésta se regula mediante las formas de Complicidad (art. 25° del CP); así como Libramientos Indebidos -Estafa, Lesiones- Faltas contra la persona (según el grado de afectación del bien jurídico), en el caso de los delitos patrimoniales (Hurto y Daños), cuando el valor del objeto de la acción sea menor a las 4 RMV (a partir de la dación de la Ley N° 28726 la cuantificación remunerativa se reduce a una sola unidad), la acción será calificada como constitutiva de una falta (contravención), etc.

Cuando uno de los tipos penales no implique sino una ampliación de la protección penal de un bien jurídico a estadios previos a la lesión del mismo.

Por lo expuesto, la figura de la Subsidiariedad se aplica en aras de evitar la impunidad, a un hecho delictivo que puede ser subsumido en otro tipo penal. .

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 lógica²⁴²⁷.

Aparece el principio de consunción, (...) cuando la realización de un supuesto de hecho más grave incluye la de otro menos grave, es el primero

2425 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, cit., ps. 580-581.

2426 Citado por QUINTERO OLIVARES, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 647.

2427 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 539.

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 severa²⁴²⁸.

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 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 conspiración²⁴²⁹; 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 natural²⁴³⁰.

Aquel tipo legal más complejo absorberá a los tipos consumidos en aquél; en algunas ocasiones, un delito se encuentra comprendido por varios hechos,

2428 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 658.

2429 SOLER, S.; *Derecho Penal. Parte General...* cit., p. 180.

2430 ROMERO SOTO, L.E.; *Concurso Aparente de Leyes...*, cit., p. 79.

que valorados aisladamente son considerados "delitos", pero no se castigan independientemente, debido a que su esencia típica constituye elemento constitutivo de un único delito. Para JESCHECK habrá que remitirnos a este principio cuando el contenido de lo ilícito y la culpabilidad de un delito están incluidos en otro. Ejemplo: Grados de imperfecta ejecución (tentativa) - Consumación; Lesiones - Homicidio; Actos contra el Pudor - Violación a la Libertad Sexual; el Robo en casa habitada comprende ya el delito de Allanamiento Ilegal de Morada, es consumido por el precepto del robo; delitos donde las acciones que forman parte del tipo objetivo, son absorbidos por un delito que implica una única desvaloración.

Es de verse también, los llamados «Delitos Complejos», que comprenden varias acciones típicas, integradas en un solo delito, como es el caso del delito de Terrorismo (art. 2° del Dec. Ley N° 25475)²⁴³¹, figura criminosa que en su configuración puede lesionar varios bienes jurídicos, como: -la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, etc. Para distinguirla de los delitos de homicidio, daños o lesiones, habrá que remitirse al tipo subjetivo -a la finalidad trascendente- que en este caso es atentar contra el bien jurídico: Tranquilidad Pública; de esta forma se dejarán de lado (desplazados) los tipos autónomos por el complejo.

La consunción alcanza también a los actos posteriores copenados, que son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente²⁴³².

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

2431 Mediante la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 010-2002-AUTC-Lima del 03/01/2002), se declaró la inconstitucionalidad de algunos Decretos Leyes, expedidos por el gobierno dictatorial que gobernó nuestro país en el último decenio del siglo pasado, legislación antiterrorista que *per se* significó la vulneración de los principios penal-constitucionales que legitiman la intervención del Derecho Penal en una sociedad democrática, así como la afectación de los principios informadores de un Proceso Penal Democrático y Garantista, regido por el Principio Acusatorio. Si bien es cierto que se solicitó la inconstitucionalidad del art. 2° del Dec. Ley N° 25475, porque el delito de terrorismo es definido de una forma imprecisa y abstracta, pues dice "realiza actos" pero no dice qué tipo de actos, asimismo dice "en picando materias", pero no precisa qué tipo de materias. El Tribunal termina señalando que el tipo penal en cuestionamiento, habrá que interpretarlo según el Principio de Legalidad penal. Nosotros consideramos, que la inconstitucionalidad de este precepto se fundamenta por otra razón, basada en la incorporación de varias modalidades típicas, que son finalmente sancionadas con la misma penalidad, es decir, hechos disvaliosos que por la producción lesiva que éstos producen merecen recibir una penalidad diferenciada; en consecuencia se vulneran el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad de las penas, al establecer una incongruencia penológica en el tratamiento sancionador.

2432 BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 540.

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.

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.

CAPÍTULO XX

EL INJUSTO IMPRUDENTE

Sumario: 1. Conceptos preliminares. 2. La Regulación Positiva del Injusto Imprudente y su Evolución Dogmática en el Desarrollo Jurídico-Doctrinario. 3. Sociedad de Riesgo (Riskogesellschaft). 4. Estructura del Injusto Imprudente. Elementos Definidores del Injusto Imprudente. 4.1 *El Deber Objetivo de Cuidado*. a) *Contenido del Deber Objetivo de Cuidado*. b) *La Norma de Cuidado*. c) *El Deber Subjetivo de Cuidado*. c.1. *Poderes Individuales*. c.2. *Conocimientos Especiales*. c.3. *Hombre medio*. c.4. *Crítica al Hombre Medio*. 4.2 *Tipo Subjetivo del Injusto Imprudente*. 4.3 *Antijuridicidad. Toma de Posición*. 5. Juicio de imputación. 6. La Imputación Objetiva (Causales de Atipicidad). 6.1 *La Creación de un Riesgo Jurídicamente Desaprobado*. 6.2 *El principio de Confianza*. 6.3 *La realización del Tipo Objetivo. El Resultado como Consecuencia de la Infracción del deber Objetivo de Cuidado*. 6.4 *Interrupción del Nexo Causal*. 6.5 *Ámbito de Protección de la Norma*. 7. La Preterintencionalidad (Responsabilidad Objetiva por el Resultado). 8. El Caso Fortuito. 9. Clases de Culpa. 9.1 *La Culpa Inconsciente (Unbewusste Fährlässigkeit)*. 9.2 *La Culpa Consciente*.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

La sociedad actual ha ido evolucionando de forma significativa e incesante, producto de las transformaciones socio-económicas que dan cabida a la denominada «sociedad post-industrial», especialmente por las grandes innovaciones científicas y tecnológicas, que han facilitado tremendamente la vida del hombre, propiciando un beneficio sustancial en sus actividades cotidianas.

Nadie puede negar, entonces, que estas innovaciones científico-tecnológicas encierran una utilidad para el desarrollo y progreso del ser humano, para la prosperidad de los pueblos, economías emergentes que se enlazan en una era de Globalización y de desarrollo regional; empero, estas nuevas actividades, así como la masificación de las ya existentes, provocan un efecto dual (*dígase ambivalente*), no sólo generan un beneficio para la humanidad, sino

también reales focos de peligro para los bienes jurídicos más importantes del individuo y la sociedad.

Riesgos que no son percibidos de forma concreta, pues se adscriben en un contenido «inmaterial» y «espiritual», producto de su naturaleza artificial, pero no por ello son menos lesivos a los peligros tradicionales, por lo que su incidencia en el ámbito punitivo debe medirse conforme a su real incidencia ofensiva.

De hecho, los peligros que se ciernen sobre el medio ambiente o las colusiones de los agentes económicos en el mercado en desmedro de los consumidores, no genera el mismo impacto social que los robos, secuestros o asesinatos y, ello se constata en la propia actividad legislativa, pues estas nuevas actividades criminosas reciben una reacción punitiva menos intensa; situación que poco a poco ha ido cambiando, en razón a hechos reales de constatación, lo cual no debe ser entendido como una postura criminalizadora, sino como la adecuación de estas conductas típicas a los principios de «lesividad», «proporcionalidad» y «culpabilidad».

A nuestro entender, una descripción de la sociedad así concebida («sociedad de riesgo»), amerita una redefinición en el rumbo político-criminal, mediante el empleo de nuevos instrumentos dogmáticos, perfilando una visión *preventiva del Derecho penal*.

La sociedad de la era contemporánea contemplaba posiciones rígidas de los individuos, sin mayor peligro que los factores naturales y de los propiciados por los propios hombres, a partir de la producción de peligros voluntarios y conscientes, es decir, la actividad criminal era producto de una acción u omisión definida por una actitud consciente y final, que se dirigía a la obtención de un resultado querido por el autor. En cambio, la estadística criminal de hoy en día revela, que el gran porcentaje de la producción delictiva emana de una conducción defectuosa del individuo, al contravenir las normas que regulan una determinada actividad humana, desencadenando *focos latentes de riesgos para los bienes jurídicos fundamentales*.

Dicho así: *la sociedad moderna -del siglo XXI- es caracterizada criminalmente por aquellas conductas del individuo que se realizan por la generación de un «Riesgo no Permitido», al infringir normas de cuidado orientadas esencialmente a estabilizar focos de peligro, a fin de evitar la afectación o la puesta en peligro de los bienes jurídicos fundamentales; a tal efecto, los elementos compondores del «injusto imprudente», constituyen: el «riesgo no permitido», la «infracción de normas de cuidado» y la afectación de los «intereses jurídicos de mayor preponderancia constitucional».*

Las nuevas actividades tecnoprácticas, científicas e industriales, acrecientan la posibilidad de generación de riesgos, que generan en la sociedad un ambiente de inseguridad y que demandan al legislador una mayor intervención

penal a partir de sus efectos socio-cognitivos, mediando la penalización del «injusto imprudente».

Dicho lo anterior, a una criminalidad dolosa en crecimiento -vía delincuencia común, criminalidad organizada y la corrupción gubernamental-, se suma una delincuencia culposa, manifestada en el desarrollo deficitario de actividades, de técnicas y de nuevos instrumentos que intrínsecamente implican un riesgo, pues su manipulación exige la adopción de determinadas medidas de previsión y su actuación por agentes especialistas, como: profesionales, técnicos, científicos, etc.

De la realización de estas nuevas actividades pueden derivarse efectos perjudiciales de igual o mayor magnitud lesiva que la derivada de los injustos dolosos. Así parece que estas consecuencias lesivas se producen a partir de determinadas infracciones, que en este ámbito se centran en el deber objetivo de cuidado, en un factor de contrariedad al cuidado²⁴³³.

Basándose los tipos penales en una norma de determinación, esa norma no puede prohibir la mera causación de resultados disvaliosos, sino sólo la conducta contraria al cuidado debido²⁴³⁴. Obra de manera contraria al deber de cuidado quien no observa el cuidado debido referido al bien, esto es, quien lesiona las reglas de cuidado jurídicas que existen en interés del bien²⁴³⁵; es así, que se ubica el problema en el disvalor del injusto, en específico, en *la zona fronteriza* entre el «riesgo permitido» y el «riesgo no permitido».

Conforme lo anotado, podríamos subrayar con una certeza rayana en la seguridad, que la sociedad moderna es político-criminalmente caracterizada por los delitos culposos; mientras surjan nuevos riesgos para la indemnidad de los bienes jurídicos *preponderantes*, a partir de actividades humanas defectuosas, el Derecho penal va a reaccionar político-criminalmente mediante la creación de tipos culposos, pues la lucha contra la criminalidad implica la formulación de herramientas idóneas para enfrentarla eficazmente.

Si la intervención del Derecho penal, está sometido a las nuevas descripciones sociales riesgosas para bienes jurídicos, esta composición es evidenciada en nuestra sociedad, donde continuamente se manifiestan resultados lesivos producto de actividades riesgosas, vía los accidentes de tránsito, de la industria, de intervenciones médicas, deportes de alto riesgo, etc., que generan

2433 STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal...*, cit., p. 503; Así, GARRIDO MONTT. M.: *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 214; RAMOS TAPIA, M. Inmaculada; *Delitos de Acción. La Tipicidad*. En: *Derecho Penal. Parte General*. Director: J. M. ZUGALDIA ESPINAR. Tirant lo blanch, 2da. Edición, cit., p. 532.

2434 J. A. CHOCLAN MONTALVO/ A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, actualizada a marzo del 2001. cit., p. 334.

2435 FRISCH, W.; *Delito y Sistema del Delito*, cit., p. 232.

una demanda de la sociedad hacia las agencias de penalización, para apretar las redes de represión penal, a veces reaccionándose de forma exagerada, en relación al contenido del injusto cometido.

En dicho ámbito protector del Derecho penal, el injusto imprudente asume un protagonismo de primer nivel en la lucha contra la criminalidad, desplazando la categoría tradicional de la delincuencia intencional.

El Derecho Penal moderno sería propio y característico de la sociedad de riesgos, es así que el Estado asume el control de estos nuevos riesgos bajo la incidencia regulativa del injusto imprudente.

La realidad social evidencia con creces, que una criminalidad emergente no sólo puede ser combatida y prevenida, mediante los delitos dolosos, ante esta realidad el delito culposo se cohesiona armoniosamente desde una visión político-criminal²⁴³⁶. Sin embargo, la punición de este último debe someterse al principio de mínima intervención, a fin de que esta función política criminal no termine desbordando los principios legitimadores del *ius puniendi* estatal.

En resumidas cuentas, la labor del injusto imprudente es esencial en una sociedad caracterizada por un vastedad de actividades riesgosas, una tarea política criminal complementaria al injusto doloso, pues el Derecho penal debe dirigirse fundamentalmente a combatir las actividades humanas que se orientan volitivamente a la producción de un resultado lesivo y a la concreta generación de riesgos y, sólo puede incidir coactivamente en las conductas defectuosas del individuo, cuando de dicho obrar se afectan o ponen en peligro real bienes jurídicos de especial relevancia constitucional, de conformidad con el principio de *mínima intervención* y la naturaleza fragmentaria del derecho punitivo.

También resulta justificado el castigo a aquellas imprudencias por parte de quienes ostentan una especial posición de deber de cuidado (...) ²⁴³⁷; en nuestro derecho positivo vigente esta posición político-criminal se reconduce a determinados ámbitos de competencia institucional (*injustos funcionariales*), v.gr., peculado culposo.

La culpa, pues, ha de ser sumamente restringida, si no se quiere paralizar la actividad de una sociedad o enloquecer a sus individuos²⁴³⁸; (...) estamos precisamente, ante los delitos que con mayor frecuencia se cometen por individuos perfectamente normales, y en los que, lejos de preponderar el elemento subjetivo, tiene un valor decisivo el resultado a cuya realización contribuyen

2436 Así, ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal*, cit., p. 248.

2437 RAMOS TAPIA, M. I.; *Delitos de Acción...*, cit., p. 541.

2438 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 233.

factores fortuitos²⁴³⁹. El aspecto criminológico de estos delitos revela una faz completamente distinta a la de los dolosos, pues no contiene un elemento psicológico determinado, sino que la valoración supone una confrontación con los modelos de conducta que se desprenden de la normativa en su conjunto. No se halla en este caso mentes humanas perturbadas o prototipos de personalidad patológica, lo que no quiere decir, que los inimputables no puedan llegar a cometer injustos imprudentes.

Es de verse, por tanto, que los «injustos imprudentes» determinan un mayor ámbito de incidencia en los comportamientos de los individuos, a través de una intervención punitiva que se refleja en una normatividad específica, en ciertas actividades humanas de por sí riesgosas, las cuales exigen la realización o la no realización de una determinada acción a fin de prevenir o de estabilizar focos de riesgos.

2. LA REGULACIÓN POSITIVA DEL INJUSTO IMPRUDENTE Y SU EVOLUCIÓN DOGMÁTICA EN EL DESARROLLO JURÍDICO-DOCTRINARIO

El artículo 11º del CP, reza de la siguiente manera: «Son *delitos y faltas las acciones dolosas o culposas penadas por la ley*», en concordancia con el art.12 (in fine), que dispone lo siguiente: «*Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley*».

Dicho lo, la base de la punición del sistema, importa el delito doloso, pues la mayoría de los tipos penales reprimen dicho comportamiento delictivo y, excepcionalmente, el comportamiento culposo; mas aquello no debe entenderse como una supremacía del uno sobre el otro; en tanto, ambos injustos convergen en una finalidad teleológica-valorativa: la «protección de bienes jurídicos».

Ahora bien, nuestra legislación positiva hace referencia a una punición abierta del delito culposo, o es que sólo puede criminalizarse, cuando de forma taxativa lo establece el legislador en el tipo penal concreto.

Siendo así, nuestra *lege lata*, se inclina por la segunda opción, pues el injusto imprudente se encuentra normado vía una regulación de «*numerus clausus*»²⁴⁴⁰, es decir sólo referida a ciertos y determinados tipos legales²⁴⁴¹. Su admisión como título de imputación subjetiva sólo es posible conforme a una taxatividad expresa (principio de legalidad), pues el legislador nacional, con-

2439 ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal*, cit., p. 248.

2440 Así, RAMOS TAPIA, M. I.; *Delitos de Acción...*, cit., p. 540.

2441 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 232.

forme a la tendencia político-criminal de la legislación comparada²⁴⁴², ha determinado la tipicidad culposa conforme al baremo de «mínima intervención», sólo en aquellos injustos que inciden en una conducta lesiva a un bien jurídico preponderante, a fin de ejercer una mayor protección preventiva, tanto desde un aspecto de prevención general como de los principios legitimantes del aparato punitivo estatal.

Como se observa, nuestro texto punitivo no realiza una definición del injusto imprudente, por lo que habrá que remitirse a las definiciones que la doctrina ha elaborado a lo largo de la evolución epistemológica del derecho penal.

Asimismo es relevante hacer un apartado singular, respecto a la terminología «culpa»; si bien es cierto que nuestro derecho positivo aún mantiene la fórmula del delito culposos, no es menos cierto -que tanto la Jurisprudencia como la dogmática dominante-, utilizan indistintamente los conceptos de «negligencia» y de «imprudencia», en razón a un empleo político criminal más depurado.

La palabra «culpa», -tal como apunta PEÑA CABRERA- tiene, en el lenguaje popular, el idéntico estimulador de confusión que tenía en los tiempos romanos, dado el abanico de significados: hecho ilícito, infracción, pecado, expiar o pagar una culpa, culpabilidad o responsabilidad frente a algo, o también como imprudencia o negligencia²⁴⁴³. El término culpa en el primitivo Derecho romano, anterior a la República, significaba culpabilidad o capacidad de culpa por un hecho ilícito, del mismo modo que literariamente los clásicos la utilizaban en el sentido amplísimo de falta, vicio o responsabilidad²⁴⁴⁴.

En cambio, el término imprudencia (y el adjetivo imprudente) como falta de prudencia, cuidado o diligencia, como actuación de un riesgo excesivo, es perfectamente claro e inequívoco tanto para juristas como para cualquier otro ciudadano²⁴⁴⁵; a nuestro entender, la realización de un riesgo no permitido como consecuencia de una acción u omisión defectuosa, encuentra una definición más acorde con un sistema ordenado de elementos normativos que ha despojado de la teoría de lo ilícito personal de matices *naturalísticos*.

2442 Este sistema es seguido por el CPCH, como expresa GARRIDO MOTT, el principio general en la legislación nacional es que el hecho atribuible a culpa no es punible (arts. 4 y 10 N 13), salvo que esté expresamente sancionado (*numerus clausus*); *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 222; el artículo 12 del CPE sigue la misma tónica legislativa; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, nos indica que el CPC, asume el sistema italo-suizo, como se desprende de las estipulaciones contenidas en los arts. 37 y 39 (...); *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 431.

2443 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. 3era. edición. Editorial Grijley. Lima-Perú, 1997, p. 510.

2444 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 491.

2445 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit., p. 492.

La responsabilidad subjetiva, pues, debe responder sin ningún reparo a fundamentos normativos, que sólo pueden desprenderse de una terminología desprovista, de elementos ajenos a la infracción normativa.

Pasando al segundo punto de la discusión, la definición conceptual del injusto imprudente ha pasado por una evolución fundamentalmente argumentada bajo una acepción psicológica y la otra variante de naturaleza normativa; el concepto psicológico de imprudencia se encuadra en el sistema clásico del delito, que ubicaba la culpabilidad como el nexo psíquico del autor con el acontecer causal lesivo para un bien jurídico, donde la culpa era un elemento más de la culpabilidad, de contenido menos intenso que el dolo.

El concepto psicológico de imprudencia se encuadra en la concepción psicológica de la culpabilidad, propia del "concepto clásico de delito" (...); si la culpabilidad se entendía como un nexo psíquico de enlace entre el sujeto y el hecho y la imprudencia se consideraba como una forma de la culpabilidad, la imprudencia también tenía que consistir en un nexo psicológico de unión del sujeto y el hecho, eso sí, menos intenso que el dolo²⁴⁴⁶.

A la causalidad no le tomó mucha importancia el estudio de la culpa, pues su sistema partía sobre la base de la tipicidad y de la antijuridicidad como base de la causalidad (parte objetiva) y la culpabilidad que tenía como componentes psíquicos al dolo y a la culpa, que no eran objeto de una distinción sistemática coherente.

Ya con el causalismo naturalista, se pretendió establecer diferencias entre la culpa consciente y la culpa inconsciente, pero, únicamente la primera era abarcada por la representación del resultado, mientras que la segunda había que excluirla de la culpabilidad por no encontrar ubicación de una culpabilidad caracterizada por el elemento volitivo. VON LISZT, definió a la culpa como un error sobre el carácter causal o no evitador del resultado de la actuación de voluntad, es decir, como un error sobre los elementos constitutivos de tipificación penal²⁴⁴⁷.

Luego, ya con ENGLISH, empieza a advertirse la presencia de un elemento definidor del injusto imprudente en base a una consideración objetiva: «el deber objetivo de cuidado». Es decir, el cuidado que requiere la vida social es de carácter objetivo valorativo y, por tanto, pertenece a la antijuridicidad y no a la culpabilidad, donde sólo se podrá plantear el cuidado subjetivo, esto es, si al

2446 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 493.

2447 En cambio para MEZGER, desde una relación valorativa y no simplemente psicológica de la culpabilidad, señala que en la culpa se valora algún momento anterior, que hubo una decisión voluntaria, ya un antecedente remoto voluntario. Citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 230.

sujeto se le puede reprochar el no haber utilizado todas sus capacidades²⁴⁴⁸; al sujeto, por tanto, se le reprocha no haberse comportado de acuerdo con lo esperado con la vida social, pero sólo esa acción es ilícita cuando se contraviene las normas del deber objetivo de cuidado, habiendo inobservado la diligencia debida. Esta característica, que es la que hace desvalorable una conducta no dolosa, presupone ciertamente previsibilidad del hecho —o del resultado— típico, pues respecto de aquello que es imprevisible no existe ni puede existir un deber de cuidado para intentar evitarlo²⁴⁴⁹.

Así estructurado el tipo culposo se evidencia su descomposición, entre el disvalor de la acción y el disvalor del resultado, donde sólo el segundo era de relevancia para la causalidad. Fue entonces, con el finalismo donde los elementos subjetivos del delito se desplazan de forma definitiva, a una ubicación conceptual adecuada, de la culpabilidad al elemento nuclear de la tipicidad, y asimismo, la culpabilidad es concebida normativamente como «reprochabilidad del hecho al sujeto».

Para WELZEL, el contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste (...), en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico²⁴⁵⁰, con esta posición se carga al injusto de una fuerte dosis *subjetiva* y se le otorga una mayor valoración al «disvalor de la acción», pues en ella es donde el autor configura su obra: la voluntad.

Siguiendo el hilo conductor, se diría que los delitos culposos son resultados de una acción no final (no querida por el autor), como una especie de finalidad potencial; a partir de las contribuciones de WELZEL la doctrina mayoritaria considera que el deber de cuidado se ve infringido cuando el resultado típico es «objetivamente previsible»²⁴⁵¹. Lo cual no resulta correcto para un sector mayoritario de la doctrina, en tanto el «disvalor de la acción» con el «disvalor del resultado», determinan la «antijuridicidad» general de la conducta, donde las

2448 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 231; ahí ROXIN al anotar "Ya English destacó sobre la base de consideraciones de teoría de las normas, que la "inobservancia del cuidado debido" propia de los delitos imprudentes ha de ser un elemento del tipo: si los tipos se basan en una norma de determinación, en una instrucción de conducta del legislador, entonces esa norma no puede prohibir la mera causación, sino sólo una determinada conducta contraria al cuidado debido"; *Derecho Penal. Parte General* Tomo I "Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducida por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1997, p. 997.

2449 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 494.

2450 WELZEL, Hans; *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Traducción y notas por José CEREZO MIR. Reimpresión. Julio César Faria Editor. Montevideo-Buenos Aires, 2002, ps. 111-112.

2451 FEIJOO, Bernardo; *Resultado lesivo e imprudencia*. Universidad Externado de Colombia - José María Bosch Editor Barcelona, Colombia, 2000, p. 96.

condiciones y capacidades del autor habrá que valorarlas conjuntamente con la tipicidad objetiva (la lesión del deber de cuidado), mientras que en la culpabilidad se examina el juicio de imputación individual; en cuanto, a lo objetivamente previsible, no toda acción que pueda ser objetivamente previsible presupone sin más una infracción del deber de cuidado.

Asimismo, debe decirse que el disvalor del resultado no es una parte referencia) que imprime la punibilidad de la conducta, sino que su completo desvalor se produce con la consumación de todos sus elementos constitutivos²⁴⁵², y ésta ha sido la posición de la doctrina y de la legislación positiva a reprimir únicamente su auténtica realización típica²⁴⁵³ -mas no su grado de imperfecta realización-, acorde con consideraciones de política criminal. Para los finalistas el problema es pretender mantener el tipo como una congruencia entre la mente del autor y el tipo objetivo, no todo en la vida puede ser abarcado por la mente humano, hay asuntos que trascienden la esfera conciente del individuo, por lo que la imputación jurídico-penal por culpa, ha de encontrar sustento, en un basilar esencialmente «normativo».

Lo importante no es definir el dolo del autor, sino desvalorar aquellas conductas que pongan en riesgo los valores fundamentales de la sociedad, sea con conocimiento directo, sea con un conocimiento viciado producto de un comportamiento defectuoso, a través del ámbitos de organización individuales.

El criterio sistemático es ubicar la lesión del deber objetivo de cuidado en el injusto y no en la culpabilidad²⁴⁵⁴; asimismo los conocimientos y capacidades del autor²⁴⁵⁵ y de establecer una relación normativa entre la creación del riesgo no permitido²⁴⁵⁶ con la realización del resultado lesivo producido, pero éste debe ingresar al ámbito de protección de la norma.

El delito imprudente basa su reproche en una base normativa, por no haberse comportado cuidadosa o diligentemente de acuerdo al «deber de exigibilidad normativo»; lo importante a todo esto, es encuadrarse en la esfera de

2452 Así, FEIJÓO, Bernardo al entender que el resultado es un elemento de la conducta típica y no algo diferente a ésta, por lo que la distinción de origen finalista entre disvalor de la acción (disvalor de la intención) y disvalor del resultado se debe sustituir por una distinción entre imputación objetiva e imputación subjetiva o personal; *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., ps. 33-34.

2453 Nuestra codificación punitiva asume un sistema de incriminación de la imprudencia cerrada y excepcional (*numerus clausus*).

2454 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 494.

2455 Mientras que en el finalismo el poder individual del autor y sus capacidades personales se incluían en la culpabilidad.

2456 Pues está fuera de discusión —como apunta ROXIN—, que en amplios sectores el riesgo permitido marca el límite a partir de cuya superación comienza la imprudencia; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, cit., p. 998.

la cognición y no de la voluntad, pues el núcleo del injusto imprudente es de naturaleza objetiva.

Debe rechazarse, también, la posición doctrinal que ubica la «infracción del deber objetivo de cuidado» en el Injusto y, la «previsibilidad objetiva» en sede de la culpabilidad. Si la previsibilidad objetiva se funda en el hombre medio -prudente y razonable- su valoración debe ubicarse en el plano del Injusto, dejando en el ámbito de la imputación individual un juicio de valor estrictamente individual.

Como pone de relieve LUZÓN PEÑA, (...) junto al tipo de injusto imprudente, al igual que ocurre en el doloso, para que llegue a constituir un delito completo, tenga que haber además culpabilidad; y en la culpabilidad del delito imprudente se examinan todas las condiciones individuales del autor, incluyendo la previsibilidad subjetiva, que le permitan o no comprender y seguir el deber objetivo de cuidado²⁴⁵⁷; el cuidado individual que podría poner el sujeto en particular, (...) dice con la culpabilidad²⁴⁵⁸.

Si se sitúa en la culpabilidad la valoración del poder subjetivo del autor de ajustarse a la norma de cuidado exigible al hombre medio, en la medida que el sujeto presente una capacidad inferior a esa medida objetiva la tipicidad queda intacta, debiéndose apreciar solamente una disminución de la culpabilidad, o su exclusión en casos excepcionales²⁴⁵⁹.

El que el autor estuviera en condiciones de reconocer individualmente el peligro y de obrar de manera conforme a Derecho (...), una cuestión que debe analizarse sólo en la culpabilidad²⁴⁶⁰; lo que se pretende en otras palabras es ejercer un patrón generalizador a nivel de injusto, tomado en cuenta eso sí los especiales conocimientos que puedan exigirse en determinada actividad de la vida social y, de establecer el juicio de culpabilidad conforme a un baremo individualizador, bajo la salvedad de aplicar el resto de elementos que de este nivel categorial, se desprenden (error de prohibición, estados de inexigibilidad).

3. SOCIEDAD DE RIESGO («RISIKOGESELLSCHAFT»)

El proceso de industrialización, iniciado a partir de la 1era. «Revolución Industrial» (siglo 19), trajo a colación la irrupción de un sinnúmero de actividades, que conllevan un peligro intrínseco en su realización para bienes jurídicos,

2457 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 496; En contra STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 504; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., ps. 160 y ss.

2458 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General. T. II*, cit., p. 214.

2459 J. A. CHOCLAN MONTALVO/ A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 336.

2460 FRISCH, W.; Citando a BURKHARDT; *Delito y Sistema del Delito*, cit., p. 233.

produciendo un aumento considerable en las figuras delictuosas a título de culpa, estado situacional que mereció un mayor análisis dogmático por parte de la doctrina mayoritaria (Imputación Objetiva).

Al respecto anota MONTOVANI, que el delito culposo está hoy poniéndose en el centro no sólo de la dogmática y la criminología sino también de la política criminal²⁴⁶¹. Tal afirmación revela un escenario de debate dogmático, que no sólo se extiende a la estructura dogmática del injusto imprudente, sino también a un marco de política criminal, es decir, cómo debe ejecutarse, sancionarse y perfilarse su tratamiento legislativo y cuál debe ser la respuesta punitiva del Estado ante estos hechos delictuosos²⁴⁶².

El avance portentoso de una sociedad Postindustrial, generó la aparición de nuevas actividades humanas, en principio peligrosas para los bienes jurídicos preponderantes, que se desprenden del orden social y jurídico; v.gr., actividades como la industria, el tráfico rodado, deportes peligrosos, etc. Conductas humanas, que a pesar de entrañar un peligro intrínseco, ingresan a un ámbito de permisibilidad normativa, en base a su utilidad social.

El riesgo que encierran, exige que su actuación se realice bajo determinadas normas, que vienen a identificarse como el «Riesgo Permitido», pues sólo

2461 Citado por PEÑA CABRERA, R.; op.cit.

2462 El incremento sustancial de estos delitos en la realidad fáctica, sobre todo en el tráfico varío donde los accidentes producto del obrar negligente - muchos casos en virtud del estado de ebriedad de los conductores- han traído como consecuencia la producción de resultados fatales, lo cual ha desencadenado una mayor demanda social que exigía un trato punitivo más severo en términos de penalidad y de imposición de medidas de injerencia más gravosas (medidas de detención), expresadas en términos preventivos generales, hecho que ha traído como resultado una neocriminalización en estos delitos; lo propuesto tomó lugar de *lege lata* en la Ley N° 27753 del 09 de junio del 2002, que agrava las penas del delito de homicidio culposo y de lesiones culposas drásticamente a penalidades que superan los ocho años de pena privativa de libertad (art. 111°) cuando el autor de la acción antijurídica se encontraba conduciendo un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro; luego, con la dación de la Ley N° 29434 del 19 de noviembre del 2009, se ha reducido la ingesta de alcohol, en el caso de los conductores de transporte público, a 0.25 gramos-litro, habiéndose incrementado la penalidad en ambas figuras delictivas (Homicidio y Lesiones culposas); Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 142-154; las estadísticas recientes, muestran con estupor, que los accidentes de tránsito, producidos por una conducción defectuosa del agente, influenciado por el alcohol y otras sustancias psicotrópicas sigue en aumento, lo que incide en un plano de mayor necesidad de intimidación y de penalización, determinado a un punto límite, en el sentido, de que si la orientación política criminal sigue las estadísticas criminales de estos delitos, muy pronto la punición de estos injustos, será mayor que los delitos dolosos; consideramos, que el tratamiento jurídico, debe incluir la tarea socio pedagógica, sobre todo en los conductores más jóvenes.

cuando la conducta humana supera este baremo normativo, podemos ingresar a una zona de relevancia jurídico-penal.

El compendio de dichas actividades nos describe la denominada «Sociedad de Riesgo», que tiene una mayor incidencia en los países más industrializados, donde el desarrollo vertiginoso de la ciencia y de la tecnología, produce una proliferación de actividades que entrañan un peligro efectivo para los miembros de una comunidad; dicho de otro modo: *el gran nivel alcanzado por la ciencia y en la tecnología que da cabida a la sociedad postindustrial genera un efecto dual, por un lado prosperidad y progreso y, por otro, contradictoriamente, la aparición de riesgos reales para los bienes jurídicos más importantes, todo lo cual redundando en una descripción sociológica que amerita una reformulación de orden normativo. No obstante, son actividades autorizadas por el Estado y permitidas por la sociedad, en virtud de la utilidad social o productividad económica, que éstas pueden generar para el progreso de una determinada sociedad.*

En palabras de SILVA SÁNCHEZ la llamada "sociedad de riesgo", que caracteriza a las sociedades postindustriales desarrolladas, contribuye así a propiciar un cambio en el modelo del Derecho penal que se manifiesta de forma especial, si bien no exclusiva, "en la configuración de la delincuencia no intencional"²⁴⁶³.

Conforme lo anotado, acorde con un programa de «Derecho Penal Mínimo», se reserva la formulación en principio para tipos penales culposos, para proteger los bienes jurídicos de mayor preponderancia social y jurídica, como lo son los intereses jurídicos propios del núcleo duro del Derecho penal: la vida, el cuerpo y la salud (homicidio culposo, art. 111° y lesiones culposas, art. 124° del CP).

Sin embargo, observamos que algunas tipificaciones penales comprendidas en la codificación punitiva, no obstante, advertir una mera desobedien-

2463 SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *"La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales"*, Madrid, 1999, p. 22. Citado por SUÁREZ GONZÁLEZ C. "Derecho Penal y Realidad Social". *La Dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*. Biblioteca de Autores Extranjeros, N° 7, 2001, p. 116; surgen otros bienes jurídicos denominados difusos o macrosociales, en los cuales no existe una identificación determinada de la persona afectada por la acción u omisión típica, como: medio ambiente, protección de los usuarios y consumidores, etc.; es así que el Derecho penal asume nuevos retos, que es la prevención y contención de dichos riesgos, ante un probable actuar deficiente de aquellos destinados a propiciar estas nuevas configuraciones sociales, que pueden producir verdaderos peligros para los bienes jurídicos de los individuos. La denominada «Sociedad de Riesgo» tiene vinculación con la expansión inflacionaria del Derecho penal; ante la creación de nuevos riesgos, el derecho punitivo incide en mayor medida en la esfera de libertad, criminalizando nuevas conductas en aras de ejercer eficazmente su función preventiva y controladora. Muchos de estos riesgos son producidos de forma negligente, es decir, son producto de un obrar defectuoso de ciertos ámbitos de organización de carácter interno.

cia administrativa, son objeto de penalización por el legislador, acentuando los efectos socio-pedagógicos y promocionales de la norma penal, engrosando lo que se conoce como el «Derecho Penal Simbólico».

Posición distinta, ha de verse en el ámbito de los «delitos ambientales»; En la presente hipótesis estamos ante un bien jurídico de gran trascendencia valorativa, del Medio Ambiente, hasta el punto que algunos lo han catalogado como el interés jurídico de mayor relevancia luego de la vida humana. En tal entendido, consideramos que la punición de la modalidad imprudente del delito de contaminación ambiental, se corresponde plenamente con los criterios de una política criminal moderna y, sobre todo, con las necesidades más esenciales de la sociedad moderna.

La configuración del injusto de contaminación ambiental culposo (art. 304º del CP), debe observar varios elementos a saber: primero, rebasar los LMP, que se contienen en la norma extra-penal; segundo, que dicha contravención administrativa genere un riesgo jurídicamente desaprobado con *aptitud de lesión al bien jurídico tutelado* y, tercero, que la lesión y/o afectación de dicho interés sea consecuencia directa del riesgo no permitido, provocado por la conducta del agente.

Por otro lado, pueden acontecer resultados lesivos, pese a que el autor actuó con la diligencia debida, produciéndose un resultado típico que no puede ser atribuible a título de imprudencia, por no sobrepasar su conducta el «riesgo permitido» o puede suceder también, que pese a sobrepasar el «riesgo permitido», la realización del resultado lesivo no es producto del riesgo generado por la conducta desplegada por el autor; asimismo, se niega el título de imputación por culpa, cuando el resultado lesivo es producto de un hecho fortuito, manifestándose una ausencia del «factor previsibilidad».

4. ESTRUCTURA DEL INJUSTO IMPRUDENTE

Los partidarios del Finalismo se equivocaron en este punto, al pretender edificar la estructura del delito culposo sobre la base del delito doloso; a diferencia de la finalidad en el injusto doloso: «voluntad consciente resultante», en el injusto imprudente, el resultado sobreviene como consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado. Es en tal mérito, que el Derecho penal no sólo criminaliza y conmina con pena los delitos dolosos, sino también, determinadas conductas -en las cuales el resultado lesivo no era deseado- éstos son provocados por no haber tomado la debida diligencia al realizar una determinada actividad, a pesar de existir un «Deber de Exigibilidad».

Para BINDING en la estructura del tipo imprudente existe un imperativo independiente que consiste en un esfuerzo de poder mental (*Anspannung der Denkkraft*) que contiene siempre un deber de atención junto a todos los deberes

singulares fundamentados por la norma. En tanto que para ENGLISH la imprudencia es esencialmente una infracción del deber subjetivo de cuidado.

Por lo general, el objeto de prohibición en los delitos dolosos se encuentra determinado en la descripción típica de los tipos penales, hecho que no sucede en los delitos culposos, pues la determinación se realizará en función de cada caso concreto, tomando como referencia la norma interna de cuidado, así como los deberes y conocimientos especiales del autor.

La actividad sancionadora, se dirige a determinados resultados lesivos previsibles por el autor, producto del quebrantamiento del deber de cuidado. Podría, por lo tanto, decirse que los tipos culposos son abiertos -tal como lo afirmaba WELZEL- y para poder cumplimentar la materia prohibitiva, el Juzgador debe acudir a una cláusula general, en la cual se encuentra contenida el deber de cuidado; (...) el delito culposo es siempre un delito de tipo abierto, ya que el tipo legal por su propia estructura no puede ser determinado de forma precisa por el legislador, sino por el juez, pues conceptos como "imprudencia", "negligencia" (o bien, "cuidado objetivo") sólo pueden concretarse frente a una situación específica, no en abstracto²⁴⁶⁴; (...) deben ser completados por el juez acudiendo a una cláusula de carácter general que no se encuentra contenida en ellos y en la cual se establece el deber de cuidado²⁴⁶⁵.

No somos partidarios de dicha postura, pues tal afirmación podría conllevar a ampliar espacios de discrecionalidad al juzgador, que pudiendo generar el dictado de resoluciones judiciales antojadizas y arbitrarias. El principio de «estricta legalidad», exige que los tipos penales sean estructurados semánticamente de forma determinada; tal cláusula general en realidad no existe, lo importante será delimitar el ámbito de protección de la norma complementándola con la normativa, que regula de la actividad social en concreto, a partir de dichos datos ubicaremos la norma interna de cuidado supuestamente lesionada; para tal efecto, el órgano judicante deberá realizar un esfuerzo de interpretación normativa, utilizando para ello los elementos conceptuales que se derivan de la Imputación Objetiva, para poder señalar los límites de ese deber.

Importa en definitiva, una labor estrictamente valorativa, en la cual habrá que remitirse a las características especiales que manifieste el autor en el momento de los hechos, expresado en su esfera de competencia organizativa, conforme a lo que conocemos como el «Riesgo Permitido».

Los ámbitos en los cuales con mayor frecuencia toman lugar los delitos culposos, como el tráfico rodado, utilización de medios de transporte sofisticados, realización de deportes de alto riesgo, son actividades que *per se* denotan

2464 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 233.

2465 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 430.

un riesgo intrínseco, pero, en virtud de su utilidad social se definen como riesgos tolerables.

En la práctica, pueden producirse resultados lesivos que no pueden ser imputados objetivamente, por haberse desarrollado bajo los parámetros del riesgo permitido o cuando el resultado producido no es la concreción efectiva de dicho riesgo. Por lo tanto, el injusto imprudente será aquel producto de un error (consciente o inconsciente) que recae sobre la efectiva virtualidad de un peligro generado por una conducta que sobrepasa el «Riesgo Permitido» o cuando se cree firmemente en poder evitar la producción de dicho riesgo, en cuanto a la infracción del deber objetivo de cuidado, deber que le era exigible, por ser parte de su esfera organizativa (*Organizationsverschulden*).

De forma similar, que en el injusto doloso, también puede identificarse en el injusto imprudente, un «disvalor de la acción» y un «disvalor del resultado»; por tales motivos, que el disvalor de la acción y el disvalor del resultado forman parte de injusto, como un mismo plano que dota de contenido material al injusto imprudente, por ende, el resultado en el delito culposos no puede ser calificado como una «condición objetiva de punibilidad».

Si bien las normas jurídico-penales suponen en principio, la infracción de conductas y no la producción de resultados, no es menos cierto que la modificación del mundo exterior, a partir de la afectación concreta de un bien jurídico es lo que reviste de legitimidad la punición de conductas que no obedecen a un acto determinado finalmente por el individuo, pues dicho factor es determinado por los principios limitadores del *ius puniendi* en un orden democrático de derecho.

El injusto no supone únicamente la desobediencia a una norma de conducta, sino también la afectación a un interés jurídico penalmente protegido.

Cuando la conducta causa una lesión de mayor magnitud, el reproche es mayor y también mayor el contenido del injusto, si sólo se causa una afectación corporal el comportamiento es constitutivo de lesiones culposas, pero si producto de la misma conducta sobreviene un resultado más grave: la muerte, se desplaza la adecuación normativa al tipo de homicidio culposos²⁴⁶⁶.

Los elementos del injusto imprudente, que revisten al injusto imprudente de un matiz personal e individualizado, son los siguientes:

1. La posibilidad de exigirle al autor la conducta prudente.
2. La previsibilidad del resultado; y,
3. Vincular la previsibilidad del resultado a la infracción del «deber de cuidado».

2466 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*. T. II, cit., p. 221.

a. Elementos Definidores del Injusto Imprudente

En forma similar que en el injusto doloso, puede también admitirse la presencia de Causas de Justificación, preceptos permisivos que convierten un acto típico en lícito.

En el delito culposo no se admiten las variantes de accesoriedad en la participación²⁴⁶⁷, no se admite la posibilidad que concurra complicidad o instigación, mas el caso de la co-autoría es un tema de amplia discusión.

En vista del menor disvalor que presenta la estructura del injusto imprudente, sólo es punible la plena configuración delictiva (Consumación), por ende, quedan fuera del ámbito de lo punible las formas imperfectas de ejecución.

Lo indicado, identifica una adecuación de la legislación punitiva al principio de mínima intervención, entonces, ante un nivel anterior de la etapa consumativa, sólo podrá imponerse al autor una sanción administrativa²⁴⁶⁸.

2467 Si bien es cierto, que las formas de accesoriedad en la participación exigen de la concurrencia de dolo en la esfera psíquica, el asunto es claro en las variantes de complicidad, mas no en la instigación. Un sector de la doctrina admite como posible la inducción en un delito culposo. Aquel que determina a otro a infringir el deber de cuidado que le es exigible. Nosotros consideramos lo contrario, pues la instigación es la provocación del dolo en el instigado, para que éste lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido; a fin de negar la admisión de otras formas de autoría y participación en el injusto imprudente se estima que en estos delitos se parte de un concepto unitario de autoría a diferencia de los dolosos, donde la autoría reposa en una perspectiva restrictiva; al respecto, J.A. CHOCLAN MONTALVO y A. CALDERÓN CEREZO, ponen de relieve que la opinión mayoritaria en España, y de la jurisprudencia, se opone a la conversión de toda contribución de participe en autoría, proponiendo distinguir entre autoría y participación, admitiéndose la posibilidad de la coautoría imprudente, todo ello favorecido por la adhesión de buena parte de la doctrina a una teoría formal objetiva de la autoría; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 345-346; una posición así concebida supone una reformulación de la estructura de la coautoría que se desprende del delito doloso, toda vez que la confluencia de voluntades o el concierto criminal, debe ser sustituido por un "dominio objetivo del hecho".

2468 La punibilidad de la tentativa imprudente ha sido siempre objeto de discusión en la doctrina. La doctrina dominante es contraria a tal admisión (MUÑOZ CONDE, QUINTANO RIPOLLÉS); nuestra legislación penal, prescribe en su art. 16°, que la tentativa es el inicio de la ejecución del delito que decidió (dolo) cometer sin consumarlo. El respeto al Principio de Legalidad, exige que sólo puedan punirse tentativas, cuando concurra en la esfera subjetiva del autor, el dolo, esto quiere decir, que la esfera de la imputación subjetiva sólo está reservada por un elemento volitivo definidor de la realización típica, por lo tanto, la tentativa (formas de imperfecta ejecución) de los injustos imprudentes resulta inadmisibles; sin embargo, la realización de ciertas actividades, que por su frecuencia han significado un incremento significativo en el ámbito de intangibilidad de los bienes jurídicos más importantes, puede resultar político-criminalmente necesaria la punición de comportamientos imprudentes que no supongan una concreta lesión del interés jurídico, así lo consideró el legislador en el marco de los delitos contra la Seguridad Pública (Título XII - Capítulo I: delitos de peligro común), tal como se desprende del artículo 278° del CP, es de verse que la técnica legislativa de los delitos de peligro, no sólo adquiere legitimación para los

Parece ser una política criminal definida, de intensificar la protección jurídico-penal de los bienes jurídicos ambientales, mediando la penalización de la modalidad culposa, como se prevé en el segundo párrafo del artículo 306º del CP (Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos), que debe ser entendido en común idea con lo reglados en los artículos 11º y 12º del CP.

En el caso de la hipótesis imprudente, cabe la siguiente objeción: hasta donde sabemos el delito culposo únicamente resulta admisible, ante la causación de resultados lesivos, no ante meras puestas en peligro. De modo, que el legislador se excedió, al haber normado la punición de un injusto imprudente, basándose sólo en el *disvalor de la acción*, lo que atenta al principio de *Minima Intervención* y al principio de *subsidiariedad*.

No obstante anotado, cabe indicar, que la configuración de la modalidad culposa requiere también la constatación de la infracción de una norma de cuidado, que a su vez genere un *riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud de*

delitos dolosos, pues a fin de ejercer una tutela de mayor intensificación de los bienes jurídicos más importantes, se ha extendido dicha técnica en el injusto imprudente; pero en ellos -como pone de relieve Ramos Tapia- no se castiga la falta de cualquier cuidado debido sino tan sólo los seleccionados por el legislador en atención a su especial potencialidad para causar resultados lesivos; *Delitos de acción...*, cit., p. 544; para BACIGALUPO puede concebirse el resultado lesivo como una "condición objetiva de punibilidad", dado que el autor no ha necesitado haber tenido conciencia de su realización; acá se confunde el contenido psicológico de la culpa, la realización típica en los delitos culposos coincide con la producción del resultado lesivo (homicidio culposo, lesiones culposas, etc.), no importa una condición objetiva de punibilidad, porque estos resultados son elementos constitutivos del tipo legal. No toda realización de un riesgo no permitido va a ingresar al campo de la tipicidad, éste deberá producir un resultado lesivo, para que ingrese al ámbito de protección de la norma. La estructuración de los tipos penales culposos, para hacerlos punibles, sólo en su perfección delictiva obedece a criterios político-criminales, de reservar la sanción punitiva a lesiones efectivas y concretas; de este modo, se delimitan claramente las fronteras entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador; así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 238; GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 221; a decir de Ramos Tapia, la impunidad en general de las conductas imprudentes sin resultado lesivo se justifica sobre todo por la necesidad de limitar la intervención del Derecho Penal, que no puede extenderse a la aparición de cualquier conducta peligrosa; *Delitos de acción...*, cit., p. 543; Al respecto ver J.A CHOCLAN MONTALVO/ A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 341, pues como dicen estos autores, todo dependerá fundamentalmente, de la concepción del injusto que se profese, y, en particular, de si se considera que el desvalor del resultado fundamenta el Injusto del delito imprudente junto al desvalor de acción representado por la infracción del deber de cuidado; contrariamente dicho, si se acentúa la posición del desvalor de la acción como único fundamento material del injusto imprudente -como lo esgrimen los finalistas- es lógico que se considere al resultado como una mera condición objetiva de punibilidad, posición que evidentemente no compartimos; en palabras de JESCHECK la acción y el resultado se hallan unidos estrechamente y deben ser entendidos como una unidad; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 529.

lesión a los bienes jurídicos ambientales, sin que medie un conocimiento efectivo y/o virtual del peligro creado por el comportamiento prohibido, pues de ser así, la incriminación habría de ser *dolosa*.

Luego, en base a una valoración negativa, habrá que descartarse la ausencia de dolo²⁴⁶⁹, para poder comprobar la presencia de imprudencia, quiere decir esto que la admisión de la imprudencia está condicionada a la no concurrencia de un factor final, de la dirección conductiva hacia una meta criminal, impulsado por una voluntad consciente, ajena a la imprudencia, pues esta última se deriva de la inobservancia de un deber, que precisamente el autor contraviene, sin que la causación de un determinado resultado lesivo haya sido querido, pero sí era previsible y evitable; (...) pues si hay dolo, o sea, conciencia y voluntad de realizar la parte objetiva de ese tipo, ya no tiene sentido plantearse y examinar si la misma se ha realizado por falta de cuidado²⁴⁷⁰; o a la inversa, se debe examinar -antes de ingresar a la esfera anímica del agente-, si la afectación del bien jurídico es producto de la infracción de un deber de cuidado que genera un riesgo no permitido y, recién a ese nivel, preguntarnos sobre la concurrencia o no del dolo.

Como bien expresa FRISCH, la investigación sobre el individuo aparece por principio tan sólo legítima cuando ésta se muestra necesaria desde el punto de vista externo (y por ello se legítima)²⁴⁷¹. Si ya descartamos en un primer nivel de valoración la creación de un «riesgo no permitido», ya no resulta útil preguntarnos por la presencia o no del dolo.

Haciendo un paralelismo, se admite la posibilidad de realización típica, de un Concurso Ideal de un delito doloso con uno de naturaleza culposa.

PEÑA CABRERA sostiene, que la doctrina prevalente postula que en el dolo se viola una norma prohibitiva primaria, lesionando o poniendo en peligro voluntariamente bienes jurídicos amparados en concreto, en tanto que en los culposos se infringe sólo la norma de cuidado, lo que ciertamente implica un menor disvalor de la acción. En los delitos culposos pues, se infringen aspectos secundarios de la norma prohibitiva que prescriben también prohibido el realizar conductas peligrosas a pesar de no existir la intención de lesionar bienes jurídicos: *si se realizan es porque no se ha guardado el cuidado debido*.

2469 BACIGALUPO apunta, que la noción moderna de Imprudencia es la Jurisprudencia española que se alcanza a través del caso de aceite de colza (STS del 23-4-92), esta línea jurisprudencia] iniciada por esta sentencia, demostró que la teoría del dolo como voluntad había quedado reducida en la práctica; .cit., *Principios de Derecho Penal*, cit., p. 247.

2470 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 497.

2471 FRISCH, W.; *Delito y Sistema del Delito*, cit., p. 251.

Conforme lo anotado, se considera, que el mayor disvalor que producen los delitos dolosos, se fundamenta en la intencionalidad directa a lesionar o poner en peligro intereses jurídicos tutelados; *contrario sensu*, en los delitos culposos el menor disvalor radica en la inobservancia del cuidado al momento de realizar la conducta peligrosa.

Es de verse, por tanto, que el contenido material del injusto imprudente exige una respuesta punitiva atenuada en relación al injusto doloso²⁴⁷²; con arreglo a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad; aspecto que no se respeta en rigor, conforme se advierte de la figuras preterintencional sancionada en el núcleo de los delitos convencionales, como es el caso del Robo agravado seguido de muerte, Secuestro seguido de muerte, Violación sexual de menor de catorce años seguido de muerte, etc.; siendo que ahora, el Homicidio Culposo en concurso con dichos injustos, recibe una penalidad más grave (*pena de cadena perpetua*) en comparación con el tipo penal de Asesinato.

En palabras de GIMBERNAT ORDEIG, si la justificación de la pena es su necesidad, su idoneidad para lograr una vida social soportable, castigar lo mismo el homicidio imprudente que el doloso sería un abuso de la potestad penal, ya que, dada la estructura del delito imprudente, con la elevación de la pena no se conseguiría una disminución de muertes culposas; desde un punto de vista social, el aumento de sufrimiento de los delincuentes imprudentes sería inútil²⁴⁷³.

4.1. El Deber Objetivo de Cuidado

Elemento objetivo, qué duda cabe, que desde ENGLISH -de común idea con lo dicho en líneas precedentes-, la dogmática penal ha sido coincidente en admitir, como núcleo fundamental del «injusto imprudente»: la lesión del deber objetivo de cuidado, la inobservancia de una norma reguladora, la infracción de un precepto normativo, (...) la falta del cuidado requerido en el ámbito de relación²⁴⁷⁴, etc.; sea cual fuera su denominación, se trata en realidad de un factor eminentemente “normativo”, pues su construcción se deriva de una transgresión de todo un entramado normativo, cuya ubicación en sede de la tipicidad es una postura ya de por sí inamovible -a pesar de sus detractores-, que tiene como correlato la determinación de una exigencia de actuación que se desprende del propio contenido de las prescripciones legales en rigor. Normatividad ex-

2472 Parte de la doctrina que trata de fundamentar la estructura típica del injusto imprudente tomando como referencia al doloso, es GIMBERNAT que encuentra que la inobservancia de la diligencia debida es un elemento del injusto típico no sólo en los injustos imprudentes sino también en los dolosos; De la misma manera KUPPER. G.; *Der verschulden rechtfertigende Notstand*. Zugleich ein Beitrag sur “*actio illicita in causa*”; asimismo HERZBERG, R.D.

2473 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*, cit., p. 38.

2474 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 233.

trapeñal que debe ser complementada con el alcance normativo del tipo penal a fin de fijar con exactitud la materia de prohibición, esto es, el injusto en toda su amplitud.

Ahora bien, la construcción normativa del Injusto imprudente parte de toda una elaboración dogmática, cuya fuente de remisión es la teoría de la Imputación Objetiva, a manera de filtro de selección de aquellas conductas que puedan ingresar al ámbito de relevancia jurídico penal; como una causal de atipicidad, cuya *ulterior definición* se adquiere a partir de la fórmula del «Riesgo no Permitido».

Así, el tradicional criterio de la previsibilidad objetiva viene a coincidir con el requisito de la "creación de un riesgo" en la teoría de la imputación, la clásica figura de la "infracción del deber objetivo de cuidado" coincide básicamente con lo que la exigencia en la teoría de la imputación objetiva de que el riesgo creado sea "típicamente relevante" o "jurídicamente desaprobado"²⁴⁷⁵.

Dicho de otro modo: *la gran evolución de la dogmática actual, ha sido llevada a más por la depuración del método que sirve para fundamentar la punibilidad del Injusto imprudente, que tiene como sustento la Relación del Riesgo (normativa), cuyo enlace entre la conducta prohibida y la producción del resultado lesivo, permite sustraer el juicio de imputación de aquellos resultados imprevisibles e inevitables por el autor, cuyos frutos hasta la actualidad han generado su traslación al Injusto doloso; (...) en toda conducta dolosa sí que hay simultáneamente una conducta imprudente, pues en el dolo habría una infracción del deber objetivo de cuidado, ya que la mayor y la más clara infracción del cuidado debido para no lesionar bienes jurídicos es lesionarlos voluntariamente*²⁴⁷⁶.

Según lo anotado, es que se admite por un sector importante de la doctrina; que de hecho en la infracción normativa de forma dolosa, concurre también una «infracción del deber de cuidado», v.gr., el médico que en virtud de una negligencia (contravención de una norma de cuidado), causa la muerte de su paciente plenamente consciente del acto (dolo). De tal modo, que aparecen dos elementos que no se entrecruzan entre sí y que no necesitan ser sustituidos uno por otro, como se apunta en un sector de la doctrina²⁴⁷⁷; pues a nuestro entender, más que confundirse u obstaculizarse uno con otro, se enlazan a partir de un factor complementador; donde la infracción del deber objetivo de cuidado se constituye en la premisa antecedente del «riesgo no permitido» o del «riesgo jurídicamente desaprobado», pues será la contravención de la norma de cuidado, la que incida como fuente creadora del Riesgo no Permitido.

2475 RAMOS TAPIA, M.I.; *Delitos de acción...*, cit., p. 533; Así, J.A. CHOCLAN MONTALVO/ A. CALDERÓN CEREZO: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 334.

2476 LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...* cit., p. 497.

2477 Vide, al respecto FRISCH, W.; *Delito y Sistema del Delito*, cit., p. 234.

Dicho así: *la lesión de la norma de cuidado y la generación del Riesgo no Permitido, constituyen la base medular del injusto imprudente, en cuanto a su grado de relevancia jurídico-penal, identificable con el disvalor de la acción y el disvalor del resultado.*

La vulneración o incumplimiento de una norma de cuidado se encuentra en relación con una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, éste es el núcleo esencial sobre el cual gravita el injusto imprudente.

Para MUÑOZ CONDE el núcleo del injusto imprudente es la divergencia entre la acción realizada y la que debía haber realizado en virtud del "Deber de Cuidado" que éste inobservó²⁴⁷⁸.

Para WELZEL, el deber objetivo de cuidado se debe fijar, sin recurrir a prescripciones del derecho de policía ni a las reglas o máximas de la experiencia, sino únicamente a partir del principio metódico: qué acción habría realizado en la situación del autor una persona comprensiva y sensata. Podría decirse que el núcleo del delito culposo reposa en un ámbito de organización defectuosa, es decir, al autor se le exigía obrar diligentemente.

El deber objetivo de cuidado se ha de ajustar a las diversas situaciones sociales, esto es, las conductas posibles se considerarán según la situación particular y la capacidad del autor; conducta adecuada es aquella que en ese tiempo y lugar se estima adecuado socialmente.

El deber de cuidado supone la presencia de determinado grado de peligrosidad y ausencia de ciertas circunstancias que lo cataloguen como tolerable, estos elementos definidores serán el «riesgo permitido» y la «adecuación social».

La lesión del deber objetivo de cuidado no resulta suficiente para fundamentar la materialidad del injusto imprudente, quiere decir esto, que la constatación de una contravención a una norma reglamentaria, no puede sin más explicar la procedencia del injusto imprudente, se necesita de algo más, como se verá más adelante; pues de no ser así, estaríamos criminalizando indebidamente conductas que sólo son constitutivas de una mera infracción administrativa²⁴⁷⁹; lo dicho importante, a fin, de fijar una zona de delimitación entre el *injusto penal* y la *desobediencia administrativa*.

La infracción del «deber de cuidado», constituye en realidad el primer peldaño de valoración, pues habrá que agregar los elementos normativos de la Imputación objetiva.

2478 MUÑOZ CONDE, F. y otro; cit., p. 301.

2479 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 235.

a. Contenido del Deber Objetivo de Cuidado

La culpa es la expresión concreta y específica del disvalor de la acción que pertenece al ámbito del injusto típico; un sector de la doctrina considera adecuado, incluir el «Deber Subjetivo de Cuidado» en el tipo del injusto, que en concreto constituye la «Previsibilidad Subjetiva», compuesta por la capacidad en concreto, así como por sus conocimientos especiales (STRATENWERTH, JAKOBS, QUINTERO OLIVARES, ZUGALDÍA, BACIGALUPO).

Coincidimos en dicha postura, la consideración de estimar un deber subjetivo al margen del deber objetivo de cuidado, en tanto su apreciación exigirá una valoración distinta.

El ordenamiento jurídico —tal como lo exige su naturaleza prescriptiva—, demanda en los ciudadanos la observancia del cuidado debido en la realización de determinadas actividades que entrañan un peligro objetivo e identificable; dicha observancia se fijará mediante los parámetros legales que regulan su actuación, es decir, que actúen bajo la «diligencia debida»; un sistema de convivencia humana, regido por una serie de normativas, importa la adecuación del proceder conductivo del ser humano, según una serie de roles, de actuaciones, de deberes, que emanan de la propia ley, exigiendo un determinado proceder conductivo, cuya lesión, puede manifestar la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*; infracción de índole normativa que fija el disvalor de una acción, cuya *punición a título de delito culposo, dependerá de la producción de estado real de lesión, en cuanto a un bien jurídico, penalmente tutelado*.

Para PEÑA CABRERA la medida objetiva de cuidado está en vinculación con la necesidad del amparo de bienes jurídicos y de las demandas de la vida social²⁴⁸⁰.

El legislador al momento de estructurar los tipos penales, fija en la descripción típica una mayor protección al interés jurídico tutelado; el cuidado debido previsto en el tipo culposo, debe ser de carácter objetivo, objetividad que debe recaer en la persona concreta dependiendo del rol de configuración social que éste desempeñe, amén de fijar grados de exigibilidad.

El concepto del cuidado debido supone una valoración normativa a saber y, dos son los elementos de este juicio normativo: uno intelectual, según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la acción que, conforme a un juicio razonable ("objetivo") eran de previsible producción ("previsibilidad objetiva"); otro valorativo, según el cual sólo es contraria al cuidado aquella acción que queda por debajo de la medida adecuada socialmente²⁴⁸¹. Pero, este

2480 PEÑA CABRERA, Raúl; op. cit.

2481 MUÑOZ CONDE, F., y otro; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 302.

juicio debe ser objetivo, es decir, *ex ante*, de que si en las circunstancias en concreto hacían previsibles la producción de un resultado lesivo («Previsibilidad Objetiva») y otro de carácter valorativo informado por el «Riesgo Permitido».

La falta de cuidado requerido en el ámbito de relación es un concepto objetivo, porque surge desde el ordenamiento jurídico en su conjunto y su regulación de la vida social, y es normativo o valorativo, porque se deriva de la valoración que le merece una determinada acción dentro de un ámbito situacional determinado²⁴⁸².

Así también, cabe precisar que su necesidad penalizadora, debe partir de una visión criminológica; esto es, *contemplativa y valorativa a la vez*, cada vez que surge actividades sociales -altamente riesgosas- para bienes jurídicos importantes, el legislador deberá formularse la pregunta por la prescindencia de una tipificación culposa. Siendo la exigibilidad el factor que determina la atribución de responsabilidad por el delito culposos.

Las Reglas de Cuidado vienen reguladas generalmente por normas administrativas, así como por las reglas de experiencia en el ejercicio de determinadas profesiones: la *“lex artis”*.

Para poder apreciar una efectiva lesión del deber objetivo de cuidado, nos deberemos remitir:

- a) El Estado regula determinadas conductas mediante normas con nivel de leyes o de reglamento.
- b) Dicha normatividad se fundamenta en el «Principio de Confianza», significa que quien actúa confía que sus conciudadanos adecuarán su conducta, conforme a las normas regulativas, como verdaderos sujetos auto-responsables, v.gr., quien cruza con su vehículo una intersección en luz verde, confía pues que el resto de conductores adecuarán el manejo de sus vehículos sujetándose a las reglas de tránsito. En el caso de producirse una colisión, éste será únicamente imputable a aquel conductor que cruzó la intersección antirreglamentariamente: «quien adecua su conducta confía en que los otros harán lo mismo», siempre deberá confiarse en un comportamiento no defectuoso cuando éstos tienen capacidad de evitabilidad en base a un deber de exigibilidad. c) La producción del resultado lesivo debe ser consecuencia directa del riesgo jurídicamente desaprobado creado por el autor y no por otros riesgos concurrentes, o por causas del azar (fortuito) o por obra de la naturaleza²⁴⁸³.

2482 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 233.

2483 En las omisiones imprudentes, el autor tenía el deber de evitar la producción del resultado lesivo (Deber de evitabilidad - Garante), a través de una determinada prestación positiva, que finalmente no realiza, pues éste realiza cualquier cosa, menos aquella esperada por la norma.

En la realización de actividades que denotan una manifiesta dañosidad social, pero son permitidas en virtud de la utilidad social que éstas generan, la observación de la vulneración del "cuidado externo", será valorado por el juzgador tomando en consideración los niveles del "Riesgo Permitido"; v. gr., en el caso de accidentes producidos en el tráfico vario, habrá que remitirse al Código Nacional de Tránsito; en el ámbito laboral, a la normatividad regulativa; en el campo de la medicina, a la *lex artis*, etc.²⁴⁸⁴; en suma, todas las específicas áreas del quehacer humano que se encuentran normadas en estricta observancia de la tutela de bienes jurídicos. Si bien, su quebrantamiento constituye el primer presupuesto exigible para la configuración del injusto imprudente, su presencia no garantiza *per se* la infracción del deber objetivo de cuidado, que es la base nuclear del delito culposo; (...) sólo es predicable una función indiciaria del riesgo no permitido, por lo que su mera infracción no conduce todavía al delito imprudente²⁴⁸⁵.

La valoración negativa de la observancia del cuidado debido exige un análisis detallado de las circunstancias que rodean al hecho; como escribe MUÑOZ CONDE "hay casos en que la observancia puede ser imprudente y la inobservancia, prudente; el invadir el lado izquierdo de la calzada, cuando no viene nadie en contra, para evitar atropellar a un niño es, a pesar de la infracción formal, un acto prudente; el seguir por el mismo lateral puede ser imprudente".

Haciendo un paralelismo, puede acontecer que la iniciación de una conducta, en principio sujeta al «riesgo permitido», pueda convertirse en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; el conductor que pese a conducir su vehículo en una velocidad permitida, observa a un vehículo a unos metros que se encuentra parado, no obstante advertir el hecho, no baja la velocidad o frena a tiempo, estando aún en la posibilidad de poder hacerlo, surgió así un «deber de evitabilidad».

Cuando se trata de actividades -que toman mediante el concurso de varios partícipes-, como el tránsito vehicular, construcción de edificios, operaciones quirúrgicas, etc., se valorará la observancia del cuidado debido, tomando en consideración la parte que le corresponde a cada partícipe (división del trabajo). Cada participante será responsable en virtud de su ámbito de organización propio y para delimitar ámbitos de responsabilidad se tomará como referencia el «Principio de Confianza». Salvo que las circunstancias especiales del caso hagan reconocible lo contrario, a cada interviniente le asiste realizar su actividad conforme a determinadas reglas, siendo que cada uno de

2484 Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 499; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 507.

2485 J.A. CHOCLAN MONTALVO / A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 341.

ellos está en posibilidad de poder lesionar el deber objetivo de cuidado que a cada uno le asiste²⁴⁸⁶.

b. La Norma de Cuidado

Constituye una norma penal y como tal prevista en las normas penales. El deber de cuidado, tanto objetivo como subjetivo, es una de las formas posibles en que se puede realizar la conducta, para que ésta sea obrada correctamente. La lesión del Deber objetivo de cuidado, no fundamenta por sí misma la lesión de la norma de cuidado. La medida del Deber de cuidado, que se exigirá al autor, se determinará *ex ante*, teniendo en cuenta la capacidad del sujeto -que comprende tanto los conocimientos como las aptitudes-, siempre que éste pueda emplearlas voluntariamente al momento de realizar la conducta, junto con las circunstancias externas conocidas por el autor.

La norma de cuidado penal persigue evitar la producción de lesiones a bienes jurídicos, que *ex-ante* (en la circunstancia en concreto), el autor tenía la posibilidad de prever («previsibilidad objetiva») y evitar («capacidad de evitabilidad»); por consiguiente, la norma de cuidado contiene las exigencias que se atribuyen al autor, para realizar determinadas actividades peligrosas sin implicar riesgos y evitar resultados lesivos a bienes jurídicos.

2486 KAUFMANN, determina el deber de cuidado en base a una "Posición de Garante", el autor construye una configuración material de la posición de garante de acuerdo con la -Teoría de las Funciones-, distinguiendo entre función de protección de un determinado bien jurídico y la función de control de peligro (configuración formal o material de la posición de garante); atendiendo a esta posición, la determinación del cuidado en los delitos culposos de lesión por omisión, sólo se puede encontrar apelando a la posición de garante. Sobre la posición de Garante se ha de decidir el baremo del cuidado objetivo de acuerdo con los criterios generales de determinación del deber objetivo de cuidado. Sólo con la infracción de cuidado de un garante en relación a un bien jurídico protegido existe una lesión del deber de Garante; se critica a esta postura, el hecho de querer fundamentar el núcleo material del Injusto Imprudente (deber de cuidado), únicamente con la posición de Garante: si bien, esta construcción es correcta al momento de determinar ciertos deberes para vincular la lesión del bien jurídico en relación al deber que le asistía al garante en los delitos imprudentes omisivos, no puede constituirse en una cláusula general en todos los injustos imprudentes; en los delitos culposos comisivos se fijará la lesión del deber objetivo de cuidado tomando como referencia la norma de cuidado, si el autor tenía la capacidad de prever el resultado y si le era factible evitarlo; por lo tanto, el delito comisivo se configura cuando la conducta lesiva prohibida por la norma es un hacer positivo, que cause el resultado típico ya al realizar la acción peligrosa que no está especialmente justificada, por consiguiente, existe falta de cuidado en la forma de actuar peligrosa, cuando la norma prohibitiva se lesiona; para ENGLISH en la obligación de actuar prudentemente en la situación peligrosa es válida para todo el tiempo de duración de la actividad peligrosa y se ha de actuar, por tanto, en todo momento atendiendo al deber objetivo de cuidado; el deber objetivo de cuidado no tiene un carácter general sino de naturaleza individual, en relación al autor en la circunstancia concreta en función a sus capacidades individuales.

Ahora bien, debe tomarse en consideración que a fin de evitar la producción de resultados de lesión a bienes jurídicos, en ciertas circunstancias, se debe infringir la norma de cuidado, a fin de cautelar la indemnidad de un bien jurídico resulta lícito que el autor vulnere una norma de cuidado: llevado a un ejemplo paradigmático, si un conductor observa que un transeúnte se encuentre cruzando la pista cuando el semáforo se encuentra en verde, no le queda otra alternativa que invadir la calzada a fin de neutralizar el foco de riesgo, y, si no lo hace, si sigue conduciendo por la forma reglamentaria, produciéndose el atropellamiento, habrá incurrido en un delito culposo, a menos que dicha maniobra ya no le era posible realizar («poder de evitabilidad») o hubiese significado un peligro para sus bienes jurídicos más vitales.

c. El Deber Subjetivo de Cuidado

Importa aquel juicio que recae sobre la capacidad individual: son los conocimientos especiales, deberes profesionales, etc.; tales elementos servirán de barómetro para poder establecer si el autor contaba con «poder de evitabilidad», es decir, si ha obrado negligentemente y asimismo si le era exigible. Para su evaluación habrá que tomar en consideración determinados elementos:

c.1. Poderes Individuales

Autores como MIR PUIG y JAKOBS condicionaban la afirmación de la antijuridicidad a la capacidad de motivación individual, considerando a la norma penal, como norma de determinación.

La norma de cuidado sólo es infringida por el autor, que le era posible cumplirla, ello en virtud de que la norma penal obliga a hacer todo lo posible al autor en la situación concreta. El fundamento de la conminación penal es la de prevenir la comisión de delitos, para lograr tal cometido se necesita que la norma se internalice en el subconsciente de los ciudadanos para que se abstengan de cometer hechos punibles.

Se critica la concepción de un injusto, en la que se condiciona la antijuridicidad a la capacidad de motivación individual, que impide distinguir entre injusto y culpabilidad, al igual que la teoría de los imperativos que fracasó en dicho intento, en definitiva la culpabilidad nunca fundamenta la punibilidad, sólo la limita²⁴⁸⁷.

Una solución coherente, sería determinar las capacidades individuales del autor -como lo haría un hombre medio- situado en la misma acción (*ex ante*), que hace previsible objetivamente la producción del resultado lesivo, cognosci-

2487 De esta posición MIRENXTU CORCOY BIDASOLO. "El Injusto Imprudente". cit., ps. 126-144

ble por el autor. La capacidad mayor o menor del autor, determina ya la propia existencia del peligro creado por la conducta.

Ahora bien, la discusión estriba en todo caso, en qué medida ha de incidir los conocimientos especiales o las particulares destrezas del autor, a fin de dar por vulnerada la norma de cuidado, y así dar cabida a la admisión del injusto imprudente.

En la concepción postulada por nosotros, el «Injusto imprudente» importa en la tipicidad objetiva, el análisis sobre la norma de cuidado que dé lugar a la realización del «riesgo no permitido», siempre y cuando haya sido previsible por el autor (previsibilidad objetiva); mientras que en el tipo subjetivo del injusto, en la previsibilidad subjetiva, se toma en cuenta el baremo generalizador (del hombre medio), conforme al criterio del individuo prudente y razonable²⁴⁸⁸, (...) se trata de una posición o actuación profesional, el cuidado que debe y puede cumplir el buen profesional²⁴⁸⁹, por lo que en la culpabilidad toma lugar un juicio eminentemente individualizador, conforme a los poderes de «evitabilidad» y de «dominabilidad» del actor concreto en la situación concreta.

Entonces, conforme lo dicho, se advierte una posición doctrinal que incluye en la valoración del Injusto imprudente, no sólo un criterio objetivo de generalización, sino también el deber "subjetivo de cuidado", que se refiere en concreto a las capacidades y conocimientos especiales del autor. A partir de dicha postura, la infracción del deber objetivo de cuidado puede producirse, aunque el autor haya procedido según el baremo general, pero como éste contaba con ciertos conocimientos especiales, al no utilizarlos habrá pues infringido la norma de cuidado, por tanto, concurrente de una comisión culposa por el resultado lesivo producido.

La cuestión de qué conducta se requiere para excluir el riesgo no permitido depende de las capacidades individuales²⁴⁹⁰; (...) no se puede entender por qué razón -apunta STRATENWERTH- en una operación riesgosa, un cirujano especialmente capacitado debiera estar obligado a emplear sólo aquellas técnicas y habilidades que configuran el estándar mínimo para cualquiera que quiera actuar como cirujano²⁴⁹¹. Por ello no puede juzgarse de la misma manera al conductor profesional inscrito en el campeonato mundial de carreras de autos, que al ciudadano común cuando guía su vehículo camino a casa si ambos han desencadenado, *verbi gratia*, un resultado de muerte a título de culpa²⁴⁹². La valoración de si el resultado era previsible y evitable teniendo en cuenta esas

2488 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 503.

2489 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 500.

2490 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 504.

2491 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 505.

2492 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 434.

características personales del autor (la evitabilidad individual) configura el contenido del tipo subjetivo del delito imprudente²⁴⁹³.

A fin de dar nuestra posición sobre el estado de la cuestión, debemos distinguir lo siguiente: cuando la norma del cuidado debido se dirige a regular una determinada cualificación especial del sujeto (autor), el médico que realiza una intervención de cirugía plástica, no puede medirse el baremo normativo de ningún modo, en base al obrar de un cirujano medio, pues la exigencia del cuidado es mayor; *contrario sensu*, cuando el médico especialista baja a un nivel inferior y, se produce el resultado lesivo, de tal modo que si no activa dichos conocimientos especiales, a lo más genera un reproche ético y social, mas no de relevancia jurídico-penal. Los conocimientos especiales o las particulares destrezas deben tomarse en cuenta en el análisis del deber objetivo de cuidado, siempre y cuando se desprendan de las normas aplicables -al caso concreto-, la utilización de dichos conocimientos particulares; o a través de la figura del "Garante"²⁴⁹⁴.

Ahora bien, no se necesita ser un corredor de fórmula 1, para obtener una licencia de conducir. Un conductor de carreras profesional y un conductor medio, tienen la misma categoría de licencia de conducir, asumen por tanto los mismos deberes: sujetar su actuación al Código Nacional de Tránsito²⁴⁹⁵; cuestión distinta es que para conducir un autobús interprovincial o un camión se necesita de una licencia especial, en tal medida, la exigencia del mayor cuidado, se determina en el deber objetivo de cuidado.

Por lo expuesto, no se puede admitir aquella postura que quiere trasladar dichas cualidades especiales en actividades que son desarrolladas por un grupo generalizador de personas, es decir, a cualquier tipo de situación social. Distinta es la situación del salvavidas, quien por tratarse de un nadador experto -pues si no cualquiera asumiera esa posición- está en el deber de desarrollar toda la destreza, a fin de salvaguardar la vida de un bañista que se encuentra en peligro de ahogarse²⁴⁹⁶.

En síntesis la norma de cuidado debe determinarse con criterio objetivo, apreciando las circunstancias de hecho concretas y los conocimientos especiales del sujeto, no así su destreza²⁴⁹⁷.

2493 RAMOS TAPIA, M. I.; *Delitos de Acción...*, cit., p. 535.

2494 JAKOBS, G.; *Derecho Penal...*, cit., ps. 312-313; Al respecto Frisch, W.; *Delito y Sistema del Delito. cit.*, p. 246.

2495 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 216.

2496 En contra STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 505.

2497 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II., cit., p. 216.

La cuestión acerca del poder de evitabilidad del hombre concreto, en cuanto a sus propias facultades, debe ser asumida de forma general en el ámbito de determinación judicial de la pena, en otras palabras dicho: en la culpabilidad²⁴⁹⁸.

A la inversa, debe formularse la siguiente inferencia: quien realiza una actividad, para la cual no está específicamente cualificado, no posee los conocimientos especiales que exige un determinado ámbito de la ciencia y, en este marco realiza una conducta que sobrepasa el riesgo permitido, produciéndose la lesión de un bien jurídico, habrá definitivamente responsabilidad por imprudencia (culpa por asunción); en la medida que éste ejerció una función para la cual se necesitaba de una determinada acreditación o la tenencia de una determinada licencia. En tales casos, si el médico-internista realiza una intervención quirúrgica, de la cual no estaba capacitado y, en tal virtud se produce la muerte del paciente, habrá que admitirse un delito culposo por "asunción", pues invadió una esfera de competencia que no le era asociable.

En este caso el objeto de reproche por imprudencia se desplaza, partiendo del presupuesto, naturalmente de que el autor al menos sea capaz de darse cuenta de su incapacidad²⁴⁹⁹; quien no posee los conocimientos especiales o una habilidad específica debe abstenerse de realizar dicha conducta, pues le es previsible que su realización puede generar riesgos inminentes para bienes jurídicos importantes.

Dicho así: *la admisión de la responsabilidad por imprudencia requiere que el riesgo no permitido creado por el autor, le haya sido previsible y cognoscible, tomando en cuenta el baremo generalizador de un hombre prudente y razonable, mas en el campo de ciertas actividades de por sí "especiales", el juicio de valor debe comprender los conocimientos especiales y la destreza adquirida por el autor*. Es decir, "se ha de generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba"²⁵⁰⁰.

c.2. Conocimientos Especiales

¿Qué debemos entender entonces por conocimientos especiales? La experiencia que el sujeto haya acumulado en su actividad laboral, el aprendizaje que haya adquirido sobre ella y el especial conocimiento que de la situación tenga el autor; son todas éstas las variables que habrá que tomar en cuenta para determinar correctamente los conocimientos especiales.

2498 Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 501.

2499 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 507.

2500 J.A. CHOCLAN MONTALVO / A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 338.

Por «capacidad o aptitud» se comprende la habilidad particular del autor en el desempeño de dicha actividad; ambas aptitudes deben confluir en el momento de que se exigía la observancia del cuidado debido.

«Conocimiento» es todo aquello que el sujeto conoce o debería conocer sobre las circunstancias concomitantes del caso concreto y sobre su propia capacidad en particular, referida a la efectiva peligrosidad que entraña su conducta.

Los conocimientos especiales pueden disminuir o aumentar el «riesgo permitido», en sí la capacidad de superar o de evitar el resultado lesivo, condicionan la peligrosidad objetiva; v.gr., la enfermera que conoce que su paciente padece de insuficiencia bronco pulmonar y aún así lo saca a la calle en pleno invierno, sin permiso del médico competente.

El médico que prescribe un medicamento a una persona, portador de un organismo hipersensible a tal medicación, estando obligado a realizar un análisis previo o a solicitar su ficha médica.

c.3. Hombre Medio

Se entiende al hombre consciente y cuidadoso del sector al cual pertenece el autor; por lo tanto, el baremo para la determinación del deber objetivo de cuidado, será lo exigible a un hombre diligente en la situación concreta del autor. Para la Teoría de los Poderes Individuales²⁵⁰¹, no tendrán ninguna importancia, las diversas y particulares características, que pueda presentar internamente el individuo, que hacen que un acto sea diferente en cada hombre diferente.

Cada individuo conforme a su ámbito personal responderá de forma diferente a como lo haría otro, el psiquismo toma lugar y se manifiesta de muchas maneras, ello es propio de la estructura singular del ser humano. Sólo se toma en consideración aquellos aspectos que se exteriorizan en relación con la peligrosidad objetiva de la conducta, elevando a una objetivación el poder del autor a la categoría de deber.

c.4. Crítica al Hombre Medio

Sus críticos propugnan que el mencionado «hombre medio», es un baremo ficticio. Se ha criticado que en los Poderes Individuales, una persona normal con deberes normales, ni existe ni puede ser objetivamente pensable²⁵⁰².

2501 MIRENXTU CORCOY BIDASOLO: *El Delito Imprudente*, cit., ps. 134 y ss.

2502 Puede estimarse sin temor a equivocarse, que la postura de estandarización de las especiales capacidades, puede resultar una forma solapada de individualizar. Sería una forma encubierta de otorgar determinados privilegios normativos, a todos aquellos que poseen

Para KAUFMANN la fórmula del hombre medio es una medida no caracterizable en el caso concreto. Lo preceptuado significa otorgar un privilegio a todos aquellos que detentan un mayor conocimiento sobre determinadas actividades, aquellos neófitos o novatos quedarían desamparados y serían más susceptibles de lesionar el deber objetivo de cuidado, al obligárseles a adecuar su conducta conforme al baremo del hombre medio. La medición en base a este baremo, podría importar la vulneración del principio constitucional de igualdad (tratado a los iguales conforme a sus desigualdades), fundamento básico, sobre el cual se asienta una verdadera democracia.

Conforme lo anotado, consideramos que serán los «Poderes Reales» con los que contaba o no el autor al momento de los hechos (*ex ante*) y los que podía ejercitar para superar o evitar el error sobre la efectiva virtualidad de la peligrosidad de su conducta, esto es en definitiva aquello que la sociedad y el orden jurídico legítimamente le pueden exigir al ciudadano.

4.2. Tipo Subjetivo del Injusto Imprudente

Algún sector de la doctrina niega la posibilidad de admitir la existencia de un ámbito subjetivo en el delito culposo, pues desde una perspectiva psicológica es claro que no puede advertirse alguno²⁵⁰³; empero la lógica sistemática que debe seguir la dogmática jurídico-penal obliga de todos modos su admisión y, este elemento, qué duda cabe, tiene una naturaleza estrictamente "normativa"²⁵⁰⁴.

Dicho lo anterior, en la esfera que da contenido al tipo subjetivo del injusto imprudente, habrá que incluir a la «previsibilidad» y la «cognoscibilidad» como la exigencia que recaía en el autor de realizar una determinada acción o de omitir su realización, deber que se desprende del directivo de conducta plasmado en la norma de cuidado; (...) en el delito culposo la tipicidad se fundamenta en la posibilidad de conocer el riesgo no conocido al tiempo de la acción, lo que tendrá lugar la decisión de actuar fue tomada a pesar de concurrir puntos de referencia sobre el riesgo de lesión²⁵⁰⁵.

Dicha valoración deberá tomar lugar, tomando en cuenta la actividad social en concreto, desde el baremo generalizador del hombre prudente y razona-

conocimientos especiales, quedando un gran margen de afectados, en una sociedad en extremo diferenciada como la nuestra.

2503 Ver al respecto J.A. CHOCLAN MONTALVO / A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 342.

2504 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 214; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 436.

2505 J.A. CHOCLAN MONTALVO / A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 342.

ble, con el añadido de los conocimientos especiales que se exijan en determinados ámbitos específicos de actuación.

En el «tipo subjetivo del injusto imprudente», resulta preciso también determinar cuál es el grado de relación ontológico-normativo, que aparece con la norma de cuidado inobservada, en el proceso determinativo de su conducta que genera un riesgo por encima de lo legalmente permitido; ello tiene importancia, pues la conciencia del sujeto respecto del proceso necesariamente lleva una graduación de la culpa sobre la base de su actitud en relación al proceso del cual es consciente²⁵⁰⁶, esto quiere decir, que el grado de indiferencia de su actitud frente a la exigibilidad que se desprendía del deber de actuar o de omitir una determinada conducta contenida en un concepto normativo, que en términos dogmáticos es conocido como la «culpa consciente» (con representación) y la «culpa inconsciente» (culpa sin representación); temas que serán abordados líneas adelante; lo que sí puede adelantarse es que en la culpa sin representación no es posible identificar ningún elemento psicológico, de manera que el patrón denominador en ambas representaciones del injusto imprudente es su carácter «normativo».

4.3. Antijuridicidad

La verificación del Injusto penal parte del reconocimiento de dos elementos distinguibles entre sí: -primero, la realización del tipo objetivo de la descripción típica, lo cual supone que el autor genere con su conducta un peligro jurídicamente desaprobado, generando un estado de lesión o de peligro en un determinado bien jurídico penalmente tutelado, sobre la base de un contenido anímico, que refleja la dirección conductiva del autor frente a su hecho; empero, para dar por acreditado el Injusto penal, se necesita algo más, que la realización del tipo penal -en su doble dimensión típica-, no haya procedido en virtud de un precepto permisivo, de que el sujeto haya lesionado un bien jurídico a fin de salvaguardar un bien jurídico superior o simplemente amparándose en un deber de actuar que le concede (*ampara*) el ordenamiento jurídico.

Esta doble exigencia, no es privativa del delito doloso, pues en el caso del delito culposo, es también necesario acreditar la ausencia de una causa de justificación; en tal entendido, en el nivel valorativo de la «antijuridicidad» sólo resta examinar las posibles causas de exclusión del ilícito, las cuales, según la concepción general, son, en principio, las mismas que en el delito doloso²⁵⁰⁷.

2506 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 237.

2507 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 511; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 239.

Así, quien repeliendo una agresión ilegítima dispara su arma de fuego y lo hace imprudentemente hiriendo a un tercero ajeno a la situación, si bien incurre en cuasidelito de lesiones, tal acción puede quedar justificada si disparar en tales circunstancias era el medio racionalmente necesario²⁵⁰⁸; o en el caso del sujeto que a fin de evacuar a su esposa a un hospital, conduce su automóvil a una velocidad más allá de la legalmente permitida, sin advertirlo y, de este modo se produce una colisión con otro vehículo, produciéndose las lesiones del conductor.

En todos los casos es preciso que el sujeto haya obrado con el elemento subjetivo de la justificación referido a la correspondiente situación justificante, aunque lógicamente no cabe extender aquella voluntad de justificación respecto a la consecuencia no querida²⁵⁰⁹.

a. Toma de Posición

El «deber objetivo de cuidado» importa un deber intelectual general, no orientado de forma inmediata por el ordenamiento jurídico, que es consecuencia de la existencia de normas regladas (técnicas), las cuales se derivan de las diversas variantes de interacción social de los individuos.

En el delito culposo se obliga al sujeto a conocer exactamente (previsibilidad) las consecuencias de su conducta, en cuanto a la *generación de un peligro no permitido*, es decir, si hubiese sido más diligente, hubiese podido advertir ciertas circunstancias, que hacían de su conducción, una fuente productora de riesgo; mientras, que en el delito doloso el agente debe desistirse de realizar la conducta, de la cual el sujeto conoce (*con suficiente virtualidad*) el efectivo peligro que ésta entraña.

En los supuestos imprudentes o no se conoce siendo cognoscible la efectiva virtualidad del riesgo creado por la conducta, o si se conoce, se confía ciegamente en un «poder de evitabilidad del resultado lesivo»: en ambos casos se cree posible la evitación del resultado.

Dicho así: la frontera entre el dolo y la imprudencia, es la «culpa con representación» con el «dolo eventual», en una y otro el sujeto tiene conciencia de la posibilidad del resultado; pero mientras en aquella espera no se produzca, en éste lo acepta, al preferir al deber de evitarlo la consecución del fin perseguido con su acción²⁵¹⁰.

2508 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 222; Así, LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 505.

2509 J. A. CHOCLAN MONTALVO / A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 343; Así, JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 535.

2510 ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal*, cit., p. 244.

Para el injusto imprudente lo relevante no es que el autor haya advertido el peligro, sino la posibilidad y el deber de advertir el peligro, con la finalidad de poder evitarlo, impidiendo así una *inminente lesión a un bien jurídico tutelado por la norma penal*.

Cada uno de los tipos culposos responde a una norma de cuidado que abarca todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo no permitido de lesión a un determinado bien jurídico, esta norma de cuidado tiene carácter general frente a todos los ciudadanos.

La determinación general será realizada de acuerdo tomando como referencia al autor en concreto, tanto del cuidado «objetivo» (externo) como del «subjetivo» (interno), y, la determinación individual se llevará a cabo atendiendo al poder individual del autor, ya sea del cuidado objetivo o subjetivo.

El cuidado subjetivo interno es una directriz normativa para la formación de una correcta representación de la situación objetiva y para la previsión de las consecuencias causales de las diversas variantes conductivas que pueden realizarse en la concreta situación.

El cuidado objetivo externo nos indica la forma en que ha de comportarse el sujeto, para que su conducta sea estimada como correcta o adecuada; la obligación dependerá de sus posibilidades individuales -el juicio de imputación recaerá sobre la creación del riesgo-. WELZEL, consideró a la Adecuación Social como principio regulativo general y el cuidado debido como su aspecto funcional (lo adecuado socialmente es atípico), luego traslada la teoría de la Adecuación Social a la antijuridicidad como Causa de Justificación consuetudinaria de conductas típicas, tanto en los delitos dolosos como en los culposos.

El contenido de las Reglas de Cuidado previstas legalmente, ya sea por ley y reglamentos, es lo que usualmente se conoce como «Reglas Técnicas», «Código de Tránsito», normas que regulan las labores y actividades humanas de alto riesgo, etc.

Las pautas de conducta previstas por una regla técnica, ya sea legal o consuetudinaria, tienen un carácter indicativo; la fórmula general de cuidado del Derecho Civil puede servir en algunos casos para complementar el tipo en los delitos imprudentes, mas no es suficiente, sabedores que los criterios de imputación, de una y otra esfera de la juridicidad, parten de variables distintas.

La función de la regla de conducta -en relación con la infracción de la norma de cuidado-, es permitir concretar el deber objetivo de cuidado concurrente en cada caso concreto, para averiguar si se ha infringido o no una norma de cuidado (realización típica).

La mera infracción de reglamentos no fundamenta la responsabilidad penal a título de imprudencia, pues ello significaría conculcar el principio de

legalidad; al juicio valorativo debe agregarse la «creación o no del riesgo no permitido», como indicio de tipicidad, pues a ello debe añadirse que el resultado producido sea consecuencia directa del riesgo creado por la conducta del autor.

La infracción de la «norma de cuidado», como núcleo del Injusto, se podría convertir, en la práctica en un mero ilícito civil o administrativo, por lo que consideramos que la infracción del deber objetivo de cuidado constituye el primer peldaño en la construcción de la tipicidad del injusto imprudente, que junto al riesgo no permitido se constituyen en el núcleo basilar del disvalor de este delito, que por lo tanto menos reprochable que el delito doloso.

El principio de «exclusiva protección de bienes jurídicos», obliga a que las normas penales tengan como finalidad común y exclusiva utilidad, en relación con los intereses jurídicos más vitales de la sociedad, que merecen una protección más intensa por parte de la política jurídica del Estado, en tal razón el derecho punitivo debe intervenir sólo cuando sea imprescindible para cautelar la participación del individuo en las diversas actividades socio-culturales, de acuerdo a su función de *ultima ratio*; es así que cerramos espacios a una manifiesta «Administrativización del Derecho Penal», traída a más por la elevación de meros ilícitos administrativos a la categoría de ilícitos penales.

En resumidas cuentas, únicamente formará parte del contenido del deber objetivo de cuidado, aquella normativa administrativa, cuya infracción supone un «riesgo típicamente relevante».

5. JUICIO DE IMPUTACIÓN

1. Cuando se realiza la actividad riesgosa; y;
2. Cuando se genera el riesgo típicamente relevante, que sobrepasa el baremo del denominado Riesgo Permitido; el juicio sobre el riesgo creado se deberá realizar al momento de los hechos; a tal efecto, en el momento de los hechos, aparece un deber de examen previo, dirigido a advertir la peligrosidad de las actividades que éstos realizan, bajo la idea de que los individuos están en la capacidad de dirigir sus esferas internas de organización, de forma libre y responsable.

6. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA (CAUSALES DE ATIPICIDAD)

Las conductas culposas típicas únicamente se hacen acreedoras de la sanción punitiva, cuando las mismas alcanzan su perfección delictiva, en su estado consumativo (*perfección delictiva*).

El resultado lesivo producido debe significar la realización del riesgo creado por la infracción del deber objetivo de cuidado, debe entonces aparecer una «Relación de Riesgo», entre los factores de atribución delictiva.

En su caso, la consumación en los delitos de peligro coincide con la realización misma de la acción que supone la puesta en peligro -concreta o abstracta- del bien objeto de protección.

La estructura basilar de la «Imputación Objetiva» supone la generación de un peligro, producto de la infracción del deber objetivo de cuidado, hecho que incrementa ilícitamente la probabilidad de producción de un resultado lesivo a un bien jurídico tutelado; de forma, que para poder afirmar que el resultado lesivo importa la efectiva realización del riesgo generado por la conducta negligente, habrá que acudir a los presupuestos comprendidos de la moderna teoría de la «Imputación Objetiva».

6.1. La Creación de un Riesgo Jurídicamente Desaprobado

La creación de un riesgo -para que adquiera *relevancia jurídico-penal*-, deberá superar los niveles establecidos en el riesgo permitido; el desarrollo incesante e imparable de la ciencia y de la tecnología, conlleva un incremento sustancial de peligro para los bienes jurídicos sociales e individuales. No obstante, llevar consigo un peligro, dichas actividades son permitidas, debido a que la misma sociedad las ha catalogado como «necesarias» o dígase «útiles»; dicha descripción del estado de la cuestión, -producto de la sociedad postindustrializada, ha llevado a la doctrina a denominarla como la «Sociedad de Riesgo».

Dicho lo anterior, los márgenes propuestos en la figura del «riesgo permitido», están orientados a servir de contención de dichos riesgos, para que éstos no supongan peligros efectivos para los intereses jurídicos preponderantes, en cuanto a los deberes de los individuos de realizar u omitir determinadas conductas destinadas a estabilizar o controlar focos de riesgo.

Lo que espera la sociedad es evitar al máximo la concreción de esos riesgos; para ello es necesario que se cumpla con determinados cuidados²⁵¹¹.

Existen conductas, que a pesar de ser consideradas peligrosas, entran al ámbito del «riesgo permitido», por tener una finalidad aprobada por el ordenamiento jurídico, v.gr.; operaciones quirúrgicas, experimentos científicos, tráfico en el transporte público, deportes peligrosos, desarrollo de la economía, industrias, actividad minera, etc.

La determinación del «riesgo no permitido», se realiza en base a dos criterios a saber: -primero, que dicha situación importe la infracción de una norma de cuidado, del deber exigible normativamente y, segundo que dicha infracción suponga una probabilidad real de lesión a un bien jurídico. Cuando aquellos ámbitos vitales -que comportan riesgos-, están regulados jurídicamente (ejem-

2511 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 217.

plo, tráfico rodado, aéreo, etc.), y cuando se trata de prohibiciones legales de puestas en peligro abstractas, su infracción conduce ya al riesgo jurídicamente desaprobado²⁵¹².

Se sostuvo, que la inobservancia de la norma de cuidado únicamente constituye una premisa indicadora del riesgo no permitido, que determina la concurrencia de tipicidad del injusto imprudente.

Entonces, para que dé lugar el título de imputación por imprudencia, no basta con la infracción de una norma de cuidado, sino que ésta a su vez haya generado un probable riesgo de lesión, prohibido por el orden jurídico; pues bien, el deber normativo de cuidado o diligencia sólo tiene sentido observarlo respecto de aquellas conductas o situaciones cuya peligrosidad exceda del riesgo jurídicamente permitido²⁵¹³; (...) una acción cumple el tipo de un delito imprudente de resultado si, en primer lugar, crea un peligro para intereses jurídicamente protegidos que va más allá de la medida permitida y que el autor habría podido evitar, y si, en segundo lugar, este peligro desemboca en el resultado²⁵¹⁴.

Convenimos, por tanto, que la falta de la debida diligencia sólo adquiere relevancia jurídico-penal, en cuanto ésta genere un riesgo que sobrepase el «riesgo permitido» y que tenga una aptitud y/o idoneidad, de lesionar a un bien jurídico protegido.

El primer presupuesto necesario para poder comprobar la presencia del «Riesgo Permitido», es que no pueda conseguirse esa finalidad de utilidad social a través de otra conducta no peligrosa, ésta debe ser la única posible, debiéndose para ello ponderar los intereses en conflicto:

- a) El mayor o menor significado social de la finalidad perseguida.
- b) La probabilidad mayor o menor de que se consiga el resultado esperado; y,
- a) La capacidad del autor para poder llevar a cabo con éxito la conducta peligrosa, sólo aquel que está capacitado para realizarlo; los conocimientos especiales y los poderes individuales son esenciales para poder determinar el Riesgo Permitido, a tal efecto concurren dos presupuestos: «capacidad de control» y de «evitabilidad»²⁵¹⁵.

2512 J. A. CHOCLAN MONTALVO / A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 340.

2513 LUZÓN PEÑA, D. M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 504.

2514 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 508.

2515 En este sentido CORCOY BIDASOLO M. *El Delito Imprudente*; Cfr.

6.2. El Principio de Confianza

FEIJOO SÁNCHEZ escribe que el Principio de Confianza juega un papel 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; v.gr., La lesividad de conducir un automóvil no depende sólo de cómo uno conduzca sino de cómo se comporten los otros participantes en el tráfico rodado²⁵¹⁶.

El tráfico rodado supone una actividad eminentemente activa y dinámica a la vez, que se expresa en la participación de muchos conductores, cuya conducción se encuentra regulada normativamente, a fin de evitar la producción de eventos lesivos para los intereses jurídicos *fundamentales*. Importa una actuación en un sistema de permanente participación, dando a lugar a *roles*, fijados normativamente, encaminados a evitar la generación de *riesgos jurídicamente desaprobados*; por tales motivos, cada conductor deposita su confianza en un marco de auto conducción por quien está en posibilidad de orientar su ámbito de organización en un nivel estándar, por lo que el resto de conductores, no puede responder por el desenvolvimiento defectuoso de una esfera de organización *ajena*.

Desde luego, el principio de la confianza se extiende también a los ámbitos de trabajo -piénsese en la actividad médica- y en las esferas de la vida cotidiana, donde el actuar del agente está supeditado al comportamiento de los demás²⁵¹⁷.

El «Principio de Confianza» (*Vertrauensschutz*) juega un rol importante en la concreción material del de cuidado *debido*, vinculado a los conceptos del «Riesgo Permitido» y con el modelo de los «Contactos Sociales Mínimos»; principio que se debilita, mejor dicho no toma lugar, cuando el agente asume la posición de «Garante».

Todos los ciudadanos como sujetos *que se conducen de forma responsable*, que actúan y participan en los diversos ámbitos de la cotidianeidad social, confían en que el resto de sujetos participantes, van a comportarse de acuerdo (JAKOBS) a la norma de cuidado, salvo motivos que hagan pensar lo contrario (pues, no es legítimo hacer responder a uno por organizaciones defectuosas de ámbitos organizativos ajenos).

2516 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J.; *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, 2002, p. 291 y ss.; LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 504; GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 218.

2517 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 434.

El Principio de Confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico, debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque desde un punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de este tipo de conductas²⁵¹⁸; pues, muy a pesar de predicarse con seguridad, que los otros no van a comportarse adecuadamente, es decir, defectuosamente, ello no implica sin más, que debe responderse por estos resultados típicos; lo contrario, significaría una paralización continua de algunos participantes en determinadas actividades, ante el temor de un desarrollo defectuoso de los otros²⁵¹⁹. Piénsese en el tráfico varío de la ciudad de Lima, donde conductores inescrupulosos, no se adecuan en lo más mínimo a la conducción de sus vehículos a la normativa del CNT, quien conduce adecuadamente tendría que manejar de una forma tan sigilosa que podría en ese intento lesionar su ámbito de organización interno.

Debe descartarse en los elementos negativos del tipo, la concurrencia de Causas de Justificación, si es que en definitiva la vulneración del deber de cuidado no entra en conflicto con valores jurídicos de orden superior.

6.3. La Realización del Tipo Objetivo

Consideramos que la realización del resultado lesivo en la esfera del bien jurídico lesionado, debe ser aquel producto de la generación del riesgo creado por la infracción del deber objetivo de cuidado; mediando lo que llamamos como «Relación de Riesgo», debiendo descartarse la imputación jurídico-penal por el tío culposo, cuando los efectos perjudiciales son obra de circunstancias concomitantes, sobrevinientes, producto del azar.

En palabras de PEÑA CABRERA el resultado adquiere gran relevancia para poder deducir correctamente el cuidado objetivo en el caso específico (disvalor de la acción + disvalor del resultado).

a. El Resultado como Consecuencia de la Infracción del Deber Objetivo de Cuidado

La determinación del deber objetivo de cuidado, requiere que el resultado haya sido cognoscible para el autor; entre la generación de la acción imprudente peligrosa y la producción del resultado lesivo, debe mediar una «Relación de Riesgo»; de no ser así se quiebra el vínculo de la imputación jurídico-penal.

2518 FEIJOO SÁNCHEZ, B.; op. cit; CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II. Teoría Jurídica del delito, 6ta. edición, Madrid, 1998, p. 171.

2519 ASÍ, BUSTOS RAMÍREZ, J; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 235.

Para CEREZO MIR en base a la hipótesis de una conducta adecuada a derecho, señala que en base a una probabilidad rayana en la certidumbre, debe demostrarse que el resultado pudo haberse evitado si es que se hubiera observado el deber objetivo de cuidado²⁵²⁰; v.gr., el ciclista ebrio que cae aparatosamente ante los neumáticos de un camión, al ser adelantado por éste, a una velocidad y distancia no permitida por las reglas de tránsito. Se infiere, en base a la teoría del incremento del riesgo, que si el conductor del camión hubiese adelantado a la velocidad permitida y a la distancia reglamentaria, no se hubiese producido el resultado lesivo; pero, nos preguntamos: ¿Qué pasa si no se logra certeramente asegurar que la conducta adecuada a derecho, hubiera evitado el resultado? Ante, una duda de tal magnitud, ya incursos en el Proceso Penal, se terminaría por aplicar el *Indubio pro reo*, que a nuestra consideración llevaría a resultados insatisfactorios.

La seguridad en la realización del resultado, debe realizarse sobre la conducta prohibida, que finalmente da lugar el tipo objetivo, no sobre una supuesta conducta no realizada; ante una duda que el resultado es realmente la realización del riesgo no permitido creado por la lesión del deber objetivo de cuidado, exigible al autor, el Tribunal deberá absolver²⁵²¹.

Dicho así: *el disvalor del Injusto imprudente supone la inobservancia del deber de cuidado (estrictamente normativo), lo que genera un riesgo no permitido, donde la producción del resultado lesivo se determina a partir de una relación de riesgo (disvalor del resultado), que debe ser consecuencia directa del riesgo no permitido²⁵²² y no considerado como un efecto circunstancial (naturalístico), debiéndose tomar también en consideración la posición de la víctima, pues ella puede incidir en base a una conducción defectuosa en la concreción del resultado lesivo*; dicho a modo de ejemplo, si el conductor conduce su vehículo en estado de ebriedad, pero manejando en estricta observancia de la normatividad, y así se produce el atropello de un transeúnte, quien cruza una calle de forma intempestiva y, por un lugar prohibido, o cuando se lanza sorpresiva-

2520 CEREZO MIR, J.; *Derecho Penal. Teoría Jurídica del Delito*, cit. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE y otro; *Derecho penal. Parte General*, cit., ps. 305 y ss.

2521 Para CEREZO MIR, mientras que aparezca como posible o probable que el resultado se hubiera producido igualmente en caso de que el sujeto hubiera observado un cuidado objetivamente debido, el Tribunal deberá absolver (*Indubio pro reo*); al respecto ROXIN en base a su teoría del Incremento del Riesgo, anota que el resultado debe serle imputado al sujeto, siempre que por su acción que no responda al cuidado objetivamente debido, haya dado lugar a un aumento del riesgo de la producción del resultado; a nuestro entender sólo debe imputarse objetivamente a medida que el resultado sea consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado, puede haber una interrupción de la relación de riesgo, cuando terceros participantes o la propia víctima, generan otros riesgos que desplazan al riesgo inicial creado por el autor.

2522 Así, JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 530.

mente delante del vehículo de forma suicida²⁵²³, deberá atribuirse el resultado a la falta de conducción debida del peatón²⁵²⁴ (por una conducta alternativa, adecuada a derecho)²⁵²⁵, al margen de la responsabilidad penal del conductor por el tipo del artículo 274º; aunque algunos autores mantienen el denominado «nexo de causalidad» como atribución del resultado lesivo producido, de conformidad con la teoría de la equivalencia de condiciones, sin dejar de lado los correctivos de la imputación objetiva²⁵²⁶.

6.4. Interrupción del Nexo Causal

El resultado lesivo producido puede ser consecuencia de una acción ajena a la acción imprudente misma, pues, quien ha sufrido lesiones leves como consecuencia de una conducción temeraria de un conductor, que luego es transportado por una ambulancia y en el trayecto ésta sufre un impacto violento con otro automóvil, que trae como desenlace final la muerte del accidentado; visto con este ejemplo, se pretende delimitar los ámbitos de responsabilidad de cada participante, según las normativas que regulan la actuación, conforme a los roles sociales; cada sujeto será responsable, siempre y cuando concurren dos premisas a saber: -primero, que con su conducta haya generado un *riesgo jurídicamente desaprobado* y, segundo, que *el riesgo no permitido generado por la acción u omisión del autor, haya sido el productor de la consecuencia lesiva; ni bien aparecen otros factores, que puedan incidir en la plasmación de otros riesgos no permitidos, se desvincula el juicio de atribución con el primer participante*.

El efecto perjudicial ocasionado, por ende, no es la realización de la generación del primer riesgo jurídicamente desaprobado; atribuir la imputación al primer riesgo, supondría en este nivel, una «responsabilidad objetiva por el resultado».

También, deberá negarse la imputación objetiva, cuando el resultado producido es consecuencia de la infracción de los «deberes de autoprotección de la víctima»; ante el caso de un farmacéutico que indica al paciente la prescripción de un determinado medicamento sin receta médica, éste ingiere dosis mayores a las indicadas en la medicina, quien luego fallece debido a que su organismo era hipersensible a dicha medicina. Si bien, el farmacéutico lesionó su deber de cuidado, al prescribir medicinas sin receta médica, el riesgo que finalmente desencadenó el resultado lesivo fue la infracción del paciente a suministrarse

2523 GARRIDO MONTT., M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II., cit., p. 220.

2524 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 508.

2525 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 238.

2526 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 433.

dosis mayores a las pertinentes, siempre y cuando éste pueda calificarse como un sujeto auto-responsable.

6.5. Ámbito de Protección de la Norma

Alcanza una doble función, interpretativa y reguladora de los ámbitos precisos de atribución delictiva:

- a) En la determinación del deber objetivo de cuidado; y,
- b) Como criterio de imputación, el riesgo creado concretizado en la producción del resultado lesivo, debe ser aquel que la norma quería evitar, es decir, el radio de acción de la norma se corresponde con determinados cursos causales que desembocan en el resultado que precisamente pretendía evitar la norma²⁵²⁷.

Dicho lo anterior, el resultado debe expresar aquellas conductas que el tipo penal correspondiente quería evitar (ingresan al ámbito de protección de la norma); no es suficiente, que se haya vulnerado la lesión del deber objetivo de cuidado para poder imputar el resultado lesivo a título de culpa.

Como bien afirma MUÑOZ CONDE se niega la imputación objetiva, porque el resultado producido no tiene nada que ver con el fin de la norma infringida²⁵²⁸. Pues, la muerte del copiloto a causa del paro cardíaco producto de la impresión sufrida por la colisión del vehículo producida negligentemente, no es el resultado lesivo que la norma quería evitar.

El impacto de dos carros de carrera, a consecuencia de una conducción temeraria, a excesiva velocidad, que produce la muerte de uno de ellos -quien no tenía puesto su cinturón de seguridad-, ha vulnerado sus deberes de auto-protección, por lo tanto, el resultado fatal no puede ser imputado a la generación del primer riesgo²⁵²⁹; aún, cuando el otros conductor, haya estado conduciendo

2527 Así, JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 532; J.A. CHOCLAN MONTALVO/ A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 342.

2528 MUÑOZ CONDE, F. y otro; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 307.

2529 GIMBERNAT, en su tesis señala que es necesario limitar la esfera del resultado imputable al autor, de acuerdo con la finalidad de la norma. Mediante este principio normativo, se permite excluir resultados lesivos a título de imprudencia, todos aquellos que no reflejan el riesgo creado por el autor; puede también admitirse el caso de "Concurrencia de Culpas", quiere decir, que en la producción del resultado lesivo, haya concurrido junto a la infracción de un deber objetivo de cuidado del sujeto A, se suma la infracción de otro deber objetivo de cuidado, a través del comportamiento de otro sujeto B, o producto de la infracción del deber objetivo de cuidado de la propia víctima. No es admisible la compensación de culpas en el ámbito jurídico-penal; al negar la compensación de culpas -escribe J.A. CHOCLAN MONTALVO/ A. CALDERÓN CEREZO- se quiere decir sencillamente que en el caso de concurrencia de culpas del agente y de la víctima, de equivalente significación causal,

bajo la influencia del alcohol o sustancias psicotrópicas; puede, por tanto, aparecer la concurrencia de dos riesgos *jurídicamente desaprobados, atribuibles a dos distintas esferas individuales de organización, debiéndose precisar cual de ellos haya sido el causante del resultado lesivo, para lo cual no será suficiente con apelar al incremento del riesgo, al margen de cada sujeto participante haya de asumir responsabilidad penal, por conductas, que para su punición no requieren causar un resultado lesivo (delitos de peligro).*

Ante la renuncia implícita de protección por parte de los titulares de bienes jurídicos, permitiendo la afectación de sus bienes jurídicos, el orden jurídico -como expresión de un Estado de Derecho- está en la obligación de respetar la autonomía y voluntad de los ciudadanos como sujetos auto-responsables; por consiguiente, los resultados lesivos que puedan producirse en la esfera de dichas libertades, no pueden ser imputables a la injerencia consentida de terceros en los ámbitos de disponibilidad de la víctima, a menos que se trate de *bienes jurídicos indisponibles, como la vida.*

7. LA PRETERINTENCIONALIDAD (RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR EL RESULTADO)

Nuestro Sistema Penal, exige como presupuesto de «Imputación Subjetiva», la concurrencia de dolo o culpa en la esfera personal del agente delictivo, no se admite por lo tanto una tercera variante; que quiere decir esto, que la admisión de responsabilidad penal está sujeta a la comprobación de una determinada actitud anímica del autor, que el *autor haya encaminado su conducta a producir un determinado resultado lesivo, al menos que dicha causación pudo ser prevista, si hubiese sido más diligente.*

En el marco de un injusto, donde la reprobación jurídico-penal se basaba esencialmente en el resultado, en la manifestación de una conducta humana que transforma el mundo exterior de forma definitiva, poca o nula importancia tenía cual era el factor final de la conducta desplegada por el individuo; en otras palabras dicho: *cual era el nexo subjetivo entre el resultado, donde la esfera anímica del autor no adquiriría relevancia alguna.*

De ahí, que en un modelo así concebido, bastaba entonces la materialidad de un resultado contenido en la norma, para dar lugar a la responsabilidad penal, a tal efecto, la introducción de elementos subjetivos en la Culpabilidad y luego en el tipo del injusto, fue lo que permitió el rechazo a una responsabilidad objetiva por el resultado.

no se anulan recíprocamente, es decir, no puede decirse que no hayan existido, sino que, precisamente, concurren -no se compensan- las dos imprudencias; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 346; así, SOLER, S.; *Derecho Penal Argentino*, T. II, cit., ps. 158-159.

La moderna teoría del delito rechaza los resquicios del Derecho Canónico, vestigios del *versari in re illicita* que es conocida en la doctrina como «Responsabilidad Objetiva por el resultado». Bajo el contexto del Derecho Canónico Medieval, bastaba pues la ejecución de un acto -de escasa gravedad antijurídica- que desencadene en un resultado lesivo, para fundamentar la responsabilidad objetiva²⁵³⁰.

La teoría objetiva, o del *versari in re illicita*, afirma la responsabilidad por todas las consecuencias del acto ilícito aunque sean fortuitas (*qui in re illicita uersatur tenetur etiam pro casu*)²⁵³¹.

El Derecho penal únicamente puede criminalizar aquellos comportamientos humanos, que intencional o negligentemente, lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos protegidos.

La concurrencia del dolo y la culpa, como elementos subjetivos sistemáticos ubicados en el ámbito típico, constituyen una garantía que emana del principio de Culpabilidad, y de ellos emerge el principio de proporcionalidad de la pena, como límite de la reacción punitiva estatal.

Toda producción de resultados lesivos, generados por hechos imprevisibles o fortuitos, no pueden ser sustento de responsabilidad; la relación de riesgo como nexo de imputabilidad, niega cualquier tipo de responsabilidad.

Para MUÑOZ CONDE la exclusión de la responsabilidad objetiva del ámbito del Derecho penal, es también una consecuencia de la función motivadora de la norma penal, que sólo puede motivar a los ciudadanos para que se abstengan de realizar acciones que puedan producir resultados previsibles y evitables. Carece de sentido prohibir procesos meramente causales²⁵³².

GIMBERNAT ORDEIG, desde otra postura, prescindiendo de cualquier clase de culpabilidad, señala que es perfectamente posible fundamentar por qué sólo pueden ser punibles los hechos dolosos o culposos: la responsabilidad por el resultado es una responsabilidad innecesaria y constituiría, por ello, un sufrimiento para las personas castigadas que nada podría justificar²⁵³³.

Ahora bien, resulta necesario realizar la siguiente distinción: una cosa es la mera responsabilidad objetiva por el resultado (*versari in re illicita*)²⁵³⁴ y, otra

2530 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 240; Vide, al respecto, de forma amplia, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. VI, cit., ps. 22-27.

2531 ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal*, cit., p. 255; Así, SOLER, S.; *Derecho Penal Argentino*, T. II, cit., p. 129.

2532 MUÑOZ CONDE, F. y otro; *Derecho penal. Parte general*, cit., ps. 310-311.

2533 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*, cit., p. 36.

2534 Para JIMÉNEZ DE ASÚA, es un aspecto de la responsabilidad anómala que sólo relativamente

muy distinta, la figura de la «preterintencionalidad» o ultraintencionalidad²⁵³⁵; cuya diferencia estriba, en que esta última no importa una mera responsabilidad objetiva por el resultado ocasionado, sino que exige que dicho resultado sea imputable a título de culpa, en base al elemento «previsibilidad»; (...) el sujeto no se le representó o habiéndolo previsto confió en que no sobrevendría²⁵³⁶.

Por lo expuesto, advertimos una mixtura subjetiva en la figura de la preterintencionalidad, pues por una parte se manifiesta una conducta dirigida intencionalmente a una producción lesiva -de un determinado bien jurídico-, y por otro lado, el hecho de que sobrevenga un resultado más allá de lo querido por el autor, pero previsible²⁵³⁷, si es que hubiese sido diligente.

Es de verse, entonces, que el delito «preterintencional», tiene como origen la producción de un ilícito penal doloso y la causación de un resultado por imprudencia, el cual es imputado finalmente como una unidad delictiva dolosa. En otro sector de la juridicidad, se le ha otorgado una especie de «forma mixta», en estos casos la acción del hecho a la que le sigue el resultado imprudentemente producido puede exigir, por su parte, dolo o imprudencia.

En todo caso, la figura de la preterintencionalidad requiere algo más: la identidad del bien jurídico o su símil naturaleza, pues como apunta MANZINI, para tener la preterintencionalidad es indispensable que la lesión jurídica progrese sobre la misma línea, esto es, que se haga más grave en la misma especie o al menos en el mismo género de intereses jurídicos²⁵³⁸.

El tránsito del vetusto Código Penal de MAURTUA a un nuevo *corpus* punitivo inspirado por los principios rectores de la moderna Teoría del Delito, en armonía con la idea de un «Derecho penal mínimo»; supondría la erradicación de esta figura «versarista»²⁵³⁹, tal como se desprende del catálogo de principios que se compaginan en el Título Preliminar del Texto Punitivo.

Lamentablemente, para nosotros, se ha mantenido en algunos tipos penales, la figura de la «preterintencionalidad», construcción que ha tomado plas-

puede llamarse «responsabilidad objetiva», y con mayor impropiedad puede asumir el título de «responsabilidad sin culpa», ya que culpa, *latu sensu*, hay en el acto inicial ilícito, que origina el resultado más grave; *Tratado de Derecho Penal...*, T. VI, cit., p. 274.

2535 Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 441.

2536 GARRIDO MONTT., M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 229: Ver al respecto ANTÓN ONECA. J.: *Derecho Penal...*, cit., ps. 256-257.

2537 Así, SOLER, S.; *Derecho Penal Argentino...*, T. II, cit., p. 130.

2538 MANZINI, V.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 184.

2539 El profesor Raúl PEÑA CABRERA mantuvo una posición férrea en contra de la inclusión de estas figuras en el Código Penal de 1991, como miembro Consultivo de la Comisión Revisora del texto punitivo.

mación en algunos supuestos delictivos (v.gr., lesiones, violación a la libertad sexual, robo agravado, secuestro, extorsión, etc.), producto de las continuas reformas, de la cual ha sido objeto nuestro avasallado texto punitivo; modificaciones legislativas que han significado a la postre: la expresión de una política criminal incompatible con el principio de culpabilidad, llevado únicamente al utilitarismo o al despliegue de efectos meramente simbólicos, aunque algún sector de la doctrina no se muestra conteste a su producción normativa²⁵⁴⁰.

Retomando lo antes dicho, de *lege lata* se advierte también la inclusión de un tipo penal denominado "aborto preterintencional", cuya rotulación es para nosotros en realidad dudosa, pues su estructuración típica reza de la siguiente manera: "*El que, con violencia ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo...*"; -se sostuvo líneas atrás-, que la figura de la preterintencionalidad supone una acción dirigida deliberadamente a la producción de un resultado -penalmente típico-, causándose un resultado que va más allá de lo querido por el autor, pero que le era previsible; empero en este caso no estamos ante dicha circunstancia normativa, en la medida que al autor al constarle el estado de gestación de la víctima, aún así despliega una violencia lo suficientemente intensa como para producir la muerte del nasciturus, es decir, si bien su intención manifiesta una acción deliberada de causar una afectación corporal a la gestante (dolo en primer grado), no es menos cierto que el nivel de «cognoscibilidad» del otro resultado es abarcado en una esfera conciencia) lo suficientemente intensa (dolo eventual), que impide su admisión a título de culpa²⁵⁴¹.

La solución correcta, privativa del principio de culpabilidad, rechaza firmemente la posibilidad de que el dolo y la culpa puedan coincidir en el mismo instante psicológico²⁵⁴²; pues no puede desdoblarse la esfera anímica del autor en dos planos subjetivos distintos entre sí.

Ya JIMÉNEZ DE ASÚA, anotaba que la preterintención no es más que una alianza de dolo y culpa, elevar a una especie autónoma esa mixtura de las dos especies de culpabilidad, nos parece imposible, sobre todo porque no se funden orgánicamente y subsisten cada una en el agente, hasta el punto de poder reemplazar la segunda por el casos, cuando la previsibilidad tropezó con lo incalculable²⁵⁴³.

2540 Así, SOLER, S.; cuando defiende el *versad in re illicita*; *Derecho Penal Argentino*. T. II, cit., ps. 129-130.

2541 Así, GARRIDO MONTT, M., al referirse al artículo 342° del CPCH; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 230; Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 208-209.

2542 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 230.

2543 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. VI, cit., p. 19.

Nuestra posición, es que debe acudirse en estos casos, a «Concurso Ideal», entre el delito inicial doloso y el resultado más grave producido a título de culpa (*sobreviniente*); empero, no puede dejar de mencionarse, que la arremetida del legislador a partir de una visión estrictamente criminalizadora, ha terminado por debilitar —de forma significativa— el principio de proporcionalidad de las penas, y la jerarquización del bien jurídico, pues con la finalidad de agrandar a las galerías, injustos como la violencia sexual de menores, robo agravado²⁵⁴⁴, secuestro, etc., importan ahora una mayor pena que el delito de homicidio y sus derivados, por lo que acudir a la figura del concurso ideal de delitos, no parecería ser la opción política criminal más correcta.

8. EL CASO FORTUITO

El artículo 11° del CP, prescribe sólo son punibles, como delitos y faltas, los hechos dolosos y culposos previstos en la ley; a tal efecto, la «tipicidad subjetiva» sólo puede estar conformada por estos componentes subjetivos; ante la presencia de resultados fortuitos o producto del Riesgo Permitido, quedan fuera del ámbito de protección del tipo penal, como causa de exclusión del tipo del Injusto.

La tipificación propuesta en los marcos normativos del artículo 123° («Lesiones con resultado fortuito»), constituye una vulneración flagrante al principio de culpabilidad; como bien anota PEÑA CABRERA "...es la expresión más ingrata de la tozudez de los comisionados que aprobaron este tipo penal"²⁵⁴⁵.

La imputación de un resultado como consecuencia de un hecho fortuito (de carácter imprevisible), es una variante del *versan in re illicita* que dio origen a la responsabilidad objetiva por el resultado; resulta todo un despropósito, pretender imputar un resultado lesivo ante un hecho no previsto ni imaginado por el autor.

Sólo se puede responder penalmente de las consecuencias derivadas de la realización de un acto ilícito, pero siempre que exista respecto a ellas dolo o culpa, como conexión subjetiva, cuando se comprueba que el autor actuó sin

2544 En el caso de la descripción típica contenida en el último párrafo del artículo 189°, la verdad que ni siquiera puede ser reconducido el resultado más grave producido, al ámbito de un delito preterintencional, en la medida que únicamente se exige que "*como consecuencia del hecho se produzca la muerte de la víctima...*"; lo que supondría una responsabilidad objetiva por el resultado, bastará que el impacto violento del asalto produzca un paro cardíaco en la víctima para dar lugar a esta inescrupulosa forma de responsabilidad; a tal efecto, debemos añadir, en mérito a una interpretación de orden sistemática, el factor *previsibilidad*.

2545 PEÑA CABRERA R.; *Código Penal Comentado y Leyes Complementarias*, Editorial San Marcos, 1992, Lima, p. 172.

dolo y bajo el parámetro del riesgo permitido, debe proceder a excluir la admisión del *injustos penal*.

Conforme lo anotado, debe rechazarse que la imputación jurídico-penal pueda construirse sobre la base de juicios causales o de eventos naturales, que nada tienen que ver con el nexo subjetivo que debe concurrir entre el hecho jurídico-penalmente y la esfera anímica del autor: debiéndose distinguir que en el caso fortuito debe intervenir una conducta humana, en cambio en el caso de «fuerza mayor» puede intervenir un factor natural; (...) el caso fortuito se debe caracterizar por la imprevisibilidad del acontecimiento que se produce en relación causal con la actividad de un hombre o con su omisión²⁵⁴⁶.

Acudir en un caso (fortuito) así a la pena sería imponer un sufrimiento inútil -y por ello inadmisibile- apunta GIMBERNAT²⁵⁴⁷.

La imputación delictiva reside en un factor eminentemente normativo, contrario a la utilización de este tipo de factores, que responden más a los hechos fenoménicos que acontecen en el mundo natural.

Dicho lo anterior, si un conductor -producto de la causalidad- se cruza con un gato y, de esta forma lo atropella, al margen de constituir una falta, no puede generar ningún tipo de responsabilidad criminal; resultando en realidad sistemáticamente incoherente, la construcción típica contenida en el artículo 123° del CP, que tipifica las lesiones con resultado fortuito, pues como bien se desprende del propio articulado, no se exige ni el dolo ni la culpa: "Cuando el agente produzca un resultado grave que no pudo causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir".

No entendemos a ciencia cierta, qué se quiere dar a entender con la expresión «quiso inferir», tal vez sólo quiso causar una lesión nimia, y se produjo por cuestión del azar una lesión más grave, lo cual de todos modos importa una responsabilidad objetiva por el resultado más grave sucedido.

A ciencia cierta, no sabemos sobre que ha de basarse la imputación delictiva de aquel resultado, que el agente no quiso causar (dolo) y que no pudo prever (culpa), podemos fácilmente poner un ejemplo: A que marcha en su carro en la velocidad permitida y en el carril autorizado, de forma repentina se le cruza un peatón (B) en un lugar no señalizado, por lo que fruto del azar el vehículo arrolla a B, provocándole lesiones graves. El conductor, no fue consciente del peligro que se estaba creando y, menos, infringió normatividad alguna, que pueda incidir en un resultado atribuible a título de imprudencia; entonces, que nos

2546 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. VI, cit., p. 218; al respecto ver MANZINI, V.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 185.

2547 GIMBERNAT ORDEIG, E.; *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, cit., p. 122.

queda preguntar al acusado lo siguiente ¿Diga usted cual era la magnitud de lesión que quería inferir a la víctima, en vista de que haya evidencia que uestes mantenía rencillas con el ofendido?, esto significa descender a una esfera (volitiva) que mas allá de los límites que han de valorarse, en materia de imputación jurídico-penal.

Se puede decir, por otro lado, que el tipo penal habría de interpretarlo de la siguiente forma. Sí, evidentemente, el autor quiso causar unas lesiones, las que fueron leves, o tal vez a nivel de faltas, pero luego sobrevino un resultado más grave, que no fue abarcado por la esfera cognitiva y, que tampoco puedo prever y, ante ello ¿con qué nos quedamos?, con la aparición de factores causales concomitantes y/o posteriores, que incidieron en la producción de lesiones graves; v.gr., el agente arremete físicamente al sujeto pasivo, ocasionándole una herida leve, pero luego la víctima no hace caso a la receta del médico y, la herida se convierte en grave. Siendo así, se da cuenta de una ruptura del juicio de imputación, a partir de ámbitos y/o esferas de delimitación de responsabilidad (auto-puesta en peligro), por lo que el autor simplemente tiene que ser penalizado por lesiones leves o faltas contra la persona y el resultado más grave, éste queda ahí, pues a la víctima no se le puede penalizar por actos que atentaron contra su propia salud.

La imputación objetiva del resultado no puede ser connotada típicamente, porque aun cuando la conducta desplegada por el agente pueda ser considerada como una condición para el resultado, éste escapa a la capacidad de control del autor, dado su carácter imprevisible²⁵⁴⁸.

9. CLASES DE CULPA

9.1. La Culpa Inconsciente (*Unbewusste Führlässigkeit*)

Antes de abordar la problemática en cuestión, debe destacarse que de *lege lata* no se reconoce en nuestro derecho positivo vigente, la distinción de dos clases de culpa.

Es de verse, que la distinción teórica-conceptual, parte de una construcción dogmática, a partir de dos finalidades a saber: a.-Para delimitar la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación; y, b.-Para sincerar en mayor grado el principio de proporcionalidad de las penas.

Los partidarios del Finalismo siendo fieles a sus postulados teóricos, para no dejar sin sanción esta modalidad delictiva, conciben a la Culpa Inconsciente como «posibilidad de conocer el fin de la acción»; más en definitiva la finalidad posible no es finalidad, sería un ficticio de improbable constatación.

2548 PEÑA CABRERA, R.; *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida...*, cit., p. 324.

Gran parte de la doctrina concibe, que tanto en la Culpa Consciente como Inconsciente, el contenido del Injusto es el mismo, por lo que su diferenciación obedecería exclusivamente a razones prácticas, que sería la de facilitar la delimitación fronteriza entre el dolo y la culpa (MIR PUIG, JESCHECK)²⁵⁴⁹.

A nuestro entender, la clase de culpa a identificar, supone la relación del autor con el hecho antijurídico realizado; (...) esto es, si hay una culpa consciente (o con representación), o bien, una culpa inconsciente (o sin representación)²⁵⁵⁰. De ahí, que se diga en la doctrina que la mayor "indiferencia" hacia el deber de cuidado con respecto al bien jurídico tutelado, conduce a la culpa inconsciente.

Debe decirse, que la distinción entre una y otra, sólo puede tomar lugar desde una perspectiva «normativa» y, no de naturaleza «psicológica», en la medida que en la culpa inconsciente no existe un nexo anímico real.

En el caso de la «Culpa Inconsciente», la gravedad del peligro creado producto de la indiligencia del autor, puede ser aún mayor que en la hipótesis de la «Culpa Consciente», debido a que en esta última el autor está en mayores posibilidades de poder controlar el peligro y finalmente dominarlo, pues confía ciegamente en poder evitarlo, simplemente no es consciente de la virtualidad del peligro -generado por su conducta o confía por temeridad- en que el resultado no se producirá²⁵⁵¹; en cambio, en la Inconsciente, la no advertencia del peligro hace de la evitabilidad, casi un imposible, (...) habiendo podido y debido hacerlo²⁵⁵², producto del grado de indiferencia mostrada por el autor, lo cual para un sector de la doctrina supone un mayor contenido del injusto²⁵⁵³.

KAUFMANN, aplica la estructura del "*Actio libera in causa*" para fundamentar la culpabilidad en la Culpa Inconsciente; si bien el autor al momento de generar el peligro con su conducta para el bien jurídico, no lo abarca en su voluntad, pero sí en un momento previo pudo haberse dado el conocimiento y la voluntad del peligro; sin intención de restar mérito a la teoría de este autor, se considera que la *Actio Libera in causa* reporta un elemento de naturaleza psicológica, que es analizado a nivel de culpabilidad, la puesta en un estado de inimputabilidad

2549 Al respecto, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. V., cit., ps. 996 y ss.

2550 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 237.

2551 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 510; GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 226; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 437; Al respecto, RAMOS TAPIA, M.I.; *Delitos de acción...*, cit., ps. 544-545; SOLER, S.; *Derecho Penal Argentino*, T. II, cit., ps. 148-149.

2552 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 438.

2553 Así, JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., ps. 588 y ss; GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., 226; Al respecto ver, J.A. CHOCLAN MONTALVO / A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 350; ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal*, cit., p. 245.

para cometer un delito a través de elementos exógenos, viniendo a constituir una alteración de la conciencia transitoria²⁵⁵⁴.

La estructura subjetiva de la Culpa Inconsciente se encuentra en el injusto y no en la culpabilidad.

En la «Culpa Inconsciente», el juicio de imputación no se puede retrotraer a un momento anterior a la infracción de la norma de cuidado, cuando al autor le era exigible observar la diligencia debida, el peligro típicamente relevante se crea con la conducta realizada sin cumplir con el deber de cuidado -en este caso la falta de aptitud para ejecutar el comportamiento, sin superar el límite del «riesgo permitido», aún cuando la razón de la no permisión haya que buscarla a un momento anterior a la creación de éste («Norma de cuidado»)²⁵⁵⁵.

9.2. Culpa Consciente

El autor se representa, le resulta «cognoscible» la producción de un evento un lesivo, aunque confía en poder evitarlo o yerra sobre la efectiva virtualidad del peligro generado por su conducta: en cambio, en el dolo eventual, la creación del peligro le es perfectamente «cognoscible» para el autor y no obstante ello dirige su conducta a la generación del resultado, no queriéndolo pero admitiendo su producción lesiva, por lo tanto se desprende una mayor energía criminal, provocando una reacción penal de mayor intensidad.

2554 Vide, al respecto Cap. Culpabilidad (Actio libera in causa).

2555 En ese sentido MIRENXTU CORCOY BIDASOLO; *El Injusto Imprudente*; cfr. cit., ps. 282-290; ENGLISH concibe a la Culpa Inconsciente como desconocimiento, pese a la cognoscibilidad, podía haber conocido (hatte, erkennen, können); Para JAKOBS la imprudencia se caracteriza "como una forma de evitabilidad, en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que debe evitar", el elemento base es el error no cognoscible del peligro, a pesar de haberlo podido advertir, siéndole exigible; JAKOBS, en base a su concepción del injusto imprudente, sólo habría de admitirse una modalidad de culpa, la "Inconsciente", en virtud de que en la Culpa Consciente el autor es consciente del peligro, se representa la posibilidad de realización típica, por lo tanto estaremos ante un caso de dolo eventual; En: BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal*; cit., p. 247.

CAPÍTULO XXI

LA PUNIBILIDAD

LA PUNIBILIDAD - QUINTA CATEGORÍA DEL DELITO

Sumario: 1. Conceptos preliminares. 2. La Punibilidad como Elemento Cate-
gorial del Delito. 3. Diferencias entre las Condiciones Objetivas de Punibilidad
y las Condiciones Objetivas de Perseguibilidad. 4. Las Fases de Determinación
de la Pena. 5. Las Condiciones Objetivas de Punibilidad y las Excusas Ab-
solutorias. 5.1 *Las Condiciones Objetivas de Punibilidad.* a. *Las Insolvencias*
Punibles. b. *La Exceptio Veritatis.* c. *Concentración Crediticia.* d. *El Delito de*
Falsedad Material. e. *El Delito de Malversación de Fondos.* 5.2 *Excusas Abso-*
lutorias. 5.3. *Causa Personal de Supresión de Punibilidad.*

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

La imposición de una pena se encuentra condicionada a la realización de un injusto penal atribuido a un autor que posee la capacidad de responder conductivamente ante el influjo del mensaje normativo; dicho en otras palabras: *la sanción punitiva supone que el autor haya cometido la situación fáctica descrita en el tipo penal, de forma voluntaria y querida o de forma negligente y, segundo punto, que dicho obrar típico no haya procedido bajo el revestimiento de un precepto permisivo; sólo así podemos acreditar la existencia de un «Injusto penal».*

A lo dicho debe añadirse, que para dar por configurado el delito, debemos complementar el análisis con el juicio de imputación individual que recae sobre el autor o partícipe, partiendo de su estructura orgánica para poder dirigir su conducta conforme a la comprensión normativa que se desprende de su cognición acerca de su prohibición o mandato; finalmente que no se hayan producido circunstancias excepcionales que hayan podido afectar un proceso de motivación normativa en un rango de normalidad psíquica (estados de inexigibilidad).

En resumidas cuentas, «injusto» y «culpabilidad» importan los dos niveles que dan cabida al delito, cuya existencia debe darse de manera general, en cuanta modalidad típica que el legislador haya elevado al rango de «delito»; por consiguiente, basta con la presencia de ambos elementos para que los Tribunales puedan someter a una pena a la persona del infractor.

Dicho lo anterior, la doctrina es casi unánime al considerar que el «Injusto Culpable», llena de contenido material (*de legitimidad*) a la imputación delictiva, como bien apunta ROXIN, una conducta sólo es punible cuando perturba la pacífica convivencia de los ciudadanos. A tal efecto se ha de entender exclusivamente la dañosidad social de la conducta y no, por el contrario, a su reprochabilidad moral²⁵⁵⁶.

Por lo expuesto, no cabría introducir una categoría más a la teoría general del delito (*imputación delictiva*), pero parece advertirse un elemento, un añadido, encaminado a revestir al «Injusto Culpable» de un mayor reforzamiento punitivo, desde una perspectiva esencialmente material.

El legislador ha creído conveniente, que en algunas descripciones típicas la punición de la conducta se encuentra condicionada a la presencia de ciertas circunstancias, cuya ausencia impide la imposición de una pena; aspecto que incide en su taxativa inclusión, quiere decir, que su presencia está subordinada a los dictados de la legalidad, debiéndose prescindir su valoración, cuando no se haya optado por su comprensión normativa.

Hay formas de conducta respecto de las cuales la necesidad de intervención punitiva está fundamentada por circunstancias adicionales del caso particular que residen más allá del ilícito y la culpabilidad; o bien puede suceder que tal intervención esté debilitada o aun anulada por dichas circunstancias²⁵⁵⁷.

El Sistema Penal -como mecanismo de control social-, debe armonizarse con el resto de parcelas del ordenamiento jurídico, de cohesionar sus principios con los fines últimos del modelo ius-constitucional; es que el Derecho penal no puede ser contrario a los objetivos de la política social, o mejor dicho a la política jurídica del Estado en su conjunto; pues, la pena -como violencia institucionalizada-, no puede resultar un escollo para los objetivos que se desprenden de la pena, en el marco de un «Estado Social y Democrático de Derecho».

Dicho de otro modo: el Estado debe prescindir de una pena, cuando así lo aconsejen conveniencias de orden social o político; a tal efecto, la concurrencia de estas condiciones limitan la imposición de una pena, condiciones que muy

2556 ROXIN, C.; *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, cit., p. 434.

2557 STRATENWERTH G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 138.

singularmente se encuentran sancionadas normativamente en determinados tipos penales.

Conforme lo anotado, podemos afirmar con certeza en la seguridad: que las condiciones objetivas de punibilidad son elementos que de forma excepcional se encuentran incluidos en la descripción de los tipos penales, por lo que la característica general es que la pena únicamente exija la presencia de un Injusto Culpable²⁵⁵⁸.

Las *condiciones objetivas de punibilidad* son circunstancias que, estando fuera de la descripción típica, condicionan la aplicación de la pena. Se las considera objetivas ya que, por estar fuera del tipo, no se encuentran abarcadas por el dolo²⁵⁵⁹.

Lo dicho, de ninguna forma puede constituir un obstáculo, para reconocer a la «Punibilidad» como una categoría de la teoría general del delito²⁵⁶⁰, para otros constituye una categoría dogmática independiente que corresponde a las consecuencias jurídicas del delito²⁵⁶¹.

Se puede decir entonces, que la Punibilidad refiere a ciertas circunstancias «objetivas», que nada tienen que ver con el Injusto y la Culpabilidad²⁵⁶²; (...) necesarios para que la acción sea punible o para que se aplique determinada agravación de la pena²⁵⁶³, son ciertos agregados, cuya justificación sustantiva, se deriva de razones de conveniencia y de oportunidad políticas²⁵⁶⁴, (...) pero que son precisas (cuando el Código penal las prevé) para que pueda aplicarse la pena²⁵⁶⁵.

2558 Así, JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 500.

2559 SILVESTRONI, M.H.; *Teoría constitucional del delito*, cit., p. 351.

2560 Así, MORENO-TORRES HERRERA, M. Rosa; *La punibilidad*. En: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 836.

2561 Así, BUTELER, E. R.; *La Punibilidad*, cit., p. 590.

2562 Así, JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., ps. 503-504; Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. VII, cit., ps. 18-20; MORENO-TORRES HERRERA, M.R.; *La punibilidad*, cit., p. 842; SOLER, S.; *Derecho Penal Argentino*, T. II, cit., p. 208; BUTELER, E. R.; *La punibilidad*, cit., p. 588.

2563 ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal*, cit., p. 261.

2564 Así, HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe; *Las Condiciones Objetivas de Punibilidad y las Excusas Absolutorias*. En: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, cit., p. 388; ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal*, cit., p. 261; WOLTER, *Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión...*, cit., p. 67; SOLER, S.; *Derecho Penal Argentino*, T. II, cit., p. 208; WOLTER, J.; *Estudios sobre la dogmática y la ordenación...*, cit., ps. 36-37; BUTELER, E. R.; *La punibilidad*, cit., p. 588; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 255.

2565 HIGUERA GUIMERÁ, J. F.; *Las Condiciones Objetivas...*, cit., p. 388.

Dicho lo anterior, el elemento subjetivo del injusto (dolo) no tiene por qué abarcar las «condiciones objetivas de punibilidad»²⁵⁶⁶; esto significa que al autor se le castiga si la condición objetiva concurre durante el hecho o más tarde, incluso si su aparición no hubiera podido ser conocida o prevista, pero también que no cabe castigarle por tentativa cuando ha creído en la presencia o aparición de la condición objetiva, siendo así que en realidad faltó o no se produjo²⁵⁶⁷.

Ahora bien, debemos partir de un contenido material del injusto, lo suficientemente intenso como para poder descargar la sanción más severa del ordenamiento jurídico; es que en un orden democrático de derecho, es preciso someter a todos los hechos punibles por un filtro de *selectividad valorativa*, de aquellos injustos, que por su especial repercusión antijurídica merecen ser alcanzados por una pena, y, que ésta sea necesaria para alcanzar sus fines, que el ordenamiento jurídico-constitucional le asigna, tanto por razones de «prevención especial», de «prevención general negativa» y de «prevención general positiva».

No podemos a estas alturas del avance de la ciencia *jurídico-penal*, acoger las tesis que se desprenden de las teorías retributivas (clásicas del castigo), que fundan el castigo en un imperativo categórico o, que la pena debe imponerse a todos los delitos sin excepción, quiere decir esto, que a todo injusto culpable debe asociarse una pena, como consecuencia ineludible, indispensable, etc.; el tratamiento del *análisis del contenido material del injusto penal, repercute de forma significativa en el planteamiento normativo del legislador, a detenerse en ciertas circunstancias, que abonan en la necesidad y merecimiento de pena, cuya inclusión de lege lata, permite racionalizar la respuesta punitiva, a su vez, evitando que al formalidad de composición típica, suponga una reacción punitiva a todas luces no recomendable, desde una postura de política criminal apegada a los principios rectores de un Derecho penal democrático.*

La impregnación de finalidades político-criminales en el Sistema Penal, permite introducir mecanismos de selectividad valorativa, a partir de una serie de variables (principio de proporcionalidad, dañosidad social, grado de relevancia del interés jurídico, etc.); todo ello fundamental en un sistema social que no esta en posibilidad ni en condiciones de procesar y sancionar todas las conductas, que se adecuen en las descripciones típicas.

Siguiendo el hilo conductor, consideramos que deben cohesionarse los cometidos del «Derecho pena» con los del «Proceso penal» y, así construimos un Sistema Penal coherente con su aspiración teleológica y axiológica a la vez: de diseñar un modelo ordenador de vida bajo la coexistencia pacífica de sus ciudadanos.

2566 Así, GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 326.

2567 JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 504.

Un Sistema Penal integral, bajo la idea del fin, desde una aspiración de rango teleológico, que supone racionalizar al máximo la reacción punitiva; siendo así, la reacción punitiva debe pasar por toda una serie de filtros de valoración dogmática, a fin de legitimar la imposición de la pena.

Todos los requisitos -como apunta FREUND- de la reacción deben vincularse a la misma idea (de fin) de la reacción correcta (adecuada) ante una (presunta) infracción normativa para restaurar la paz jurídica perturbada²⁵⁶⁸.

La punibilidad, en algunos, casos acentúa la caracterización misma de un hecho que debe ser reprimido por una pena, (...) perfila el concepto de delito añadiendo el matiz, básico por lo demás, de que la conducta calificada como delictiva resulta, además, punible²⁵⁶⁹.

El acento o la tónica de ser «punible» una conducta típica y antijurídica, que sólo es añadida en ciertas circunstancias de conveniencia que se comprenden en la política jurídica en general.

El merecimiento y necesidad de pena, recaen por lo general, ante la comisión de un injusto penal imputable a un sujeto penalmente responsable, esto quiere decir, que la imposición de la sanción punitiva viene legitimada por la comprobación de un acto que contradice la vigencia de una norma a un autor, que posee capacidad de culpabilidad.

No obstante lo anotado, el legislador en diversos tipos penales, ha considerado necesario por razones político-jurídicas, condicionar el merecimiento de pena a determinadas circunstancias que deben concurrir o excluye la posibilidad de pena en algunos casos, por revelar el sujeto activo (autor) una determinada cualidad prevista en el tipo penal, que son denominadas en la doctrina penal como: «Condiciones Objetivas de Punibilidad» en sentido positivo y aquellas que aparecen como «Causas Excluyentes de Punibilidad», en sentido negativo.

Se dice que estas circunstancias no pertenecen ni al tipo, ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, responden ora a criterios político-jurídicos, ora a criterios político-sociales²⁵⁷⁰.

Según lo observado, la imposición de una pena -en algunos casos- importa no sólo la exigencia de que se acredite la presencia del Injusto y de la

2568 FREUND, G.; *Sobre la Función Legitimadora de la Idea de Fin en el Sistema Integral del Derecho Penal*, cit., p. 102.

2569 MORENO-TORRES HERRERA, M.R.; *La Punibilidad*, cit., p. 836.

2570 Para CUELLO CONTRERAS se prevén casos de injustos culpables no reprochables, reconociéndose casos en los que al hombre no puede exigírsele todo lo que estuvo en condiciones de rendir; de esta forma, se reservan para un escalón posterior a la culpabilidad y circunstancias (de la más diversa índole) que impiden la reprochabilidad porque lo ocurrido no merece hacerlo; *El Derecho Penal Español. Parte General*, cit., p. 1159.

culpabilidad del autor, sino que se verifique la concurrencia de determinadas condiciones para afirmar el «merecimiento» y la «necesidad» de pena».

En primer lugar, como apunta MORENO-TORRES HERRERA, supone afirmar el merecimiento de pena, es decir, pronunciarse sobre el desvalor, sobre la esencia del ilícito, que a su juicio está constituido únicamente por el desvalor de acción (aspecto valorativo). En segundo lugar, significa constatar la concurrencia de la necesidad de pena, que podría esbozarse, en principio, como la utilidad o conveniencia de la sanción penal (aspecto teleológico)²⁵⁷¹.

La necesidad de pena tiene que ver con el engarzamiento de los fines del Derecho penal con ciertas parcelas de la política jurídica, v.gr., cuando por razones de política social no resulta útil ni conveniente sancionar con una pena el hurto que se produce entre cónyuges; de forma semejante, tampoco puede constatare un injusto penal relevante, en el caso particular del desistimiento voluntario exitoso o en los delitos perseguibles a instancia de parte cuando no se interpone denuncia o cuando se produce la prescripción de la acción penal²⁵⁷²; sabedores, que cada una de estas instituciones, presenta sus propias particularidades, tanto por el fin como por su naturaleza.

Estos presupuestos de «punibilidad», ajenos al injusto y a la culpabilidad en el sentido de los elementos injusto y culpabilidad, en su aspecto cualitativo, han de ser constatados y, pese a ello, no determinan la responsabilidad- no se distinguen de las causas de exclusión de la reprochabilidad por el hecho de que no supongan una disminución cuantitativa del injusto y la culpabilidad, sino sólo por el hecho de que mientras las causas de exclusión de reprochabilidad están pensadas como modulaciones cuantitativas del injusto culpable, los presupuestos de la punibilidad ajenos al injusto y a la culpabilidad (en su aspecto cualitativo) están pensados como circunstancias que impiden la responsabilidad por el injusto culpable²⁵⁷³.

En base a un planteamiento teleológico del delito, la punibilidad adquiere gran importancia, en base a consideraciones de política-criminal, que limitan el merecimiento de pena, racionalizando su utilización como medio coactivo de las libertades fundamentales.

La selectividad de los hechos disvaliosos, no sólo depende de su grado de «dañosidad social», sino también de que la sanción punitiva aparezca como necesaria y realmente oportuna; en un Estado de Derecho se debe abandonar la idea antaño, de una justicia meramente retributiva, los nuevos tiempos de-

2571 MORENO-TORRES HERRERA, M.R.; *La punibilidad*, cit., p. 837; Ver al respecto, J.A. CHOCLAN MONTALVO / A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 244.

2572 FREUND, G.; *Sobre la función legitimadora de la idea...*, cit., p. 103.

2573 CUELLO CONTRERAS, J.; *El Derecho Penal Español. Parte General*, cit., p. 1160.

mandan una utilización mínima de la respuesta punitiva, en armonía con los fines preventivos de la pena.

LUZÓN CUESTA, detalla que dentro de un concepto jurídico del delito, BELING, en 1906, incluye la penalidad en su noción de delito, como "la acción típica, antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad"²⁵⁷⁴.

Posteriormente, MAYER no incluye la penalidad en su definición del delito, al conceptualizarlo de la siguiente manera, como "acontecimiento típico, antijurídico e imputable"²⁵⁷⁵, por lo tanto, no se hace alusión al elemento punibilidad.

Conforme el estado de la discusión, cabe preguntarse: ¿Si la «punibilidad» puede considerarse como un elemento *categorial* autónomo del delito o como la consecuencia jurídica derivada de la misma?

Así también, debemos proponer una formulación de las diferencias que se advierten, entre las «condiciones objetivas de punibilidad» y las «causas personales de exclusión de pena» (causas supresoras legales de punibilidad).

Primero, la distinción de mayor significación, es que mientras en las primeras, la concurrencia de dichos elementos afirma el merecimiento y necesidad de pena, en las segundas impide precisamente la imposición de una pena²⁵⁷⁶.

Dicho así: las «condiciones objetivas de punibilidad» apuntan en positivo y, las «causas personales de exclusión de pena» apuntan en negativo²⁵⁷⁷; de ahí, pueden derivarse varias consecuencias jurídicas; *mientras que las primeras, afirman y aprueban la reacción punitiva, las segundas tienden a sustraer la conducta del ámbito de punición, muy a pesar de confirmarse el injusto y la culpabilidad.*

Para JESCHECK, la diferencia radica en que las causas personales de exclusión y anulación de la pena, se conectan con la persona de los intervinientes, mientras que cuando falta una condición objetiva el hecho es impune para todos²⁵⁷⁸.

Es de verse, que en las causas personales de supresión legal de punibilidad, al tratarse de circunstancias que sólo atañen al autor, éstas no se extien-

2574 LUZÓN CUESTA, José María; *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Dykinson. Madrid, 2000, pp. 141 y ss.

2575 LUZÓN CUESTA, J. M.; *Compendio de Derecho Penal...*, cit., p. 142.

2576 ASÍ, HUIGERA GUIMERA, J. F.; *Las Condiciones Objetivas...*, cit., p. 389.

2577 Ver al respecto, MORENO-TORRES HERRERA, M. R.; *La Punibilidad*, cit., p. 839; GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 328; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 255.

2578 JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 505.

den ni a los co-autores ni a los partícipes²⁵⁷⁹, de conformidad con el principio de Accesoriedad limitada, con arreglo al principio de «Incomunicabilidad de las circunstancias personales»²⁵⁸⁰, situación que no sucede en las condiciones objetivas de punibilidad.

Se puede decir, por otro lado, que en el caso de las «condiciones objetivas de punibilidad» las razones responden a consideraciones de política criminal, mientras que las «causas personales de exclusión de pena» radican en conveniencias de política criminal y de política jurídica.

Finalmente, como anota SOLER, el cómplice del sujeto que robó algo a su padre es punible, aun cuando no lo sea el autor principal: para éste subsiste la responsabilidad civil²⁵⁸¹.

El artículo 208° del CP establece expresamente que la exención de pena no enerva la responsabilidad civil generada por el hecho punible; un aspecto no tiene porque conllevar el otro, en el sentido de que los criterios de exclusión de pena, no pueden a su vez enervar los fundamentos que sostienen la responsabilidad civil.

2. LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO CATEGORIAL DEL DELITO

La doctrina actual se encuentra dividida al considerar a la «Punibilidad», como un elemento categorial del delito; quienes así lo entienden, recuerdan la expresión de BINDING «que un delito sin pena es una campana sin badajo».

En palabras de CUELLO CALÓN la punibilidad es uno de los caracteres más destacados del delito.

Para el penalista hispano-parlante JIMENEZ DE ASÚA lo que en último caracteriza al delito es ser punible, esta naturaleza sólo puede proceder del carácter típico y antijurídico, en otros términos, es el Injusto penal lo que fundamenta la imposición de una pena (punibilidad), que sólo puede reprocharse a un sujeto penalmente responsable.

Es realmente ROXIN, con la propuesta integradora la teoría jurídica del delito con los criterios político-criminales, que encuentra en su elaboración teórica-conceptual, sustentación material este elemento de orden sistemático.

Para ROXIN una cuarta categoría delictiva más allá del Sistema Tripartito del Delito no designa un presupuesto general de la punibilidad y ya por esta

2579 Así, J. A. CHOCLAN MONTALVO / A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 249; JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 502.

2580 Así, arts. 16°, 208° y 406° del CP.

2581 SOLER, S.; *Derecho Penal Argentino*, T. II, cit., p. 209.

razón no puede tener el mismo rango que el tipo, la antijuridicidad y la responsabilidad²⁵⁸².

Es de verse, entonces, que para ROXIN el lugar sistemático de este elemento es la categoría de la "Responsabilidad", en tanto que Günther propone que sea examinado en el seno de la antijuridicidad²⁵⁸³. Para KRAUSE las circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad, se denominan condiciones objetivas de punibilidad.

BACIGALUPO, analizando el art. 268 CP (*Excusa absolutoria por cuestión de parentesco*²⁵⁸⁴), lo sostiene como un caso de exclusión de responsabilidad por el hecho por reducción de ilicitud que proviene de la menor conmoción de la confianza general en la norma vulnerada; se haría referencia a un mayor contenido del «disvalor del resultado», producto de una mayor «lesividad social», propuesto en el Injusto típico.

MIR PUIG, considera que la ausencia de pena se deriva de razones político-criminales ajenas al contenido del Injusto o con el grado de reprochabilidad o por razones de oportunidad política²⁵⁸⁵.

A nuestro entender, los que apuntan a atribuir a este elemento (Punibilidad), como una cuarta categoría del delito, fundamentan la exclusión de pena, en la *preponderancia de intereses jurídicos contenidos fuera del ámbito penal*.

JESCHECK escribe que el sentido de las causas de exclusión de punibilidad es en parte de naturaleza extrapenal y que en parte se trata de criterios específicamente jurídico-penales, como ocurre en el Desistimiento de la Tentativa²⁵⁸⁶; quienes se oponen a reconducir el fundamento de esta categoría del delito a finalidades extra-penales, señalan que no se puede separar la política criminal de las demás ramas de la política jurídica.

Consideramos -como equivoca esta crítica-, en la medida que la «política criminal» forma parte del Sistema Jurídico, es decir, importa un Subsistema, por

2582 ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2da. edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, 1997, pp. 970 y ss.; De posición contraria es QUINTANO, al señalar que el hecho de que existan circunstancias que excluyan la punibilidad (Condiciones Objetivas de Punibilidad y Excusas Absolutorias), no afectan su calidad antijurídica, no pueden ser percibidos como un nuevo elemento, dado que las causas de inculpabilidad y las de inimputabilidad, también dejan subsistente el Injusto penal.

2583 GÜNTHER; *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983; Citado por MIR PUIG, Introducción a *las bases del Derecho Penal*, cit. p. 35.

2584 Lo en cursivas es mío.

2585 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*. ps. 114 y ss.

2586 JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 500-501.

lo tanto el empleo óptimo del Sistema Jurídico se manifiesta en el enlace del Derecho penal con las necesidades del conjunto del sistema y esta integración sistemática es lo que permite en última instancia la eficacia operativa del *sistema punitivo*; es bajo tal entendimiento, que un Derecho penal, esencialmente valorativo, ha de ejercer filtros de selectividad valorativo, que permiten racionalizar la respuesta punitiva a márgenes razonables, dando lugar a una visión del delito más material, sustantividad que otorga el reconocimiento de esta categoría, ubicada fuera del injusto y de la culpabilidad.

3. DIFERENCIAS ENTRE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD

No puede negarse, que entre el «Derecho penal material» y el «Proceso penal» existe una interdependencia -práctica y científica-, que de cierta forma importa la unidad entre ambas ramas del saber jurídico-penal.

El Proceso penal es el auténtico campo de aplicación del Derecho penal sustantivo, su efectiva realización, pues la efectiva imposición de una pena requiere necesariamente de la instauración de un procedimiento penal (*nullum poena sine proceso*); en otras palabras dicho: el escenario imprescindible para que tomen lugar las sanciones punitivas, es el procedimiento penal, dando lugar a su interdependencia y vinculación indisoluble.

Lo anotado no puede dar entender, como una dependencia del Derecho procesal penal al Derecho penal sustantivo; es sabido, que el «Derecho procesal penal» cuenta con sus propios principios, criterios fundamentales, que toman lugar desde la cúspide de los valores, de rango constitucionales, compaginados desde la idea de un debido proceso y de los matices que se desprenden del principio acusatorio, vistos en toda su dimensión, con la entrada en vigencia del nuevo CPP. Por consiguiente, para lo que en este apartado interesa, trataremos de proponer una línea argumental, encaminada a identificar las distinciones entre las «Condiciones objetivas de punibilidad» con las «Condiciones Objetivas de perseguibilidad» (presupuestos procesales).

Ahora bien, debemos partir de la naturaleza misma, que sostiene u otra institución, en el sentido que las «condiciones objetivas de punibilidad» deben referir al hecho cometido, es decir, son circunstancias relacionadas con el hecho -materia de persecución penal-; mientras que las «condiciones objetivas de perseguibilidad», nada tienen que ver con el hecho punible, simplemente constituyen «obstáculos procesales», o mejor dicho «presupuestos procesales» que condicionan la efectiva persecución por parte del aparato de justicia, (...) un obstáculo o impedimento procesal al ejercicio o iniciación de la acción misma de castigar²⁵⁸⁷.

2587 HIGUERA GUIMEILA, J. F.; *Las Condiciones Objetivas...*, cit., p. 390; Así, MORENO-TORRES HE-

Para ANTÓN ONECA, las condiciones de procedibilidad son supuestos del proceso, condiciones que determinan la posibilidad del procedimiento, y sólo indirectamente influyen en la penalidad en cuanto ésta no se puede imponer sino mediante el proceso. Las de punibilidad son elementos necesarios para la existencia del delito o de la agravación penal, de modo que, comprobada su falta, queda definitivamente negada la criminalidad del hecho²⁵⁸⁸.

ROXIN, ha propuesto un doble criterio para la delimitación general entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal: la partencia de determinadas circunstancias al Derecho procesal se determinan a partir del dato de que ya no pertenecen al complejo del hecho²⁵⁸⁹.

En palabras de JESCHECK, en las condiciones de punibilidad se expresa, en cada caso, el grado específico del quebranto del orden jurídicamente protegido, mientras que los presupuestos procesales responden a las circunstancias que se oponen al desarrollo de un proceso penal²⁵⁹⁰.

Conforme lo anotado, que si por ejemplo no se cursa una carta notarial para denunciar un típico caso de apropiación ilícita o no se presenta la querella en la vía jurisdiccional por parte del ofendido, en nada enerva la «antijuridicidad penal» de la conducta, son circunstancias que únicamente condicionan su efectiva perseguibilidad ante la Justicia Penal; sin embargo, en instituciones como la Prescripción que contienen una finalidad mixta, se puede decir, que por una parte impiden la persecución penal del hecho punible y, por otro lado, el paso del tiempo provoca el decaimiento de la necesidad y el merecimiento de pena²⁵⁹¹.

En cambio, para autores como WOLTER²⁵⁹² o ROXIN, la prescripción es una institución estrictamente procesal, conjuntamente con la querella, porque son ajenas al complejo del hecho.

Por otro lado, los impedimentos jurídico-constitucionales para procesar penalmente a los altos funcionarios públicos, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sean estrictamente funcionales o comunes (Arts. 93° y 99° de la CPE - Levantamiento del Fuero Parlamentario y el Antejudio constitucional); responden ambos, a consideraciones de conveniencia política, que no

RRERA, R.M.; *La punibilidad*, cit., p. 844; J. A. CHOCLAN MONTALVO / A. CALDERÓN CEREZO: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 245; GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 327; STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 139.

2588 ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal*, cit., p. 263.

2589 Citado por WOLTER, J.; *Estudio sobre la Dogmática y la Ordenación...*, cit., p. 63.

2590 JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 506.

2591 Así, JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 502.

2592 WOLTER, J.; *Estudios sobre la Dogmática y la Ordenación...*, cit., p. 65.

se articulan en razón de la persona sino en orden a cautelar la "actuación funcional"; por lo que no resultan asimiladas a las llamadas «Excusas Absolutorias».

Así también, se ha distinguido las causales que extinguen la acción penal con las denominadas «Causales personales de exclusión de pena», que como se verá, responden a una diversa naturaleza.

Las diversas causales que se desprenden del artículo 78° del CP, nada tienen que ver con el «Injusto» y la «Culpabilidad»; aunque algunas de ellas hagan alusión a un fundamento material (prescripción, amnistía); constituyen en realidad impedimentos a la efectiva persecución penal, sea por defectos de instauración procesal o por una cuestión que atacan la validez misma de la acción penal, pero que en definitiva, no inciden en la «punibilidad» de la conducta.

Son razones políticas y de otro orden, que operan como límite a la efectiva realización de la pretensión punitiva del Estado. En palabras de SOLER, cuando media una excusa, el sujeto nunca fue punible; cuando media, en cambio, una causa de extinción de la acción o de la pena, el sujeto pudo ser punible²⁵⁹³.

Convenimos, por tanto, que la admisión de una causa de extinción de la acción penal genera un auto de sobreseimiento, mientras que la probada ausencia de una condición de punibilidad, genera el dictado de una resolución jurisdiccional de sobreseimiento²⁵⁹⁴; que según la Ley Fundamental, tiene la calidad de Cosa Juzgada.

Entre el ingreso al proceso de insolvencia (Derecho Concursal) y el requisito de la presentación de una querrela (acción penal privada), únicamente tienen como común denominador, que ambos presupuestos condicionan la imposición de una pena, pero ello tomar lugar, en mérito a criterios materiales o estrictamente procesales, de forma correspondiente.

El primero, constituye una verdadera «condición objetiva de punibilidad», expresada en la defraudación o el perjuicio que sufren los acreedores por la insatisfacción, del pago de sus legítimas acreencias, esta circunstancia sólo adquiere significancia jurídico-penal cuando el sujeto activo se encuentra incurso en un procedimiento de insolvencia u otro análogo (art. 209° y ss. del CP)²⁵⁹⁵; en cambio, el segundo es de ser estimado, como una auténtica «condición objetiva de procedibilidad», es decir, constituye el condicionamiento de la concurrencia de un requisito -previsto en la ley-, para que la acción penal sea promovida válidamente.

2593 SOLER, S.; *Derecho Penal Argentino*, T. II, cit., p. 537.

2594 Así, STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 139.

2595 Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 542-543.

En la «Querella», el Estado le ha delegado la potestad *persecutoria* al ofendido, de que una conducta calumniosa o injuriosa sea o no persigue penalmente, pues sólo el titular del bien jurídico está en posibilidad de estimar correctamente cuándo la atribución ofensiva afecta en realidad el contenido material de dicho interés jurídico; (...) la querella es una denuncia y "además" contiene una declaración de voluntad (de ejercer la acción penal y de constituirse en parte en proceso²⁵⁹⁶).

ANTÓN ONECA, justifica la existencia de delitos privados, en virtud de una delegación que el Estado hace en la víctima o en sus representantes legales de la facultad de perseguir el delito, mirando por aquélla que en los delitos contrarios al honor y la honestidad, cuyo daño está principalmente en la fama pública vería agravada su condición y ahondada la llaga en ella durante el proceso²⁵⁹⁷.

En nuestra legislación positiva únicamente los delitos contra el honor están sujetos a la acción penal privada así como los injustos que atentan contra la Intimidad; siendo que en el caso de los delitos contra la libertad e intangibilidad sexual, la reforma penal producida -vía la Ley N° 27115-, determinó una acción penal pública para todos los delitos comprendidos en el Capítulo IX del Título IV del CP.

A nuestra consideración son factores que se derivan de la propia naturaleza del bien jurídico, que inciden en la necesidad de someter su persecución penal a instancia del ofendido y no del representante del Ministerio Público.

Somos contestes, a quienes abogan por la despenalización de estos injustos, reconduciendo su tutela al ámbito estricto del derecho privado, a fin de fortalecer la idea indemnizatoria que rodea estas denuncias o demandas contra el honor; el hecho de que las acciones penales que inician los privados, pretendan en realidad una finalidad económica, no puede llegar a vaciar de contenido los fines preventivos de la pena (generales), en cuanto a la tutela de los bienes jurídicos fundamentales; y, vaya que el Honor -desde siempre- se ha constituido en el pilar del desarrollo y autorrealización personal del individuo-, cuya protección penal es de relevancia ante una altisonante prensa (escrita y televisada), que en muchas oportunidades no duda en mellar la honra de las personas, so pretexto de la «libertad de expresión» y el «derecho a la información».

Asimismo, la «Excusa Absolutoria», contemplada para los parientes más próximos del sujeto pasivo en determinados delitos patrimoniales (Hurto, daños y otras defraudaciones), obedece, estrictamente a criterios de política familiar, que tiene por finalidad preservar la unidad familiar como célula básica de la sociedad; a tal efecto, el merecimiento de pena en estos supuestos se encuentra

2596 HIGUERA GUIMERA, J. F.; *Las Condiciones Objetivas...*, cit., p. 391.

2597 ANTON ONECA, J.; *Derecho Penal*, cit., ps. 264-265.

supeditado a determinadas circunstancias ajenas al injusto y a la culpabilidad del autor, y en otros el legislador ha considerado conveniente, que se cumplan determinadas formalidades para que la acción penal sea promovida a través de una determinada formalidad, prevista en el Derecho Positivo, que son de naturaleza procesal.

Al respecto reconoce ROXIN que la falta de necesidad de pena o la prioridad de determinadas finalidades extrapenales pueden plasmarse no sólo en el Derecho Material, sino también en el Derecho Procesal, de ahí se deriva la afirmación de que es incorrecta la teoría de la "Doble Naturaleza", según la cual determinadas instituciones jurídicas pertenecen, tanto al Derecho Material como al Derecho Procesal²⁵⁹⁸.

Para MUÑOZ CONDE, se impone, pues, más que la creación de una nueva categoría en la teoría general del delito, la elaboración de una sede sistemática en la que se incluyan estos elementos, que también condicionan la imposición de una pena en algunos delitos²⁵⁹⁹. La afirmación del autor, se fundamenta en el hecho de que todas estas circunstancias no obedecen a un único criterio o a una cláusula de disposición general; si bien esto es así, estos diversos criterios sean político jurídicos o político-sociales, a fin de no confundirlos con los elementos conceptuales del delito, resulta aconsejable reunirlos en una categoría autónoma, logrando así una mayor coherencia sistemática del Sistema Jurídico, a la cual denominaremos «Punibilidad»²⁶⁰⁰.

4. LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Mientras que las «condiciones objetivas de punibilidad» y las «excusas absolutorias como causas de exclusión de punibilidad»²⁶⁰¹ (negativas y posi-

2598 ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., ps. 990 y ss.

2599 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN; *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., ps. 417-427; Para MIR PUIG la idea de punibilidad ha de atravesar todas las categorías del delito; op. cit., p. 35; En este sentido SCHÜNEMANN: *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, traducción española y notas de SILVA SÁNCHEZ, 1991.

2600 MIR PUIG, sobre la punibilidad, hace referencia a dos grupos de elementos de distinta naturaleza: a. Por una parte, las condiciones objetivas de punibilidad de las que depende la relevancia jurídico-penal del hecho con carácter objetivo (sea como autores, sea como partícipes); b. Por otra parte, aquellas circunstancias que impiden castigar a una determinada persona, pero que no excluyen la objetiva relevancia penal del hecho, ni, por tanto, la punibilidad de otras personas que participan en él. MAURACII, *Tratado I*, ps. 296 y ss; RODRÍGUEZ DE VESA, *Parte General*, pp. 401 y ss.

2601 ROXIN, señala que las causas de Exclusión de Punibilidad (o de pena), son aquellas circunstancias, cuya concurrencia excluye la punibilidad o cuya no concurrencia es presupuesto de la punibilidad; *Fundamentos...*, cit., p. 971.

tivas respectivamente), tienen incidencia directa con la realización típica y se constituyen un impedimento real para la imposición de la sanción punitiva; por su parte, las «condiciones objetivas de perseguibilidad», importan determinados requisitos contemplados en todo el complejo del ordenamiento jurídico, los cuales hay que cumplir con el fin de que la acción penal pueda prosperar válidamente en sede de la *persecución penal*; estas últimas por tanto no condicionan su penalidad, sólo afectan su «perseguibilidad».

Para MUÑOZ CONDE se trata de obstáculos procesales que, en el fondo, tienen la misma función que las condiciones objetivas de punibilidad²⁶⁰².

A nuestro entender, pues las circunstancias de punibilidad son elementos que condicionan la efectiva imposición de una pena, en cambio, las condiciones objetivas de perseguibilidad, son determinados requisitos previstos legislativamente para la persecución penal, de ahí su carácter meramente procedimental y/o procesal; mientras que los primeros afirman la punición de la conducta, debiendo estar presentes al momento de la realización típica, los segundos, toman lugar a posteriori, mediando una actuación del individuo interesado en la promoción de la acción penal; los primeros, simplemente concurren o no concurren, lo segundos, en cambio, luego de ser advertidos por las agencias de persecución, son susceptibles de ser subsanados por el interesado.

4.1. Las Condiciones Objetivas de Punibilidad

Importan determinados presupuestos contemplados, en algunos tipos penales, en el contenido descriptivo de orden normativo, que condicionan en concreto la imposición de una pena. En aquella no queda sujeta a la voluntad del actor, sino a las fuerzas de la naturaleza o a la voluntad de terceros, pero que necesariamente debe concurrir para que pueda imponerse pena al hecho típico, antijurídico y culpable²⁶⁰³.

LUZÓN DOMINGO las caracteriza como la necesidad de que en el momento de realizarse la conducta delictiva concurren determinadas circunstancias de hecho, extrañas a la misma conducta, ajenas al agente y que no tienen que ser conocidas por él mismo, ni por tanto su voluntad tiene que aceptarla o rechazarla, para que a dicha conducta pueda imponérsele la pena con que aparece sancionada en el precepto legal²⁶⁰⁴.

2602 MUÑOZ CONDE, F. y otro; *Derecho Penal. Parte General*; cit., p. 419.

2603 GARRIDO MONTT, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 326.

2604 Citado por LUZÓN CUESTA; *Compendio de Derecho Penal*; cit., p. 149; al ubicarse los elementos de punibilidad fuera del ámbito típico, no es necesario que la tipicidad subjetiva (dolo) abarque estos elementos; para CUELLO CONTRERAS se trata de circunstancias que, sin necesidad de ser abarcadas por el injusto y la culpabilidad del autor del comportamiento delictivo, deben darse antes que se pueda constatar el injusto y la culpabilidad,

Convenimos, por considerarlas como circunstancias ajenas al Injusto y a la Culpabilidad, pero cuya presencia otorga un disvalor suficiente, para que pueda fundamentarse el merecimiento y necesidad de pena.

MIR PUIG, es de la posición de que la antijuridicidad exigida por la Teoría del Delito, es una antijuridicidad penal; señala el autor que sólo interesa el injusto penal típico²⁶⁰⁵. Entonces, sólo en aquellas conductas típicas que el legislador ha considerado necesario agregar determinadas circunstancias, será de relevancia jurídico-penal, por lo tanto, sólo en ellas se configurará la antijuridicidad penal que condiciona la objetiva relevancia punitiva. Al considerar que estos elementos incidan en el Injusto típico, se podría llegar a la conclusión de que en aquellos delitos -donde no se prevé una condición objetiva de punibilidad-, no estaríamos frente a un verdadero injusto penal, entonces estos comportamientos típicos no serían merecedores de pena.

Son a nuestra consideración, elementos que condicionan la punibilidad, ajenos al injusto y a la culpabilidad, pero que por razones de conveniencia política criminal o social, el legislador ha considerado oportuno insertarlos en determinadas figuras delictivas, para que el injusto se haga merecedor de *punición*; comportan criterios de selección, que tienen como función esencial: -armonizar el Derecho penal con intereses extra-penales, restringiendo la aplicación de los tipos penales, a circunstancias, cuya especificidad da contenido material a la necesidad de punición del comportamiento.

Como dice ROXIN se pone de manifiesto el enlace del Derecho penal con las necesidades del conjunto de la sociedad en aras de un funcionamiento óptimo del Derecho penal.

El Derecho penal es una esfera jurídica que necesita en su realización preventiva, de una cohesión con las demás esferas extra-penales; dicha integración funcional se realiza con el fin de que el derecho punitivo pueda materializar sus fines, en equilibrio con los diversos niveles del sistema social.

- Ejemplos en nuestro sistema de codificación penal:

a. Las Insolvencias Punibles

Antes de la modificación efectuada por la Ley N° 27146 del 24/06/99 (Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial), eran injustos

en el buen sentido de que la mencionada anterioridad no es necesariamente cronológica, aspecto éste irrelevante, sino lógica, material, en el sentido de que sólo constatada la circunstancia (objetivamente) la antijuridicidad y la culpabilidad darán lugar a punibilidad; op.cit., p. 1169.

2605 MIR PUIG, S.; *Teoría General del Delito*, cit., ps. 144-148.

cubiertos por la rotulación de "quiebras"²⁶⁰⁶; ahora a partir de la nueva nomenclatura, atentan contra el «Sistema Crediticio» - Título VI, Capítulo I del CP.

En este caso del factor «punibilidad», se halla condicionado a que el sujeto activo (deudor) se encuentre incurso en un procedimiento administrativo de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones (art. 209° del CP) y, de este modo realiza las conductas típicas que se encuentran glosadas en los incisos 1) a 3); así, también el legislador, de forma incorrecta consideramos, ha tipificado la modalidad culposa, de acuerdo a la construcción normativa que contiene el artículo 210°, incidiendo en un plano contrario al principio de *mínima intervención*.

El legislador condiciona la punibilidad a circunstancias ajenas al injusto y a la culpabilidad del autor, donde la relevancia de pena se condiciona a la concurrencia de un elemento, un plus, que guarda una consideración extrapenal; sólo resultan punibles, las insolvencias, cuando el autor, habiéndosele abierto un «Proceso Concursal» sobre su masa patrimonial, realice actos de disposición o de enajenación sobre sus bienes en defraudación de los créditos legalmente reconocidos a los acreedores.

Importan conductas que manifiestan una mayor peligrosidad, al advertirse una conducta elusiva del deudor, en cuanto a la satisfacción de las legítimas acreencias que se encuentran reconocidas por la autoridad administrativa (Indecopi); en sí mismas constituyen ya un injusto merecedor y necesitado de pena; (...) sancionar penalmente esa conducta recién aparece como obligatorio cuando como consecuencia de la cesación de pagos o de la apertura del procedimiento de insolvencia se ha llegado a un peligro manifiesto para los acreedores²⁶⁰⁷; la punibilidad de la conducta, o mejor dicho el merecimiento y necesidad de pena, vienen condicionados por la conducta del sujeto deudor, cuando pretende sustraer (dolo), los bienes del acervo patrimonial, suficientes para garantizar los créditos de los acreedores; máxime, cuando la normatividad administrativa sobre la materia, prohíbe cualquier tipo de enajenación sobre dichos bienes.

b. La Exceptio Veritatis (Excepción de la verdad)

Esta institución se encuentra contemplada en el artículo 134° del CP, el cual condiciona la punibilidad de la conducta, a que el autor del delito de Difa-

2606 En contra HIGUERA GUIMERA, para quien la previa declaración de quiebra es una condición de procedibilidad porque tiene que ver o guarda relación exclusivamente con la "aplicación" del Derecho penal sustantivo; *Las Condiciones Objetivas...*, cit., p. 396.

2607 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 138.

mación no pueda demostrar en el procedimiento penal la «veracidad» de los hechos, cualidad o conducta que atribuyó al querellante.

En este caso, surgen intereses de relevancia, v.gr., la búsqueda incesante de la verdad, la correcta actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, el derecho a la reputación pública, al honor, etc., son intereses que el legislador ha valorado en conjunto, a fin de condicionar la imposición de una pena, y de cierto modo por razones de Justicia Material, de que la administración de justicia no sea utilizada como una mordaza para la formación de una opinión pública veraz, objetiva y plural. De otra parte, la protección del honor del ofendido exige que el ofensor deba probar también su afirmación, de acuerdo con lo afirmado por JESCHECK, en alusión al marco del § 386 del StGB²⁶⁰⁸.

Cuando un individuo se reviste de una determinada función pública, hasta cierto punto pierde una cuota de privacidad, una parte de su vida se constituye en una vitrina hacia el público, a fin de cautelar la transparencia y objetividad de la Administración Pública, y por dicho interés general deben estar llanos a soportar atribuciones a veces de grueso calibre. Estas conductas deben estar referidas estrictamente a la actuación pública, a fin de sujetar el libre ejercicio de la libertad de expresión y de información a un juicio ponderativo de racionalidad, en el marco del principio de proporcionalidad; quedan al margen de la *exceptio veritatis* aquellas atribuciones de índole subjetivo que se refieran a la intimidad de la persona, pues dichas calidades no inciden en el marco de la actuación pública; no obstante su legitimidad es de dudosa constitucionalidad, sa .

En contrapartida, autores como PEÑA CABRERA, de forma certera en la doctrina nacional, objeta esta figura jurídica, desde la perspectiva de un derecho constitucional (presunción de inocencia), señalando que debe oponerse a aquel comportamiento quien debiendo cumplir con el legal deber de denunciar no lo haga y más bien se permita exponer apreciaciones sobre tales hechos delictivos²⁶⁰⁹. Sin duda, éste es el camino que debió haber tomado el querellado, pero si por diversas circunstancias decidió utilizar otras tribunas para dar conocimiento público a los hechos que dan lugar a la querella, no puede cerrarse las puertas a que pueda demostrarse la veracidad de las imputaciones, pues no hacerlo podría generar mayores costos para el debido ejercicio de la Justicia, que las garantías que se pretenden defender.

Hemos de sustentar dogmáticamente esta institución, en las «causas supresoras legales de punibilidad», cuando el necesidad y el merecimiento de pena decaen por consideraciones de política criminal²⁶¹⁰ o de política social, en

2608 JESCHECK, H.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 508.

2609 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. I., cit., p. 401.

2610 Así, SALINAS SICCHA, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 306.

el caso in examine, el interés de la sociedad de que se sepa la verdad, cuando se atribuye la comisión de un delito a un funcionario público, por ende, se trata de una causal eximente de pena, que de forma objetiva elimina la necesidad de la sanción punitiva, que nada tiene que ver con el injusto penal o con la culpabilidad de reproche que recae sobre el autor²⁶¹¹.

La remisión al ámbito de la punibilidad, dejando intacto lo injusto y la culpabilidad, se debe a que el motivo de la renuncia a la pena —la prueba de la verdad— se produce en un momento posterior a la realización de la acción calumniosa²⁶¹². Para Vives Antón, se trata de una causa de exclusión de penalidad de naturaleza objetiva (comunicable, por tanto, a los partícipes), que puede tener lugar en el transcurso del proceso por calumnia y, que encuentra su fundamento en el interés del Estado en la persecución y castigo de los delitos²⁶¹³; se superpone un interés (estatal) superior sobre el derecho subjetivo de honor del ofendido, de que se develen aquellos actos, que por merecer una grave reprobación social y jurídica, al tratarse de un funcionario público en el ejercicio de funciones, merecen ser esclarecidos, a fin de cautelar los intereses estrictamente generales que de ha servir la actuación pública, por lo que se exime de pena al autor de calumnia.

El hecho de que la exclusión de pena resida en un elemento objetivo, ajeno a una consideración «personal» o «subjetiva» como caracteriza a las excusas absolutorias, no es para nosotros impedimento alguno, en la medida que la punibilidad de una conducta habrá de medirse también conforme a un baremo objetivo, bajo la salvedad que en este caso, el hecho no debe responder a la reparación civil, pero esta consecuencia no es producto de una incoherencia dogmática, sino mas bien de una pervivencia insostenible de esta figura en un CP democrático.

Las causas que excluyen la pena deben revelar intereses jurídicos en realidad preponderantes y, este no es el caso de la exceptio veritatis.

c. Concentración Crediticia

Tipo penal contenido en el artículo 244°, comprendido en el marco de los Delitos financieros, cuyo tenor legal dispone lo siguiente: “El *director, gerente, administrador, representante legal* o funcionario de una *institución financiera u*

2611 Para FONTANO PALESTRA, tiene el carácter de una excusa absolutoria, porque están dados los caracteres objetivos de la injuria, sin que el pedido del querellante suponga un conflicto de bienes o intereses jurídicos de los caracterizan la justificación; porque no media en tales supuestos causal alguna de inculpabilidad: porque la falsedad de la imputación no pertenece al tipo de la injuria; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 459.

2612 LÁUREOS CAPELLO, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 120.

2613 VIVES ANTÓN, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 351.

otra que opere con fondos del público, que directa o indirectamente apruebe créditos u otros financiamientos por encima de los límites legales en favor de personas vinculadas a accionistas de la propia institución, serán reprimidos (...), si como consecuencia de ello la institución incurre en situación de insolvencia"; por tales motivos, la punibilidad de la conducta típica, antijurídica y culpable está condicionada a un evento posterior, que no tiene por qué estar abarcado por el dolo del agente, esto es, que la institución financiera defraudada sea afectada de forma grave (estado de insolvencia); podría decirse entonces, que la sanción punitiva de la conducta está condicionada a la producción de un resultado patrimonial determinado, lo cual no puede ser entendido como un delito de resultado²⁶¹⁴, sino en el sentido de que el merecimiento y necesidad de pena suponen la producción de una situación posterior, ajena a la conducta típica, que ya se encuentra agotada en el tiempo.

La insolvencia importa una determinada situación económica, comercial, legal y financiera, cuyo reconocimiento en este caso está a cargo de la Superintendencia de Banca y Seguros, como órgano rector del sistema bancario y financiero.

La figura delictiva –in examine–, fue modificada como consecuencia de la dación de la Ley N° 28755 del 06 de junio del 2006, quedando redactada de la siguiente manera: *"El director, gerente, administrador, representante legal, miembro del consejo de administración, miembro de comité de crédito o funcionario de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público que, directa o indirectamente, a sabiendas, apruebe créditos, descuentos u otros financiamientos por encima de los límites operativos establecidos en la ley de la materia (...)*; incidiendo en un plano distinto de configuración típica; resultando que el comportamiento típico importa una aptitud de menoscabo económico del patrimonio ajeno, es decir, de los fondos depositados por los clientes de la entidad bancaria.

Por lo anotado, podemos afirmar que la relevancia de este delito se representa en la posibilidad de quebranto o perjuicio patrimonial, que pueda resultar de la realización de la conducta típica; por tales motivos, hemos de convenir que se trata de un delito de peligro, pues para dar por acreditada su consumación, no es necesario que se revele la producción de un resultado lesivo, en cuanto a una merma en la reserva patrimonial de la entidad financiera; a tal efecto, con la nueva redacción normativa, ya no se identifica una «condición objetiva de punibilidad».

Lo que es objeto de valoración por la norma penal, es el disvalor del comportamiento, en cuanto a la aprobación de créditos, descuentos u otros fi-

2614 Vide, al respecto, LAMAS PUCCIO, Luis; *Derecho Penal Económico*. Librería y Ediciones Jurídicas, 2da, edición. Lima, 1996, cit., ps. 251-252.

nanciamientos por encima de los límites operativos establecidos en la ley de la materia; el acento recae sobre una conducta que genera un riesgo no permitido, de aptitud e idoneidad de lesión al bien jurídico tutelado.

d. El Delito de Falsedad Material

Figura delictiva, prevista y penada, bajo los alcances normativos del artículo 427° del CP²⁶¹⁵, ilícito penal que lesiona o pone en peligro la autenticidad y veracidad, por la cual deben ir premunidos todos los documentos (públicos y privados) que ingresan al tráfico documentario.

Sujeto pasivo es el Estado como ente encargado de velar por la seguridad jurídica del tráfico documentado, no obstante que en su configuración típica puedan verse como directos afectados los particulares.

El tipo penal -in comento exige-, para su realización típica la elaboración total o en parte de un documento falsificado y que éste sea ingresado al tráfico documentario, por ende, es un tipo de peligro concreto, es decir, para alcanzar el momento consumativo, basta que el documento falsario penetre en el tráfico documental; no obstante lo dicho, el legislador ha considerado necesario condicionar su relevancia penal, a que el documento apócrifo pueda perjudicar intereses de terceros, en base a un juicio y/o pronóstico de alto grado de probabilidad de que su ingreso al tráfico documental sea lo suficientemente potencial para poder producir efectos lesivos hacia intereses jurídicos de terceros.

En consecuencia, ingresa un elemento de punibilidad ajeno a su configuración típica que condiciona el merecimiento y la necesidad de la sanción punitiva: el posible menoscabo de intereses de terceros, que no sólo puede ser económico sino de cualquier otra índole²⁶¹⁶.

2615 Así, también el tipo penal previsto en el artículo 428° del CP (falsedad ideológica).

2616 Es de verse, que sendas ejecutorias supremas y superiores no realizan una interpretación dogmática coherente, es decir, de *lege lata*, resolviendo equívocamente al considerar que el ingreso del documento al tráfico jurídico debe necesariamente perjudicar a un tercero, considerándolo entonces como un delito de resultado y no de peligro -tal como se encuentra estructurado en sus elementos constitutivos-. Tal como se aprecia en la siguiente ejecutoria: "Con forme es de apreciarse en la Pericia grafológica, en lo referente a la introducción del documento al tráfico jurídico, no ha surtido efecto alguno, de lo que se infiere que de su uso no ha resultado perjuicio alguno y, por ende, no se ha configurado la condición objetiva de punibilidad prevista en el artículo 427° del Código Penal"; En: Const. N° 4356-97-Lambayeque; "Código Penal", Jurista Editores, Alonso R., PEÑA CABRERA FREYRE, junio del 2003, p. 312; en la doctrina nacional son de la postura de fundamentar la condición objetiva de punibilidad, estimando al tipo penal del art. 427° como un tipo de peligro: BRAMONT ARIAS, L. / GARCÍA CANTIZANO; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, p. 627; CASTILLO ALVA, J. L.; *La Falsedad Documental*. Jurista Editores, 2001, p. 174.; PAREDES INFANZÓN, J. *Delitos Contra la Fe Pública- Doctrina y Jurisprudencia*. Jurista Editores, 2001, p. 117.

En cuanto al tipo subjetivo, el dolo, éste sólo debe abarcar el riesgo jurídicamente desaprobado, expresado en el ingreso al tráfico documentario de un documento a sabiendas de su inminente falsedad, no cubre la intencionalidad de menoscabar interés de terceros, aunque algunas veces esta finalidad es de naturaleza trascendente (*elemento del tipo subjetivo del injusto de trascendencia interna intensificada*): "...con el propósito de...".

El legislador ha estimado conveniente de *lege lata*, que su objetiva persecución esté condicionada a la posibilidad en concreto de un resultado posterior a su realización típica como una forma de seleccionar aquellas conductas penalmente relevantes de aquellas que no lo son, incidiendo en un filtro de *selectividad del comportamiento merecedor y necesitado de pena*.

e. El Delito de Malversación de Fondos

Figura delictiva contenida normativamente en el artículo 389° del CP; resultando bien jurídico tutelado: el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sujetando la actuación de sus funcionarios y servidores públicos a los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad en la gestión de sus competencias funcionariales, como ejecutores de los servicios públicos que tienen como accesitarios finales a los ciudadanos.

El tipo penal exige para su configuración típica que el agente (*intraneus*) que administre caudales públicos les dé una aplicación distinta de aquella a la cual estaban destinados, según el ejercicio funcional aprobado por Ley.

Dicho lo anterior, el agente delictivo destina los fondos presupuestados y puestos a cargo en su competencia funcional, a fines distintos, pero, su objetiva relevancia punitiva está condicionada a que el desvío de caudales afecte en realidad el servicio o la función encomendada²⁶¹⁷, pues dicha circunstancia determina una relevancia del injusto culpable que desencadena el merecimiento y la necesidad de pena.

Hasta antes de la dación de la Ley N° 27151 de 1999, la condición de *afectación al servicio o la función encomendada*, era contemplada normativamente como una «circunstancia de agravación», ahora prevista como elemento normativo que integra la construcción típica del tipo base. El artículo 136° del CP colombiano, no exige que la administración pública sufra un daño, lo que incide en un plano más administrativista, por lo que un sector de la doctrina postula su despenalización²⁶¹⁸.

2617 Así, el caso del artículo 235° del CPCH, que condiciona el "daño o entorpecimiento" del servicio público para que pueda aplicarse la pena más grave en el caso de la malversación de fondos.

2618 Así, MOLINA ARRUBLA, C.; *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 159.

Convenimos, que la acriminación del delito de Malversación de Fondos, trae a colación cuestionamientos por su semejanza con la infracción administrativa; de ahí, la necesidad de incluir elementos materiales que doten de sustantividad a dicho injusto, como la *afectación al servicio público*, cuyo añadido no responde a un estado de disvalor, propio de los delitos de resultado, sino que su concurrencia, al afirmar la necesidad y el merecimiento de pena, lo convierte en una «condición objetiva de punibilidad²⁶¹⁹», donde sale a relucir consideraciones de política criminal, tendientes a garantizar el principio de *mínima intervención*.

Sobre dicho elemento –sea visto como un dato resultativo o como condición objetiva de punibilidad–, debe decirse que no debe expresar necesariamente un daño de carácter económico, es decir, susceptible de ser cuantificado en dinero; sino que su contenido y naturaleza tiene que ser medido por variables e indicadores funcionales, de que el destino ilegal de los bienes públicos, importe una significativa afectación a la actuación ordinaria de la Administración; vg.r., al haberse aplicado los fondos públicos a otorgar una bonificación extraordinaria a los trabajadores, no se pudo culminar la obra de alumbrado público o de asfaltado de pistas, impidiendo que los pobladores pueden desplazarse adecuadamente con sus vehículos. Máxime, al haberse predicado que el bien jurídico tutelado no responde a una naturaleza patrimonialista.

La “perturbación” o “entorpecimiento” es cualquier inconveniente en la prestación del servicio según los programas establecidos o sus posibilidades normales²⁶²⁰.

La perturbación del servicio público puede ser medido también en indicadores de temporalidad, en el sentido de que su aplicación ilegal, impidió que la Administración pueda presentar oportunamente su pliego presupuestal.

Debe existir una relación normativa, entre la conducta constitutiva de tipicidad penal (malversación de los fondos públicos) con la perturbación del servicio público, en el entendido de que dicho estado de afectación no sea consecuencia de otro factor causal o concomitante, lo que implicaría la falta de necesidad y merecimiento de pena de la conducta típica en cuestión. En palabras de Donna, la norma exige, tal como esta redactada, que el daño o el entorpecimiento se produzca a causa de la malversación, esto es el desvío de los bienes²⁶²¹.

El hecho de condicionar el merecimiento de pena a una condición de punibilidad es en este caso de suma importancia (entorpecimiento de la función

2619 Así, HUGO ÁLVAREZ, al referirse a la circunstancia agravante, contenida en el segundo párrafo del articulado antes de la modificatoria; *El delito de Peculado*, cit., p. 329.

2620 CREUS, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., p. 295.

2621 DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, cit., p. 270.

pública), piénsese en el ejemplo de un alcalde que destina fondos de emergencia no presupuestados, para un pueblo que ha sido azotado por un huaico y que ha quedado en situación caótica, pues si bien este fondo de contingencia no estaba previsto y tal vez se utilizó una remesa dineraria destinada a otras obras públicas, la situación de excepcionalidad merecía un tratamiento de emergencia que en definitiva no puede ser considerado como una afectación al servicio o a la función encomendada.

Otros autores prefieren resolver estos casos mediante el «Estado de Necesidad Justificante», mediando la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, donde el autor decide salvaguardar los intereses jurídicos de mayor preponderancia, según el listado de valores compaginados en el texto ius-fundamental.

5.2. Excusas Absolutorias

Según COBO VIVES, por una parte puede sostenerse que no excluyendo ni el injusto penal ni tampoco la posibilidad de imputarlo al sujeto, no impiden la presencia de un delito, sino, sólo excepcionalmente el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona²⁶²², circunstancias que deben existir al momento de la realización típica.

Importan causales de exclusión de pena que hace referencia a una determinada relación que debe estar presente entre el sujeto activo con el sujeto pasivo del delito, relación que se sostiene fundamentalmente en razones de política-criminal, el decaimiento de forma significativa el merecimiento de pena.

La selección de los hechos penalmente típicos no depende sólo de su dañosidad social, sino también que parezca necesaria y oportuna su conminación penal²⁶²³.

En definitiva, las excusas legales absolutorias son circunstancias personales que por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico excluyen la imposición de pena a un delito²⁶²⁴.

2622 COBO / VIVES. *Derecho Penal. Parte General*. cit., ps. 957 y ss.; Cfr.; CUELLO CONTRERAS señala que se trata de causas de exclusión de la punibilidad que presuponen la constatación del injusto y la culpabilidad que, sólo posteriormente, producen sus efectos excluyentes de la responsabilidad penal por las más diversas razones de política criminal, que van desde el comportamiento posterior a los hechos del autor de los mismos, caso del desistimiento de la tentativa, hasta circunstancias de carácter personal basadas en las relaciones entre autor del delito y la víctima, caso del encubrimiento y los delitos patrimoniales no violentos entre parientes...; *El Derecho Penal Español. Parte General*. cit., p. 1172.

2623 MIR PUIG, S.; *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 117.

2624 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal*.... cit., p. 252.

Surgen pues, razones de oportunidad y de conveniencia definidas, en criterios político-jurídicos, en consonancia con el fin preventivo del Derecho penal; el derecho punitivo realiza un proceso de exclusión ante determinadas conductas típicas que son realizadas por un autor que detenta ciertas cualidades que exigen un tratamiento punitivo diferenciado.

La exclusión de punibilidad recae exclusivamente en determinadas personas, que revelan ciertas particularidades que la ley estima como positiva, v.gr., la exención de pena prevista en el art. 208° del CP²⁶²⁵, es considerada como una Excusa Absolutoria en sentido estricto, es una condición que debe concurrir al momento de la comisión del Injusto penal. Esta condición está definida por una relación de parentesco, que concurre entre el sujeto activo con el sujeto pasivo.

Entonces, el fundamento de exclusión de pena, en determinados delitos patrimoniales (hurto, apropiaciones, defraudaciones, etc.), radica en razones de política familiar, importa evitar la destrucción de la familia y el matrimonio²⁶²⁶, como instituciones pilares del sistema social; (...) obedece a la preeminencia que el legislador le otorga al interés en preservar el núcleo familiar, por sobre el interés público en el castigo penal²⁶²⁷; en tanto que para CREUS, la excusa absoluta (...) se funda en la prevalencia que el legislador ha otorgado al mantenimiento del vínculo familiar sobre el interés patrimonial que atacan los delitos enunciados²⁶²⁸. Los efectos de la intimidación y prevención de la pena se consideran innecesarios en delitos en los que la alarma social es insignificante por desarrollarse dentro del grupo familiar, en donde existen mecanismos éticos suficientes para que el cabeza de familia restituya el orden y corrija el daño²⁶²⁹.

Tomando conciencia de que la reacción punitiva, con ello la activación de la persecución penal, propiciarán un clima de mayor conflictividad del cual se

2625 Así, el artículo 489° del CPCH, que libera de sanción penal a los parientes que en él se enumeran y a los cónyuges -apunta GARRIDO MONTT-, por los hurtos, defraudaciones y daños que recíprocamente se causen; el referido precepto los declara exentos de responsabilidad penal por tales hechos, sin perjuicio de la responsabilidad civil que puede afectarles, que se mantiene vigente. Esta causa libera únicamente al pariente o cónyuge pero no así a los "extraños en el delito"; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 327; así, el artículo 185° del CP argentino.

2626 Así, SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 463; NUÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 551.

2627 NUÑEZ, R.C.; *Manual de derecho penal*; Citado por BUTELER, E.R.; *La punibilidad*, cit., p. 642; ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 94.

2628 CREUS, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 614.

2629 BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 44; Ver, VIVES ANTÓN, J. L./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (I)*, cit., p. 389.

pretende resolver con el aparato penal del Estado. Someter a un Proceso penal dicha situación, incidirá en un plano de resquebrajamiento, mayor al provocado por el hecho punible. Si se pretende ajustar al Derecho penal a fines en realidad preventivos, ha de convenirse que la pena tienda a afirmar un mensaje positivo a la sociedad, pero la afirmación de la vigencia normativa, importa para la cohesión del colectivo con el sistema jurídico, no puede suponer un sacrificio mayor: la disolución de los vínculos familiares; aunque para ser sinceros, ya el hecho mismo, de que el esposo despoje de todas sus pertenencias a su consorte, para invertirlos en juegos de azar o fugarse con su amante, implica ya una debilitación significativa de los lazos conyugales y sentimentales, que muy difícilmente podrán ser reconstruidos.

En todo caso, se debería dejar a una decisión puramente discrecional de la víctima, de que se persiga penalmente estas conductas —vía una acción penal privada—²⁶³⁰, pues en algunos casos, de seguro que ésta tendrá la firme convicción de que el hecho deba ser sancionado punitivamente, por lo que de cierta forma la legislación positiva superpone el interés general al interés particular, que no siempre puede coincidir. Sin embargo, el artículo 208°, es claro al sostener que los hechos delictivos que allí se detallan, no resultan reprimibles, por lo que todo órgano jurisdiccional, se encuentra en la obligación de eximir de pena, a aquellos autores que se encuentren recogidos en el articulado en cuestión.

Ahora bien, el fundamento de exclusión de pena en determinados delitos patrimoniales (hurto, apropiaciones, defraudaciones, etc.), radica en razones de política familiar, es pues evitar la destrucción de la familia y el matrimonio, como instituciones pilares del sistema social; (...) obedece a la preeminencia que el legislador le otorga al interés en preservar el núcleo familiar, por sobre el interés público en el castigo penal²⁶³¹.

A partir de una justificación de naturaleza similar, se ha extendido su marco de regulación, al ámbito de los delitos contra la Administración de Justicia; concretamente, el artículo 406° del CP; al eximir de pena a los que ejecutan, cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404° y 405°, si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta; esto quiere decir, que las personas que mantengan un vínculo de parentesco o afectivo con la persona que se sustrae de la persecución penal estatal, será exento de una pena, si es que incurre en los supuestos típicos de Encubrimiento personal y Encubrimiento real.

2630 Así, VIVES ANTÓN, T.S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 390.

2631 NÚÑEZ, R. C.; *Manual de Derecho Penal*: Citado por BUTELER, E.R.; *La punibilidad*, cit., p. 642; ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 94.

Conforme lo anotado, una efectiva Administración de Justicia, encargada de perseguir los hechos presuntamente delictivos, se oponen razones también de política social²⁶³² y de solidaridad, en cuanto al gran malestar que significa, de delatar a un familiar; v.gr.; la madre que esconde a su hijo, perseguido por la justicia, negando conocer su paradero, podrá ampararse en esta exención de pena.

La disyuntiva aparecerá cuando a esa misma persona, se le encuentra encomendada una función investigadora del delito o de custodia del delincuente; máxime, si para el legislador dicha condición pública ha significado una mayor reprobación jurídico-penal, tal como se desprende del último párrafo del tipo penal previsto en el art. 404°.

Una previsión de naturaleza similar, hemos de identificarla en el marco del procedimiento penal, en tanto el artículo 143° del C de PP, exime (dispensa) a rendir la testifical, cuando el testigo es cónyuge del inculpado, ascendiente, descendiente, hermano y hermano político.

Así, también el nuevo CPP, que en el artículo 165.1 recoge esta previsión procesal; (...) excepción que no sólo se funda en la necesidad de proteger la unidad familiar, sino también, de tutelar la veracidad de la testimonial, de quien puede verse confrontado entre dos intereses oponibles: privados y los estrictamente públicos²⁶³³.

Sin duda, el Estado reconoce a la unidad familiar como célula básica de la sociedad, y a fin de evitar su destrucción preservando su unidad, elimina la posibilidad de imponer una pena, en el ámbito estricto de algunos delitos patrimoniales. Dicho con otras palabras: razones de política social se constituyen en auténticos candados de la efectiva plasmación del *ius puniendi*.

Para otros autores, la fundamentación reposa en términos "normativistas"; (...) en la ausencia de necesidad preventivo general de pena en cuanto la no imposición de la pena no quebranta el sentimiento de confianza de la comunidad en la vigencia de la norma²⁶³⁴; no consideramos que la exención de pena fortalezca la vigencia de la norma con respecto al resto de la sociedad, pues la colectividad -en muchas oportunidades- puede ver con malos "ojos" que un individuo sea exento de pena, por el solo hecho de mantener un vínculo de parentesco con la víctima; más aún, para algunos, dicha circunstancia, debiera merecer una mayor reprobación jurídico-penal. Carece de verificación empírica, un argumento así concebido.

2632 Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal*. cit., p. 253.

2633 PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 449.

2634 J. A., CFIOLAN MONTALVO/ A. CALDERÓN CEREZO; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 250.

5.3. Causa Personal de «Supresión de Punibilidad»

El «Desistimiento Voluntario» (art. 18° del CP²⁶³⁵), de carácter eminentemente personal que no se extiende a los demás partícipes, el cual se sostiene en razones en puridad *individuales*.

Para ROXIN si bien en la misma se da una acción punible, pero que posteriormente se vuelve a suprimir la punibilidad respecto del que desiste²⁶³⁶, sin embargo este mismo autor era conteste en otros trabajos, de incluir al desistimiento de la tentativa como una causa personal de anulación de pena; pues decía, que el objeto de 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 desistimiento²⁶³⁷.

La exención de pena reside en que el autor regresa voluntariamente a la legalidad (auto-confirmación del orden jurídico, a partir de la restauración de la vigencia de la norma - prevención general positiva), por lo tanto, ya no necesita de un programa de rehabilitación social (prevención especial); de igual forma decaen las necesidades de prevención general, la sociedad no reclamará la imposición de un castigo, ni será necesaria su intimidación a través de la eficacia de la amenaza legal en concreto²⁶³⁸; (...) el quebrantamiento del orden jurídico que existe ya en la tentativa si bien no decae, es debilitado en forma tan esencial que se puede renunciar a la pena y, de ese modo, facilitar el desistimiento²⁶³⁹.

2635 Así, el CP argentino en el artículo 43° (desistimiento voluntario de la tentativa).

2636 ROXIN, C.; "Fundamentos...": cit. p. 972; Para SCHÜNEMANN a partir de los fines de la pena (ROXIN) podría concebirse como un supuesto que elimina la lesividad social cualificada, y en consecuencia como causa de exclusión del injusto penal, si se toma en consideración tanto la teoría de la Impresión, referida al fundamento de la punición de la tentativa, como el efecto del desistimiento voluntario que contrarresta la impresión negativa que fundamenta la punibilidad; cit. p. 240.

2637 ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., ps. 92-93.

2638 Otro supuesto que da lugar a una Excusa Absolutoria, se comprende en el art. 351° del CP, que prevé la exención de pena por desistimiento en el caso de los delitos de rebelión, motín y sedición, siempre y cuando los agentes delictivos de estos supuestos delictivos se sometan a la autoridad legítima o se disuelvan antes de que ésta les haga intimaciones, o la hacen a consecuencia de ello...; se exceptúan de la causa de exclusión de punibilidad a los promotores o directores, tal como se desprende de su último párrafo. La exención se fundamenta en la mayor carga de incidencia de imputación individual (culpabilidad), en función de la participación criminal en aprovechamiento de un status funcional determinado; como apunta BUSTOS RAMÍREZ, (...), aquí hay una razón de conveniencia política general para la paz del Estado, el delito está ya completo en su tipicidad y antijuridicidad, su injusto no aumenta ni disminuye, lo que queda afectado es sólo la necesidad de pena en esa situación; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 254.

2639 STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal...*, cit., p. 139.

Como causa «supresora de pena», basada en condiciones estrictamente personales, no podrá extenderse a los demás co-autores o partícipes, tal como se desprende del tenor literal del artículo 19° del CP; lo que no impide que pueda producirse un desistimiento en colectivo de todos los intervinientes del hecho criminal.

Existe otro supuesto de «Excusa Absolutoria»²⁶⁴⁰, cuyo propio tenor de denominación jurídica, pareciese conducir en realidad a una causal de atipicidad, nos referimos a las conductas comprendidas en el artículo 133° del CP²⁶⁴¹; disponiéndose literalmente, que no se comete injuria ni difamación cuando las ofensas se cometen en un contexto determinado (en el marco de un proceso litigioso), en el ámbito de la crítica literaria, artística o científica y ante apreciaciones o informaciones que sean desfavorables para la labor de un funcionario público en el cumplimiento de sus obligaciones.

Para efectos de su análisis dogmático, resulta preciso hacer una distinción por separado; primero, las ofensas que se profieren en el marco de una intervención oral o en los escritos que se dirigen al juzgador, se habla en este caso de un «ánimo de defensa», el cual de ningún modo posee la capacidad para eliminar el dolo de la conducta del autor, en la medida, que estos injustos no exigen la presencia de un elemento subjetivo del injusto ajeno al dolo, los denominados: *animus injuriandi*, *difamandi*, etc.

El significado preciso de este ánimo - escribe EUSEBIO GÓMEZ- no autoriza tal explicación, porque en juicio pueden emitirse injurias sin que haya mediada imputación alguna del agraviado, que autorice al agraviado a defenderse²⁶⁴².

En tal sentido, si el abogado en sus alegatos, profiere una atribución o calidad que ofende el honor del imputado, como por ejemplo, que lo llame «delincuente», esta expresión cumplirá a cabalidad con los elementos de tipicidad (objetiva y subjetiva), ante la ausencia de causas de justificación, no cabe duda que se trata de un elemento ajeno al injusto y a la culpabilidad del autor, esto es, el contexto en el cual se desarrollan estas conductas, que hace decaer el merecimiento y necesidad de pena, pues su prohibición constituiría un claro atentado al derecho de defensa y de contradicción. El debate judicial compromete bienes jurídicos de suma estimación y, por tanto, es conveniente eliminar toda traba tendiente a menoscabar la libertad²⁶⁴³.

En cuanto, al segundo de los supuestos, a las críticas literarias, artísticas o científicas, la situación es distinta. La Ley Fundamental reconoce la libertad de

2640 Así, PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. I., cit., p. 404.

2641 Así, el artículo 115° del CP argentino.

2642 Citado por PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 404.

2643 PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 405.

opinión, de la cual se deriva el derecho a la crítica, a cuanto obra de naturaleza artística o literaria sea expuesta al público.

A nuestro entender, la crítica constructiva es esencial para el mismo desarrollo del arte, ciencia y cultura, no puede concebirse obra humana que se encuentra exenta de crítica; empero, debe distinguirse la apreciación negativa que recae sobre la obra artística o literaria, de aquella que importa una determinada descalificación personal; v.gr., argumentar que tal autor es un pésimo narrador, que sus obras constituyen una ofensa al arte, etc., se adecuan en un marco de tolerancia social, de adecuación social, que por más que ingresan al ámbito nuclear de la tipicidad, no constituyen conductas de relevancia jurídico-penal, por lo tanto son causas de atipicidad, pero de ninguna forma por falta de dolo o, por derivarse de un extraño cuerpo llamado "*animus criticandi*".

Finalmente, el último supuesto, en cuanto a las apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables, cuando sean realizadas por un funcionario público en el cumplimiento de sus obligaciones, no constituyen en realidad una «Excusa Absolutoria», tampoco una causal de atipicidad, son en realidad auténticas expresiones de una causa de justificación (ejercicio de un derecho, oficio o cargo).

En el marco de las auditorías públicas, de los Informes legales, de informes de fiscalización, etc., es inevitable que el funcionario público emita juicios de valor negativos sobre otro funcionario público, por ejemplo, que ha ejercido una labor pública deficiente, que no se encuentra capacitado para ejercer el cargo, una labor mediocre, etc.; son descalificativos propios de un informe de dicha naturaleza, en los cuales, sí concurre el dolo, pero al estar cubiertos por un precepto permisivo no constituyen un verdadero injusto penal.

Por lo expuesto, únicamente el primer supuesto del artículo 133° constituye una variante de Excusa Absolutoria.

Así también, es de verse el artículo 215° del CP^{2644 2645} (libramientos indebidos), desprendiéndose de su análisis normativo dos conclusiones a saber: -primero, en el penúltimo párrafo del tipo penal en cuestión, advertimos una condición objetiva de perseguibilidad, pues para poder denunciar penalmente esta conducta delictiva, se requiere del protesto o de la constancia expresa puesta por el Banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago; se refiere entonces, a circunstancias que nada tienen que ver con la

2644 Artículo modificado por la Ley N° 27287 del 19 de junio del 2000 (nueva Ley de Títulos Valores).

2645 Vide, al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 611-615.

punibilidad de la conducta, únicamente inciden en la satisfacción de un requisito de orden procesal.

Segundo, el último párrafo del articulado versa sobre una cuestión distinta, pues literalmente dispone lo siguiente: “Con *excepción de los incisos 4 y 5, no procederá la acción penal si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador*”; por tales motivos, se exime de la sanción punitiva, a partir de un acto positivo del autor, cuando el delito ya se encuentra plenamente perfeccionado, es decir, dicha conducta -sea o no parte de un arrepentimiento libre y voluntario-, no posee la idoneidad de eliminar el injusto penal, por lo que no es una causa de justificación, ni tampoco una falta de motivación normal de carácter normativa que pueda fundar una causa de inexigibilidad, el delito está pues completo. En tal entendido, se trata de motivos de conveniencia política, ajenos al injusto y a la culpabilidad del autor, que determinan la necesidad de pena; (...) se trata de una razón de utilidad²⁶⁴⁶.

Dicho así: la pena sólo será justa y necesaria cuando aparezca un injusto culpable impregnado de otros motivos, que inciden en su carácter punible.

2646 BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 254.

BIBLIOGRAFÍA

- ALIMENA, Bernardino, *Principios de Derecho Penal*, V.I., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1916.
- ATIENZA, M.; *Constitución y Argumentación*. En: Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio, en sus cincuenta años como investigador del Derecho. IDEMSA, Lima, enero del 2010.
- AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Un Estudio Empírico Dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina. 1^{era}. 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 8^a ed. italiana (corregida y actualizada al cuidado de Luigui Conti [1980]), Temis, Bogotá 1988.
- ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2^a 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- ILA-NUD, Bogotá 1984.
- ÍDEM, *Principios de Derecho Penal Español*, T. II (El Hecho Punible), Akal/lure, Madrid 1985; 3^a 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, 1^{era}. 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.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo. Hacia una Nueva Modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M^a Rosa Borrás. 1^{era}. Edición. PAIDÓS. Barcelona, 1998.
- *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*. (Introducción, de Martin Steinmertz). 1^{era}. Edición. El Roure Editorial SA Carcelona, 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 itere Übertretung*, t, I 14^a. ed. sin modificaciones de la 2^a. ed. (1890), Felix Meiner, Leipzig 1922.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, *Licões de Direito Penal. Parte penal*, 3^a. 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; 3^a ed., 1989; 4^a ed. (aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazabal Malareé): PPU, Barcelona 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3^{era}. 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 MELIÁ, 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, Giovanni, *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*, 3ª. Edición, AFA Editores Importadores, Lima, 1984.
- CHRISTIAN SUERO, C.; *La Política Criminal de la Posmodernidad*. Ediciones Jurídicas del Centro, cit., p. 49.

- CLEMMER, *The Prison Community*, 3ª. Edición, Risse, New York, 1961.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, (Dir.) *Comentarios a la legislación penal*, T. V. Vol 1º (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*. Osezo Editores, Madrid, febrero del 2000.
- ÍDEM, *La Nueva Delincuencia I*. Osezo Editores, Madrid, 2003.
- ÍDEM, *Proceso Penal y Actuación de Oficio de Jueces y Tribunales*. Osezo Editores, España, 2003.
- CORNEJO, Angel Gustavo, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Librería Científica Francesa. Lima 1926.
- COSTA JÚNIOR. Paulo José Da, *Curso de Direito Penal*, V. I (Parte General), 2ª ed. aumentada e actualizada, Saravia, São Paulo 1992.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín; *Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias del Delito*, 3ª. Edición. Dykinson, Madrid, 2002.
- CUELLO CALÓN, E., *La Moderna Penología*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958.
- CUNHA LUNA, Everardo Da, *Capítulos de Direito Penal. Parte general*, 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 RIVACOBIA Y RIVACOBIA, 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.
- DÍAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. Parte general*, V. II (As consecuencias jurídicas do crime), Aequitas- Editorial Notícias, Coimbra 1993.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/ ROMEO CASABONA, Carlos María/ GRACIA MARTÍN, Luis/ HIGUERA GUIMERA, 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.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*.
- 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, *Licções de Direito penal. Parte geral*. 15ª. ed., revista e actualizada por Fernando Fragoso, Forense Rio 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*, Ederesa, 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.
- GRISPINGNI, 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 Carrión, 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 Mª del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- HEGEL, G. W. F., *Filosofía del Derecho*, 5ª. ed., Eddili, Lima 1987.
- HENRIQUEZ FRANCO, *Derecho Constitucional*, Editora Fecat, 2001.
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2ª. 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 Zurechnungslehre*, 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*, 4ª. edición Completamente corregida y ampliada, traducción de José Luis Manzanares de Samaniego, Editorial Comares Granada 1993.
- JESÚS, Damásio E. de, *Direito Penal. Parte Geral*, 19ª. ed., revista e actualizada, Saravia, Sao Paulo 1995.

- JIMÉNEZ DE ASUA, 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*, 3ª. 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-Paris 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". 2^{da}. 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.
- MASSIMO DONINI; *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*. ARA EDITORES, Lima, 2010.
- 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 6^a. Edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires.
- ÍDEM, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, trad. y notas de la 3^a. 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*, 3^a. ed., PPU, Barcelona 1990.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal: Concepto y Método*, 2^{da}. 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*. 2^{da}. 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.
- PAREDES 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.
- PEDRAZ PENALVA, E.; *Derecho Procesal Penal*, EDITORIAL COLEX, Madrid, 2000.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. I. 2^a. 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, Raúl, *Derecho Penal. Parte Especial*. T. I- II- III- IV y V. Editorial IDEMSA, Lima-Perú, 2010.

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl / FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Comentarios al Código de Ejecución Penal y Derecho Penitenciario*. 2^{da}. 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. *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*, 2^{da}. Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2008.
- 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, Alvaro, *Introducción al Derecho Penal*, 2^a 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. 2^{da}. Edición. 2003.
- PRADO, Luiz Regis y BITENCOURT, Cezar Roberto, *Elementos de Direito Penal. Parte General*, 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 2^a. 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 4^a. ed., italiana (1968), Temis, Bogotá 1975.

- RIQUERT, MARCELO A.; *Crisis Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2007.
- 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). Idemsa, 2002.
- ROSA, Antonio José Miguel Feu, *Direito Penal. Parte General, Doutrina e Jurisprudencia Actualizada de acordo com a Constituicao de 1998 e toda Legislaçao 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*. 1ª. 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*, 6ª. ed.. Alfred Metzger Verlag, Frankfurt 1993.
- RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto, *Pena y Estructura Social*, trad. de Emiliio García Méndez. Temis 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.
- SCHMIDHAUSER, Edberhard, *Strafrecht, Allgemeiner 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.
- SCHÖNKE, 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 Europeo 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.
- SUARÉZ 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*. 4^{ta} d. 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 uíctimo-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*, 3^a. ed., ampliada y corregida, Temis Bogotá 1995.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, 3^{era}. 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*. 11^a 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 4ª. 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.
- ÍDEM, *Strafrecht. Allerneiner Teil. Die straftat und ihre atdbau*, 19. ed., C.H. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989.
- WILHELM, Windelband, *Historia de la Filosofía (V - Filosofía del Iluminismo)*. Versión española e índices analíticos por Francisco Larroyo. Antigua Librería Robredo - Mexico, 1943.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T. III, Ediar, Buenos Aires 1981-1983.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. Con la colaboración de Alejandro Aliaga y Alejandro Blocar. Ediar, Buenos-Aires, 2000.
- ÍDEM, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas, Lima 1990.
- ÍDEM, *Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas - Disyuntivas*. Editorial Hammurabi. Buenos-Aires, 1982.
- ZAFFARONI, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*. EDIAR, Buenos Aires, 2006.
- ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. De la edición española, EDERSA, 1979.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal*, Universidad de Granada. Granada 1990.
- ZUGALDIA ESPINAR. José Miguel. *Las Consecuencias Accesorias*. "Aplicables como Penas a las Personas Jurídicas en el C.P. Español"; En Anuario de Derecho Penal - 95, Edit. Grijley, Director Hurtado Pozo, José.
- ÍDEM, *¿Otra vez la vuelta de Von Liszt? La Idea de Fin en Derecho Penal*. Granada, Comares, 1995.

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria.....	5
Abreviaturas.....	7
Introito.....	9
Presentación a la tercera edición	13

TEORÍA GENERAL DEL DELITO

CAPÍTULO I DERECHO PENAL - APROXIMACIÓN AL TEMA

1. Concepto de Derecho Penal	25
2. Derecho Penal objetivo y derecho penal subjetivo = derecho a penar	32
3. El derecho penal como disciplina científica	34
4. Política criminal	41
5. El derecho penal como medio de control social	43
5.1. Medios de Control Social Informales	45
5.2. Medios de Control Social Formales.....	46
a. <i>Criminalización Primaria</i>	48
b. <i>Criminalización Secundaria</i>	51
6. El desborde de la justicia popular, adscrita en la crisis de la violencia punitiva institucionalizada.....	54

CAPÍTULO II RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON LAS DIVERSAS DISCIPLINAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Aspectos Preliminares	59
2. Con el Derecho Constitucional	62

2.1.	El control constitucional de las leyes penales	65
3.	Con el Derecho Procesal Constitucional	67
3.1.	El Hábeas Corpus Innovativo	70
4.	Con el Derecho Procesal Penal	72
4.1.	El nuevo CPP y la denominada «Teoría del Caso»	75
5.	Con el Derecho Administrativo Sancionador	86
6.	Con el Derecho Civil	96
7.	Con el Derecho Penal Internacional	98

CAPÍTULO III

ÁMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

1.	Consideraciones de orden general	101
2.	El Principio de Territorialidad	103
2.1.	Principio Real o de Defensa	106
2.2.	Principio de Personalidad	111
2.3.	Principio Universal	112
2.4.	La Extradición	115

CAPÍTULO IV

LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

1.	Aspectos preliminares	121
2.	La Irretroactividad de las Leyes Penales	123
2.1.	Concepto de la Ley Penal más Favorable	129
2.2.	Leyes Temporales y Excepcionales	134
2.3.	Leyes Intermedias	137
2.4.	Momento de Comisión del Delito	139
3.	La retroactividad en las leyes Procesales Penales	142
4.	La naturaleza jurídica de las normas de ejecución penal	148
4.1.	La Irretroactividad de las Leyes de Ejecución Penal desde las Teorías de la Pena	150
4.2.	El Tribunal Constitucional como ente rector de la Constitucionalidad Normativa	155

CAPÍTULO V

VALIDEZ DE LA LEY PENAL EN RAZÓN A LAS PERSONAS -
LOS LÍMITES POLÍTICOS AL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI ESTATAL

1.	Aspectos Preliminares	159
----	-----------------------------	-----

2.	Inmunidades basadas en el derecho público interno	164
2.1.	Responsabilidad Penal del Presidente de la República.....	164
2.2.	Responsabilidad Penal de los Ministros.....	166
2.3.	Responsabilidad Penal de Congresistas:	167
a.	<i>Inmunidad Parlamentaria</i>	167
b.	<i>Inviolabilidad Parlamentaria</i>	169
c.	<i>El Antejudio Constitucional (prerrogativa procesal)</i>	171
d.	<i>La infracción de orden «constitucional»</i>	174
3.	Excepciones del derecho internacional público.....	174

CAPÍTULO VI LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

1.	Conceptos preliminares	177
2.	A modo de conclusión.....	183

CAPÍTULO VII TEORÍA GENERAL DEL DELITO

PARTE INTRODUCTORIA

1.	Conceptos generales.....	187
2.	Función objetiva o formal	190
3.	Derecho de penar (Ius Puniendi)	193
4.	Disciplina científica	195
a.	La Parte General.....	197
b.	La Parte Especial.....	199
4.1.	La Dogmática Jurídico-Penal.....	203
4.2.	Política Criminal	206
4.3.	La Teoría General del Delito.....	211
4.4.	Las Escuelas del Saber Jurídico-Penal.....	246
4.5.	Teoría del Bien Jurídico	285
4.6.	Derecho Penal del Acto.....	304
4.7.	Derecho Penal de Autor	307
4.8.	Delito.....	310
5.	Conclusiones	313

CAPÍTULO VIII EL COMPORTAMIENTO HUMANO TEORÍA DE LA ACCIÓN

1.	Consideraciones Generales	315
----	---------------------------------	-----

2.	La Acción Típica.....	320
2.1.	Formas de comportamiento humano «penalmente relevantes»	322
2.2.	Concepto de Acción	322
3.	Relación de causalidad en los delitos de resultado (relación normativa) ...	323
3.1.	Introducción al Tema.....	323
3.2.	Teorías Clásicas.....	325
3.3.	Teorías de la Causalidad	326
	a. <i>Teoría de la Equivalencia de Condiciones</i>	328
	b. <i>Teoría de la Causalidad Adecuada</i>	330
	c. <i>Teoría Final de la Acción</i>	332
	d. <i>Concepto Social de Acción</i>	334
4.	A modo de conclusión.....	337
5.	Ausencia de comportamiento humano	339
6.	Ausencia de Acción por Falta de Manifestación Externa:.....	341
a.	Fuerza Física Irresistible	341
b.	Movimientos Reflejos	343
c.	Inconsciencia.....	344

CAPÍTULO IX
LA TEORÍA DEL TIPO PENAL
LA TIPICIDAD

1.	Concepto y función del tipo penal	347
2.	Funciones del tipo legal	354
2.1.	Función de Garantía.....	343
2.2.	Función Indiciaria	355
2.3.	Función Sistemática	356
2.4.	Función Motivadora.....	357
3.	Teoría de los elementos negativos del tipo.....	358
4.	Estructura del tipo.....	359
4.1.	Elementos Descriptivos.....	361
4.2.	Elementos Normativos.....	362
5.	Clasificación de los tipos	364
5.1.	Según su Estructura.....	364
	a. <i>Tipo Básico</i>	364
	b. <i>Tipo Derivado</i>	365
5.2.	Por la Relación entre Acción y Objeto de la Acción.....	365
	a. <i>Tipo de Resultado</i>	365
	b. <i>Tipo de Mera Actividad</i>	366
5.3.	Por el Menoscabo del Objeto de la Acción	366
	a. <i>Tipos de Lesión</i>	366

<i>b. Tipos de Peligro</i>	367
5.4. Por las Formas Básicas del Comportamiento Humano.....	372
<i>a. Tipos de Comisión</i>	372
<i>b. Tipos de Omisión</i>	373
5.5. Por el número de Bienes Jurídicos.....	377
<i>a. Tipos Simples</i>	377
<i>b. Tipos Compuestos</i>	378
5.6. Por las Características que Ostenta el Agente.....	379
<i>a. Tipos Comunes</i>	379
<i>b. Tipo de Sujeto Cualificado (Especial Propio)</i>	379
<i>c. Tipos Especiales Impropios</i>	380
5.7. Tipos de Propia Mano.....	381
5.8. Delitos de Encuentro (participación necesaria).....	381

CAPÍTULO X
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE
LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Consideraciones generales.....	383
2. Actuar en nombre de otro.....	388
3. La incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas.....	396
4. Crítica a la teoría de la representación.....	400
5. La estructura del principio de culpabilidad.....	401
6. Regulación jurídico-penal de la persona jurídica.....	402
7. Fundamento de la responsabilidad.....	403
8. Responsabilidad por Omisión (Comisión Por Omisión).....	404
9. La técnica del levantamiento del velo.....	406
10. La Desestimación de la Personalidad Jurídica.....	408
11. Naturaleza de las sanciones.....	409

CAPÍTULO XI
LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. Conceptos preliminares.....	413
2. La teoría de la adecuación social como antecedente de la teoría de la imputación objetiva.....	415
3. Introducción al tema.....	419
4. Estructura sistemática.....	425
5. Campo de aplicación.....	426
6. Elementos definidores de la imputación objetiva.....	430
6.1. Creación de un Riesgo Jurídicamente Desaprobado.....	430

a. <i>Riesgo Permitido</i>	434
b. <i>Determinación del Riesgo Permitido</i>	438
6.2. Principio de Confianza	439
6.3. Prohibición de Regreso	442
6.4. La Participación en una Autopuesta en Peligro	447
a. <i>Esfera de Responsabilidad de la Víctima</i>	447
b. <i>Delimitación de Esferas de Responsabilidad</i>	451
6.5. La Relación de Riesgo	453
a. <i>El Fin de Protección de la Norma de Cuidado</i>	454
b. <i>La Elevación del Riesgo</i>	457
7. Crítica a la teoría de la elevación del riesgo (conductas alternativas adecuadas a derecho)	459
8. Toma de Posición	462

CAPÍTULO XII

TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DOLOSO

1. Consideraciones preliminares	465
2. Antecedentes	467
3. Dolo o culpa	471
4. Definición del dolo	472
5. Estructura del dolo	473
5.1. Conocimiento	473
5.2. Voluntad	477
6. Clases de dolo	478
6.1. Dolo Directo de Primer Grado	478
6.2. Dolo de Segundo Grado o de Consecuencias Necesarias	479
6.3. Dolo Eventual (Dolo Condicionado)	481
7. Teorías del dolo	483
7.1. Teoría de la Voluntad (del Consentimiento)	483
7.2. Teoría de la Probabilidad o de la Representación	485
7.3. Toma de Posición	487
8. Error de tipo (ausencia de dolo)	491
8.1. Error sobre un elemento esencial del Tipo	493
8.2. Error sobre un Elemento Accidental	495
8.3. Error in Personam (Vel in Objecto)	496
8.4. Aberratio Ictus (Error en el Golpe)	497
a. <i>El Resultado puede ser Menos o Más Grave</i>	499
8.5. Error sobre el Proceso Causal	499

8.6. El Autor se Equivoca sobre el Desarrollo de la Acción, aunque acierta sobre el Objeto de la Misma.....	500
8.7. Consumación Anticipada	501
9. Elementos subjetivos del tipo del injusto.....	502
9.1. Elementos de Tendencia Interna Trascendente	510
9.2. Elementos de Tendencia Interna Intensificada.....	511
9.3. Elementos Subjetivos de la Actitud Interna	518

CAPÍTULO XIII AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. Consideraciones preliminares.....	521
2. Autor y sujeto activo	527
3. Teorías dirigidas a distinguir al autor del partícipe.....	528
3.1. Teorías Negativas.....	530
a. <i>Concepto Extensivo de Autor</i>	530
3.2. Teorías Positivas	530
a. <i>Teoría Subjetiva</i>	530
b. <i>Teorías Objetivas</i>	532
4. Formas de autoría.....	538
4.1. Autoría Directa o Inmediata (Individual).....	538
a. <i>Toma de Posición</i>	540
4.2. Autoría Mediata	541
a. <i>Naturaleza Jurídica</i>	541
b. <i>Casos de Autoría Mediata</i>	545
c. <i>Correo de la droga («burrier»)</i>	567
5. Coautoría.....	570
5.1. Toma de Posición	577
6. Participación - naturaleza jurídica	579
6.1. Los Delitos de Participación Necesaria	582
6.2. Principio de Accesoriedad.....	587
6.3. Principio de Accesoriedad Limitada de la Participación	588
6.4. Instigación.....	589
a. <i>Agente Provocador</i>	593
b. <i>Exceso del Inducido</i>	595
6.5. Complicidad.....	596
a. <i>Actos de Cooperación</i>	598
b. <i>Clases de Complicidad</i>	599
7. La incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales.....	600

CAPÍTULO XIV
ITER-CRIMINIS

(LOS CAMINOS DEL DELITO; EL TRÁNSITO AL
ÁMBITO DE LO PUNIBLE)

1.	Consideraciones de orden general	605
2.	Iter-Criminis.....	609
2.1.	Ideación (fase interna del autor).....	609
2.2.	Preparación.....	610
2.3.	Ejecución.....	611
2.4.	Consumación.....	612
3.	Delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos	614
4.	La punición de los actos preparatorios en el derecho positivo vigente	615
5.	Fundamento de punibilidad de la tentativa.....	617
6.	Desistimiento voluntario.....	625
6.1.	El Desistimiento en la Tentativa Inacabada	631
6.2.	El Desistimiento en la Tentativa Acabada.....	631
6.3.	Impunidad del Desistimiento	633
6.4.	Incomunicabilidad del Desistimiento Voluntario a otros Partícipes ..	633
7.	Impunidad del delito imposible	633
7.1.	Fundamento.....	635
7.2.	Variantes del Delito Imposible.....	635
a.	<i>Por Impropiedad del Medio</i>	635
b.	<i>Por Impropiedad del Objeto</i>	636
c.	<i>Sujeto Inidóneo</i>	636
8.	Peligrosidad objetiva.....	637
9.	Delito putativo.....	640

CAPÍTULO XV
LA ANTIJURIDICIDAD Y EL FUNDAMENTO DE LAS
CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1.	Conceptos preliminares	641
2.	Antijuridicidad formal y antijuridicidad material	650
3.	Las causas de justificación en particular	653
3.1.	Naturaleza Jurídica.....	653
3.2.	Fundamento y Sistemática de las Causas de Justificación.....	654

a. <i>Teorías Monistas</i>	655
b. <i>Teorías Pluralistas</i>	655

CAPÍTULO XVI

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN LEGÍTIMA DEFENSA

1. Conceptos preliminares	661
2. Requisitos de la legítima defensa	668
2.1. Agresión Ilegítima	668
2.2. Necesidad Racional del Medio Empleado	680
2.3. Falta de Provocación Suficiente	682
2.4. Legítima Defensa Imperfecta	685
2.5. Riña Mutua	685
2.6. Legítima Defensa Putativa	686
2.7. Defensa Putativa	687
3. El estado de necesidad justificante	689
3.1. Introducción al Tema	689
3.2. Requisitos	695
a. <i>Estado de Necesidad</i>	695
b. <i>Interés Preponderante</i>	699
c. <i>Acción Justificada</i>	701
d. <i>Elementos Subjetivos</i>	701
e. <i>Ausencia de Obligación de Sacrificio</i>	702
4. Obrar por disposición de la ley en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo	704
4.1. Introducción al Tema	704
4.2. Obrar por Disposición de la Ley	705
4.3. Tipo Subjetivo	711
5. Ejercicio legítimo de un derecho	712
6. Ejercicio profesional	716
7. Ejercicio de un oficio o cargo	718
7.1. Finalidad del Ejercicio de un Oficio o Cargo	722
8. El consentimiento	723
8.1. Introducción al tema	723
8.2. Antecedentes Históricos	733
8.3. La Discusión Programática en el Caso de la Vida y de la Integridad Corporal	734

8.4. Requisitos.....	742
8.5. El Consentimiento Presunto.....	743
9. La obediencia debida	744
9.1. Introducción al Tema.....	744
9.2. Toma de Posición	748
9.3. Requisitos de Forma.....	749
9.4. Validez Jurídica de la Orden	752
9.5. Casos de Error.....	752
9.6. El Cumplimiento del Deber en el Marco de la Función Militar y Policial	753
Comentarios a la STC N° 0012-2008, con respecto a la inclusión del inc. 11) al artículo 20° del Código Penal, vía el decreto legislativo N° 982 ..	762
1. Análisis de los argumentos vertidos por el Tribunal Constitucional, sobre la inclusión del inc. 11, al artículo 20° del Código Penal	766
2. A modo de conclusión.....	772

CAPÍTULO XVII LA CULPABILIDAD

1. Reseña histórica, ubicación del estado de la discusión.....	773
2. Evolución epistemológica de la culpabilidad en la dogmática jurídico-penal	776
3. La necesidad de mantener el concepto de culpabilidad, como límite y fundamento de pena.....	787
4. Concepto actual de culpabilidad	791
5. Elementos de la culpabilidad	796
5.1. Imputabilidad o Capacidad de Culpabilidad	797
5.2. Causas de Inimputabilidad	802
a. <i>Anomalia Psíquica</i>	803
5.3. Efecto Psicológico de la Anomalia Psíquica.....	806
a. <i>Trastorno Mental Transitorio</i>	808
b. <i>Consecuencias Jurídicas</i>	809
c. <i>Grave Alteración de la Conciencia</i>	811
d. <i>Sustitución del Momento de Imputación Criminal (El «actio libera in causa»)</i>	812
e. <i>Grave Alteración de la Percepción</i>	821
f. <i>La Minoría de Edad</i>	823
6. El error de prohibición	832
6.1. El Conocimiento de la Antijuridicidad.....	832
6.2. Teorías que Fundamentan el Error de Prohibición.....	838

a. <i>Teoría Estricta del Dolo</i>	838
b. <i>Teoría Estricta de la Culpabilidad</i>	842
6.3. Error de Prohibición Vencible.....	848
6.4. Error de Prohibición Invencible o Inevitable.....	852
6.5. Justificación Político-criminal para la Exclusión de Pena.....	855
6.6. Variantes del Error de Prohibición.....	857
a. <i>Desconocimiento de la Existencia de la Prohibición (Error de Prohibición Directo)</i>	857
b. <i>Apreciación Errónea del Alcance de la Norma</i>	857
c. <i>Error sobre la Validez de una Norma de Autorización (Error de Prohibición Indirecto)</i>	857
d. <i>Error sobre la Validez de una Norma Jurídica de Prohibición</i>	858
e. <i>Error sobre los Presupuestos Objetivos de una Causa de Justificación</i>	859
6.7. Toma de Posición.....	859
7. El error de comprensión culturalmente condicionado.....	861
7.1. Introducción al Tema.....	861
7.2. Descripción Cultural del Perú y la Actuación de las Rondas Campesinas en la Lucha contra la Subversión.....	867
7.3. Las Rondas Campesinas y el ejercicio de la función jurisdiccional comunal.....	870
a. <i>Análisis al Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 (doctrina legal), referido a la función jurisdiccional de las «Rondas Campesinas»</i>	875
b. <i>El rondero ante el Derecho penal</i>	884
7.4. El Derecho Penal Cultural en el Perú y su Regulación en el CPP.....	885
7.5. Descripción Multicultural.....	891
7.6. Adecuación Normativa a la Problemática en Cuestión.....	895
8. A modo de Conclusión.....	899

CAPÍTULO XVIII

LA NO EXIGIBILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO DISTINTO

1. Consideraciones preliminares.....	901
2. Evolución histórica.....	909
2.1. Teoría Psicológica de la Culpabilidad.....	909
2.2. Teoría Final de la Acción (WELZEL).....	910
2.3. La Posición Sistemática de la Exigibilidad - ¿Una Categoría Intermedia: Responsabilidad por el Hecho?.....	911
2.4. Toma de Posición.....	914
3. El estado de necesidad disculpante.....	915
3.1. Naturaleza Jurídica.....	915

3.2. Requisitos.- (Art. 20° inc. 5):.....	919
3.2. Restricciones	920
4. El miedo insuperable.....	921
4.1. Generalidades.....	921
4.2. Requisitos.....	927
4.3. El Error.....	929

CAPÍTULO XIX CONCURRENCIA DE DELITOS Y CONFLICTO APARENTE DE NORMAS

1. Consideraciones preliminares.....	931
2. Unidad de acción.....	934
2.1. Casos de Unidad de Acción	939
2.2. Unidad de Acción en sentido lato Considera los siguientes supuestos	940
3. Las figuras concursales (marco general)	940
3.1. Concurso Ideal de Delitos y sus incidencias normativas luego de la modificatoria efectuada por la Ley N° 28726	946
a. <i>Naturaleza Jurídica</i>	946
3.2. Concurso Real de Delitos y su incidencia normativa luego de la modificación efectuada por la Ley N° 28730.....	949
a. <i>Tratamiento Punitivo del Concurso Real de Delitos</i>	951
4. Delito continuado.....	955
4.1. Ámbito de Aplicación Normativa e Interpretación Teleológica	960
4.2. Requisitos.....	961
a. <i>Pluralidad de Acciones u Omisiones</i>	961
b. <i>Unidad de Resolución Criminal</i>	962
c. <i>Unidad de Delito</i>	964
4.3. Tratamiento Punitivo.....	965
4.4. Cómputo de Plazos Prescriptorios	965
5. El delito masa.....	966
a. Tratamiento Punitivo.....	969
6. El concurso real retrospectivo	969
6.1. Naturaleza Jurídica.....	969
6.2. Finalidad de la Refundición de Penas	971
6.3. Requisitos.....	971
6.4. El Concurso Real Retrospectivo, tras la Modificatoria efectuada por la Ley N° 28730.....	973

7.	Conflicto aparente de leyes penales	975
7.1.	Introducción al Tema.....	975
7.2.	Principios	981
a.	<i>Principio de Especialidad - (lex specialis derogat lex generalis)</i>	981
b.	<i>Principio de Subsidiariedad - (lex primaria derogat legi subsidiare)</i>	985
c.	<i>Principio de Consunción - (lex consumen derogat lex consumpta)</i>	992

CAPÍTULO XX

EL INJUSTO IMPRUDENTE

1.	Conceptos preliminares	997
2.	La regulación positiva del injusto imprudente y su evolución dogmática en el desarrollo jurídico-doctrinario.....	1001
3.	Sociedad de riesgo («risikogesellschaft»).....	1006
4.	Estructura del injusto imprudente	1009
a.	Elementos Definidores del Injusto Imprudente.....	1012
4.1.	El Deber Objetivo de Cuidado.....	1015
a.	<i>Contenido del Deber Objetivo de Cuidado</i>	1018
b.	<i>La Norma de Cuidado</i>	1021
c.	<i>El Deber Subjetivo de Cuidado</i>	1022
4.2.	Tipo Subjetivo del Injusto Imprudente	1027
4.3.	Antijuridicidad	1028
a.	<i>Toma de Posición</i>	1029
5.	Juicio de imputación	1031
6.	La imputación objetiva (causales de atipicidad).....	1031
6.1.	La Creación de un Riesgo Jurídicamente Desaprobado.....	1032
6.2.	El Principio de Confianza	1034
6.3.	La Realización del Tipo Objetivo	1035
a.	<i>El Resultado como Consecuencia de la Infracción del Deber Objetivo de Cuidado</i>	1035
6.4.	Interrupción del Nexo Causal	1037
6.5.	Ámbito de Protección de la Norma.....	1038
7.	La preterintencionalidad (responsabilidad objetiva por el resultado).....	1039
8.	El caso fortuito	1043
9.	Clases de culpa.....	1045
9.1.	La Culpa Inconsciente (Unbewusste Führlässigkeit).....	1045
9.2.	Culpa Consciente	1047

CAPÍTULO XXI
LA PUNIBILIDAD

LA PUNIBILIDAD - QUINTA CATEGORÍA DEL DELITO

1.	Conceptos preliminares	1049
2.	La punibilidad como elemento categorial del delito.....	1056
3.	Diferencias entre las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones objetivas de perseguibilidad	1058
4.	Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias.....	1062
4.1.	Las Condiciones Objetivas de Punibilidad	1063
a.	<i>Las Insolvencias Punibles</i>	1064
b.	<i>La Exceptio Veritatis (Excepción de la verdad)</i>	1065
c.	<i>Concentración Crediticia</i>	1067
d.	<i>El Delito de Falsedad Material</i>	1069
e.	<i>El Delito de Malversación de Fondos</i>	1070
5.2.	Excusas Absolutorias	1072
5.3.	Causa Personal de «Supresión de Punibilidad»	1076
	BIBLIOGRAFÍA	1081

Este libro se terminó de imprimir en el mes de enero
del año 2011, en los talleres gráficos de IDEMSA
Calle Gabriel Delgado N° 540, Cercado. Lima-Perú (RUC 20100556953)